COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/910/06

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/910/06
Expediente	T-1305026
Fecha	2006-11-03
Sala	Sala Tercera de Revisión
Magistrado ponente	Dr MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA
Partes	Víctor Hugo López Nossa contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Temas que titula la Corte Constitucional

- Litisconsorcio Necesario En Tutela
- Accion De Tutela
- Principio De Inmediatez
- /Accion De Tutela
- Bonos Pensionales
- Derecho Al Debido Proceso

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Notificar a todos los hipotéticos interesados o presuntos terceros afectados debe determinarse con base en las circunstancias del caso concreto derecho adquirido, para proceder a revocarlo la Administración deberá contar

Texto completo

T-910-06 Sentencia T-/05 Sentencia T-910/06 LITISCONSORCIO NECESARIO EN TUTELA -Necesidad de integración ACCION DE TUTELA- Juez constitucional no está obligado a notificar a todos los hipotéticos interesados o presuntos terceros afectados por fallo PRINCIPIO DE INMEDIATEZ -Plazo razonable para presentar tutela PRINCIPIO DE INMEDIATEZ- Plazo razonable para presentar tutela debe determinarse con base en las circunstancias del caso concreto /ACCION DE TUTELA -Excepciones a la inmediatez con que debe presentarse ACCION DE TUTELA -Carácter subsidiario ACCION DE TUTELA -Recursos que la hacen improcedente deben ser idóneos y eficaces BONOS PENSIONALES- Diferencia entre anulación y revocatoria directa BONOS PENSIONALES -Expedición y emisión BONO PENSIONAL -Cuando ha quedado en firme se configura un derecho adquirido a favor del beneficiario del mismo Bajo este entendido y por tratarse de un derecho adquirido, para proceder a revocarlo la Administración deberá contar con el consentimiento de su titular, salvo que se presenten alguna de las circunstancias previstas en el artículo 73 del CCA, esto es: (i) que se hubiera producido por medios ilegales; (ii) que haya resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo; y (iii) si se dan las causales establecidas en el artículo 69 del mismo estatuto. Contrario sensu, el beneficiario de un bono pensional no puede predicar tener derecho al monto que figure en una liquidación provisional efectuada por la administración, pues como su nombre lo indica la misma no es definitiva, y por tanto, la autoridad

respectiva –siempre sujeta al procedimiento que informan las correspondientes normas- puede variar el valor del bono pensional cuando este aún no se encuentre en firme.

BONO PENSIONAL -Puede ser anulado cuando no se encuentre en firme Para efectos de establecer el límite temporal al que está sujeta la administración para ejercer su facultad de anulación de un bono pensional es preciso determinar en que momento se produce la firmeza de éste. Sobre el particular, el artículo 59 del Decreto 1748 de 1995 (adicionado por el artículo 25 Decreto 1513 de 1998) señala que: "Artículo 59.- Bonos en firme. Un bono pensional queda en firme en el momento en que su primer beneficiario autorice su negociación o su utilización para adquirir acciones de empresas públicas, si es el caso". Como quiera que, de acuerdo con la norma transcrita, los bonos pensiónales sólo adquieren firmeza en los eventos en que el beneficiario autoriza su negociación o su utilización para adquirir acciones de empresas públicas, la administración cuenta con la facultad de proceder a anular el bono pensional hasta antes de que alguna de estas hipótesis acaezca. De forma que si se ha producido la firmeza del bono la administración debe iniciar las acciones legales pertinentes de encontrar que la información utilizada fue inexacta o incorrecta, tal como lo prevé el inciso 2 del artículo antes transcrito. Corresponderá entonces a la administración, bajo la hipótesis de haberse cometido algún error en la liquidación o producirse un cambio en la fórmula de cálculo y estar el bono en firme, demandar su propio acto mediante la acción que corresponda. En consecuencia, la reliquidación de bonos pensionales sin contar con el consentimiento del beneficiario sólo procede cuando el bono no está en firme. Por el contrario, cuando el bono ha cobrado firmeza, esto es cuando el beneficiario que desea pensionarse anticipadamente ha autorizado expresamente la negociación del bono pensional, la reliquidación procederá con el consentimiento expreso y por escrito del beneficiario, a menos de que concurra alguna de las causales a las que hace referencia el artículo 69 del CCA, las cuales hacen innecesario dicho consentimiento. Por tanto, el presupuesto para la aplicación de la norma es que el beneficiario del bono no haya autorizado su negociación.

BONO PENSIONAL- Firmeza no depende de redención Precisamente en aquellos casos en los cuales el afiliado ha optado por pensionarse de forma anticipada la negociación del bono se produce antes de su redención, pues para acceder al derecho pensional se hace necesario vender el bono en el mercado secundario de valores con el objetivo de completar el capital requerido. Así, por ejemplo, si el afiliado opta por pensionarse a los 53 años de edad, su AFP deberá obtener su autorización para negociar el bono, momento en el cual el bono adquiere firmeza y por ende cesa la facultad de anulación que residía hasta ese momento en cabeza de la administración. Obsérvese que en este caso, la redención normal del bono se produciría cuando el afiliado cumpla 62 años, en virtud de lo dispuesto por el articulo 11 del Decreto Ley 1299 de 1999. De acuerdo con el aparte antes trascrito, la OBP hace depender la firmeza del bono pensional del momento en que éste se redima, lo que normalmente ocurre a la fecha en la cual el beneficiario ha cumplido la edad para acceder a su pensión, pero en ocasiones acaece una vez se ha producido la negociación del bono pensional, evento éste para el cual fue preciso contar con el consentimiento del beneficiario del bono.

DERECHO AL DEBIDO PROCESO -Vulneración cuando administración modifica valor de bono pensional sin contar con consentimiento de beneficiario Si la administración procede a proferir un acto administrativo por medio del cual modifica el valor de un bono pensional que ha cobrado firmeza sin contar con el consentimiento del beneficiario incurre en un violación del debido proceso, puesto que en dicho caso se estaría frente a una revocatoria directa que requiere consentimiento expreso del beneficiario.

BONO PENSIONAL- Obligación de emisión nace en el momento de traslado La administración no puede desconocer las características con las cuales nació el bono, momento que se remonta a aquel en el cual se produjo el traslado del afiliado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En efecto, si el derecho a la emisión nace con el traslado la obligación correlativa de emitir por parte de la Nación y las demás entidades cuotapartistas se genera en ese mismo momento. Y es en razón de que la obligación de emisión nace en el

momento del traslado que para remunerar a su beneficiario sobre el capital base del bono se liquida un interés que no sólo reconoce la pérdida adquisitiva del dinero sino también la remuneración que dicha suma de dinero hubiera tenido en el sistema financiero. En consecuencia, la obligación de emitir el bono nace en el momento del traslado y será la normatividad vigente para dicho momento la que se aplica, así la liquidación del mismo se produzca con posterioridad. Corolario de lo anterior es que al momento del traslado el bono nace con unas características, las cuales deben ser respetadas por la administración así a posteriori se produzca su anulación.

SENTENCIA DE CONSTITUCIONALIDAD -Efectos BONOS PENSIONALES TIPO A -No puede ampararse emisor en ausencia de normatividad para su no expedición SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD -Efectos hacia el futuro PRINCIPIO DE IGUALDAD FRENTE A SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD DE NORMA ACUSADA -Efectos de la decisión desde la fecha de promulgación de la ley SISTEMA DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA Y SISTEMA DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD -Traslado y operancia del bono pensional BONOS PENSIONALES- Instrumento para hacer efectivo un derecho en la transición de un sistema a otro BONOS PENSIONALES Y SALARIO BASE DE LIQUIDACION PARA LA PENSION DE VEJEZ -Ratio decidendi de sentencia C-734 de 2005 no fue vicio de fondo BONOS PENSIONALES Y SALARIO BASE DE LIQUIDACION PARA LA PENSION DE VEJEZ -Situaciones consolidadas antes de la sentencia C-734 de 2005 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Requisitos para la expedición del bono pensional y reconocimiento de la pensión de jubilación REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES DE LA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL -Mecanismo de protección ante los cambios producidos por tránsito legislativo REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES- Establecido no puede el legislador desconocer la expectativa legítima REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES- Cambio de reglas respecto de quienes estaban próximos a pensionarse REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES- Respeto de condiciones establecidas REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES -Cambio después de entrada a regir la norma y de haberse consolidado la situación resulta ilegítimo DERECHO AL REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES -Consolidación de una situación concreta que no se puede menoscabar EMPEADOR- Debe reportar salario real devengado por trabajador Referencia:

expediente T-1305026 Acción de tutela instaurada por Víctor Hugo López Nossa contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Magistrado Ponente:

Dr. MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA Bogotá D.C., tres (3) de noviembre de dos mil seis (2006). La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente SENTENCIA en el proceso de revisión del fallo de la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en primera y única instancia, proferido el siete (7) de febrero de 2006, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Víctor Hugo López Nossa contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES 1. Hechos 1.1. El señor Víctor Hugo López Nossa, 59 años, estuvo vinculado al régimen pensional de prima media con prestación definida por aproximadamente 22 años. El primero de abril de 1995 decidió trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, para lo cual se afilió a la administradora de fondos de pensiones (AFP) Protección S.A. y posteriormente se trasladó a la AFP Skandia.

1.2. El 11 de agosto de 1998, mediante Resolución 252 [1] , la Oficina de Bonos Pensionales (en adelante, OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, considerando que “las personas aquí relacionadas tienen derecho a que se les reconozca y emita el bono pensional, por haber aceptado su liquidación provisional y cumplido con los requisitos de ley” resolvió reconocer y emitir el bono pensional tipo A del señor Víctor Hugo López Nossa por valor de $348’938,000 (expresado en pesos del 11 de agosto de 1998) [2] , el cual fue calculado con base en un salario base de 1’303,800 [3] .

1.3. El 11 de febrero de 2004, mediante Resolución 1880 [4] , la OBP revocó parcialmente ciertas resoluciones, entre las que se encuentra la Resolución 252 de 1998, “en lo referente a la anulación de los bonos pensionales de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-” y en el artículo 2 ordenó su reliquidación y emisión previa solicitud de la AFP a la cual se encuentra afiliado el respectivo beneficiario.

1.4. El dos (2) de marzo de 2004 el señor López solicitó a la AFP Skandia que se adelantaran las gestiones para obtener su pensión de forma anticipada, solicitud que fue reiterada el cuatro (4) de mayo de 2004.

1.5. El siete (7) de abril de 2004 la AFP Skandia le informó al señor Víctor López que para obtener la pensión de forma anticipada era necesario la venta del bono pensional a su favor con el objetivo de completar el capital requerido. Igualmente le comunicó al afiliado que “su bono pensional fue anulado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público debido a que el salario base con el cual se emitió su bono pensional, certificado por su empleador, no coincide con el valor realmente reportado por el ISS” y que el salario correcto para proceder a la liquidación del bono era la suma de $665,070. De acuerdo con lo anterior, el valor del bono pensional actualizado y capitalizado a cinco (5) de abril de 2004 debía ser $338’141,000 [5] .

1.6. Mediante Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004, “por medio de la cual se emiten los cupones principales de algunos bonos pensionales tipo A” , considerando “que los bonos que serán objeto de este acto se encuentran en condición de emitibles y sus beneficiarios han manifestados antes sus Administradoras la aceptación expresa de las correspondientes liquidaciones efectuadas por la OBP” , el Ministerio de Hacienda liquidó y emitió bono pensional del señor López por valor de $354’273,000 (expresado en pesos del 26 de octubre de 2004), emitiendo el cupón principal por valor de $345’333,000, con fecha de redención el 13 de mayo de 2009.

1.7. A la fecha, el ISS no ha reconocido el valor de la cuota parte financiera del bono pensional del señor López. 2. Acción de tutela [6] El 27 de enero de 2006 Víctor Hugo López Nossa interpuso acción de tutela contra el Ministerio de Hacienda y Crédito Público al considerar que este organismo al “anular” sin su consentimiento el acto administrativo por el cual se le reconoció el bono pensional calculado con base en un salario base de $1’303,800 viola sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al debido proceso, a la protección de la tercera edad, a la salud, a la familia y a la dignidad humana. Los fundamentos de la demanda de tutela son los siguientes:

2.1. En primer lugar el accionante estima que, conforme a lo establecido en el artículo 115 literal a) de la Ley 100 de 1993, adquirió el derecho al bono pensional por haber efectuado cotizaciones al ISS antes de su ingreso a Protección S.A.; cuyo reconocimiento, liquidación, emisión y pago corresponde a la Oficina de Bonos Pensionales (OBP). En su concepto “(…) de acuerdo con lo establecido en el artículo 113 de la ley 100 de 1993, cuando un afiliado al ISS se traslada al Régimen de Ahorro Individual administrado por las AFPs, ADQUIERE POR ESE TRASLADO EL DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE UN BONO PENSIONAL ” (Negrilla y subraya en el texto original).

Explica las razones que motivaron su traslado del ISS a Protección S.A. así: “ Según la normatividad vigente para la fecha de mi traslado y de conformidad con el procedimiento que la OBP realizaba , el valor de mi bono sería de $348’938,000 al 6 de agosto de 1998, tal como la OBP lo reconoció en el documento que anexo, y esta fue la razón poderosa que me motivo a trasladarme.

“Cuando me traslade, no sólo adquirí mi derecho al bono pensional sino que se me generaron expectativas legítimas sobre el valor de mi bono y de mi pensión, pues bajo el amparo de las normas que se encontraban vigentes y como las que estaban aplicando, mi bono se liquidará con el tope de 20 salarios mínimos de 1992 como salario base” (Subrayas por fuera del texto original).

Agrega que con base en el salario que devengaba a junio de 1992 la OBP reconoció y emitió el bono pensional por valor de $348’938,000.00, “es decir que por ese acto administrativo, debidamente proferido, ejecutoriado y el cual gozaba de

presunción de legalidad y autenticidad, se me reconoció un derecho de carácter patrimonial, individual y concreto que la Administración no podía desconocer” .

Informa que en abril de 2004, más de cuatro años después de emitido el bono pensional, la AFP Skandia le informó que el bono había sido mal liquidado y que debía otorgar su consentimiento para la revocatoria del acto administrativo, solicitud que rechazó por considerarla injusta e ilegal [7] . Posteriormente, el bono fue reliquidado por la OBP con base en un salario de $665,700, sobre lo cual expresa que “La revocatoria de mi bono se dio por un acto administrativo, que nunca se me comunicó o notificó , el cual fue proferido en forma legal e inconstitucional, violando claros preceptos del CCA, sin otorgarme la oportunidad de defender mis derechos. Pero además desconoció derechos fundamentales como el debido proceso, el de defensa, el derecho al trabajo y el derecho al respecto de los derechos adquiridos” (Negrilla y subraya en el texto original).

En este orden de ideas afirma el señor López que: “La OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público olvidó que el documento mediante el cual se me reconoció, emitió y expidió mi bono es un acto administrativo, debidamente proferido que goza de la presunción de legalidad y autenticidad, por el cual se me reconoció un derecho de carácter individual y concreto que la administración no puede desconocer ni revocar unilateralmente”.

En concepto del accionante, no existe ninguna norma que autorice la revocatoria directa y sin consentimiento del particular de esta clase de actos administrativos, por lo cual estima que la OBP debió dar aplicación al artículo 73 del CCA, según el cual se debe contar con el consentimiento del particular para revocar actos que creen derechos en cabeza de una persona determinada. Agrega que la revocatoria nunca le fue comunicada o notificada personalmente, por lo cual el acto administrativo que originalmente reconoció el bono pensional se encuentra vigente, puesto que el acto administrativo que reconoció el bono pensional ““no podía ser revocado sin el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular” CONSENTIMIENTO QUE NUNCA FUE OTORGADO POR MI” (Mayúsculas en el texto original).

El accionante estima que ninguna de las causales de que trata el artículo 69 del CCA se configura en su caso, ya que el acto administrativo que reconoció su bono no es manifiestamente contrario a la ley o la Constitución ni se encuentra en oposición al interés público, pues insiste que “yo devengue al 30 de junio de 1992 un salario básico de $1’359,500, y por ello mi bono se liquidó con el valor máximo para estos efectos que era la suma de $1’303,800” (Negrilla en el texto original).

Las anteriores razones son las que en su sentir configuran una vía de hecho administrativa, que da lugar a la vulneración de su derecho fundamental al debido proceso. Sobre este aspecto concluye el accionante:

“(...) la actitud de la OBP fue ostensiblemente violatoria del derecho fundamental al debido proceso, pues simplemente no utilizó ningún procedimiento en la revocatoria del derecho de mi bono pensional, consignado en un acto administrativo que gozaba de la presunción de legalidad y autenticidad y que me brindaba seguridad legal al derecho que hoy groseramente se desconoce”.

En su concepto, “No existe norma general (ley o decreto), que autorice a la Oficina de Bonos Pensionales para anular de oficio bonos que ya están emitidos y expedidos y sobre cuyo acto de reconocimiento recae una presunción de legalidad. De hacerlo se estaría ignorando que el emisor sólo puede reliquidar los bonos de oficio, mientras el bono no haya sido expedido, según lo establece el parágrafo 1° del artículo 52 del decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997, por lo que considero que se han desconocido mis derechos y el principio jurídico según el cual los funcionarios públicos sólo pueden hacer los que les está permitido por la ley”.

Teniendo en cuenta que la modificación del valor del bono pensional por parte de la OBP se debió a que el salario inicialmente tomado como base de la liquidación fue de 20 salario mínimos y posteriormente se cambió a 10 salarios mínimos, por ser éste último el salario reportado por el ISS, el señor López considera que la OBP no podía tomar la

información reportada por el ISS ya que éste manifestó no contar con la información relativa a los salarios realmente devengados por los empleados de INTERCOR. En efecto, el accionante expresa que, de acuerdo con la comunicación del presidente del ISS del 10 de marzo de 2004 [8] , dicho Instituto no tenía registro de los salarios reales devengados [9] por los trabajadores del INTERCOR, empresa para la cual trabajaba. Así, correspondía a la OBP aceptar la certificación expedida por el jefe de recursos humanos de INTERCOR, según la cual el salario devengado a junio de 1992 era de $1’359,500 puesto que, en criterio del accionante, a la fecha de su traslado se encontraba vigente el Decreto 1299 de 1994 y en consecuencia “(...) el procedimiento para liquidar los bonos pensionales de personas que como yo devengábamos a 30 de junio de 1992 un salario superior a la categoría máxima de aportes al ISS, consistía en aceptar la certificación de los empleadores siempre y cuando en el ISS no apareciera constancia del salario reportado para esa fecha, tal como lo estableció el artículo 28 del Decreto 1748 de 1995”.

Con base en lo anterior, manifiesta que, contrario a lo que argumenta la OBP, la prueba del salario que devengaba a 30 de junio de 1992 es la certificación que en diversas ocasiones ha expedido su empleador, esto es, INTERCOR.

2.2. En segundo lugar, el accionante sostiene que la emisión del primero de los bonos pensionales le generó no sólo una expectativa legítima en relación con la forma de liquidar y reconocer el bono sino también en cuanto a su valor, desconociéndose por tanto el principio constitucional de confianza legítima. Sobre este punto en particular sostiene que:

“(...) cuando yo tome la determinación de trasladarme del ISS a una AFP, lo hice motivado por la certeza de que mi pensión en el RAIS [10] sería muy superior a la del ISS, pues bajo la normatividad vigente al momento de mi traslado, mi bono valdría $348’938,000 y con ello podría lograr una pensión anticipada muy superior a la que lograría con un bono de menor valor, pero ahora el valor de mi bono fue ilegalmente reducido y consecuentemente mi pensión se disminuye casi en un 50%, lo que implica un cambio unilateral en las reglas de juego que me afecta notoriamente”.

En este sentido, afirma el señor López que “al no respetarse los principios de la inmutabilidad a los derechos adquiridos, del respeto a las expectativas legítimas protegidas, a la igualdad de los iguales, y al de la confianza en la seguridad legal, judicial y administrativa; es que considero que en mi caso se tipifica de manera perfecta una vía de hecho” .

2.3. En relación con el derecho a la vida, manifiesta el accionante que la falta de reconocimiento de su pensión de vejez afecta sus ingresos para sustentar su subsistencia y la de su familia, ya que “teniendo presente que no se me reconoce mi pensión anticipada que necesito tanto, careceré de los recursos necesarios para mi propia subsistencia y la de mi familia” .

2.4. Con relación al derecho a la igualdad, afirma que en su caso no se le dio el mismo tratamiento que a otras personas que en las mismas condiciones ya han obtenido su pensión de vejez, y con respecto a otros afiliados al régimen de ahorro individual a quienes no se les han revocado los bonos pensionales ya reconocidos. Sostiene que el bono pensional, al derivar de una relación laboral, la revocatoria sin consentimiento del particular genera una vulneración al derecho al trabajo.

2.5. Sostiene que la actuación de la OBP le ha generado serios perjuicios morales y patrimoniales, ya que con su actuar incurrió en una vía de hecho , que hace consistir en que “Como está demostrado que yo devengaba un salario básico para el 30 de junio de 1992 de $1’359,500, no resulta lógico que mi bono se liquide con un salario base de $665,070 pues la ley dice que cuando uno devenga un salario superior a la suma de $1’303,800, éste es el valor máximo para liquidar lo bonos, como fue mi caso.

“En mi caso la OPB y Protección adoptaron una posición dictatorial, antidemocrática y sobre todo injusta e ilegal”. Y más adelante agrega que:

“Ese comportamiento arbitrario de la administración, esa VÍA DE HECHO fácilmente se asimila a un despojo rapaz, por parte de la OBP, de bienes producto de mi actividad laboral; es decir, se tipifica como un hurto que la OPB hace de un derecho laboral debidamente reconocido por acto administrativo que se encuentra en firme, y todo por una apreciación o interpretación errada de la prueba que hace la entidad, y de los preceptos del CCA que regulan la revocatoria directa y de la misma Constitución que ordena respetar los derechos adquiridos, como mi bono”.

2.6. Con base en los argumentos anteriores, el señor López solicita al juez de tutela ordenar a la OBP que “reconozca mediante acto administrativo que la resolución que me reconoció inicialmente mi bono pensional por valor de $348’938.000 al 6 de agosto de 1998 se mantiene en firme y consecuentemente se expida nuevamente ese bono y se autorice su negociación para que yo pueda pensionarme por intermedio de mi administradora previa negociación de dicho bono” .

3. Posición de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público [11] El día 6 de febrero de 2006 [12] la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP) se manifestó acerca de la acción de tutela interpuesta por Víctor Hugo López Nossa.

3.1. En primer lugar, la OBP señala que el señor Víctor Hugo López Nossa se encuentra afiliado a la AFP Skandia y que en virtud del artículo 20 del Decreto 1513 de 1998, es obligación de la AFP adelantar los trámites a nombre del afiliado para el reconocimiento y pago del bono pensional. En consecuencia, solicita a la Corte que se ordene la integración del litis consorcio necesario “toda vez que para que el emisor del bono, la Nación, pueda atender las pretensiones contenidas en el escrito de tutela es necesario que la administradora de pensiones cumpla las obligaciones que la ley le asignó en el procedimiento establecido para la liquidación, emisión y expedición del bono pensional del afiliado”.

En este sentido afirma que “(...) la OBP no puede asumir las responsabilidad que la Ley 100 y sus decretos reglamentarios asignaron a las Administradoras Privadas de Pensiones, como es el caso de la AFP Skandia, relacionada con la verificación y confirmación de la historia laboral de los afiliados al REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. Así como las propias del ISS, para el caso del reconocimiento de su cuota parte financiera en los bonos pensionales donde la Nación tiene a su cargo el cupón principal” (Mayúsculas en el texto original) 3.2.

En segundo lugar, considera el funcionario de la OBP que el señor López pretende mediante la acción de tutela pretermitir el procedimiento legal administrativo que debe agotarse para la liquidación y emisión del bono pensional. En este orden de ideas, dicha dependencia manifiesta que el accionante “(…) no está legitimado para solicitar por medio del impulso de la acción de tutela, que se ordene a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pretermitir el procedimiento legal administrativo que está obligada a agotar para atender la solicitud de EXPEDICIÓN del cupón principal de bono a cargo de la Nación, toda vez que en dicho bono pensional el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES es contribuyente o cuotapartista del mismo, lo que obliga al emisor del bono LA NACIÓN, a observar el trámite legal previo del reconocimiento de la obligación del contribuyente, y, demás, la OBP por disposición legal debió actuar administrativamente reliquidando y emitiendo posteriormente , los bonos pensionales “emitidos no negociados y no pagados con cuota parte del bono a cargo del ISS, ciñéndose a lo ordenado por el artículo 1 del Decreto 3798 de 2003, concordado con el inciso 3 del artículo 27 del Decreto 1513 de 1998, que adicionó el artículo 65 del Decreto 1748 de 1995, en concordancia a su turno con los incisos 3 y 5 del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, todo ajustado a aplicar la fórmula de cálculo de los bonos pensionales estipulada en el inciso 4 del artículo 16 del Decreto Ley 1299 de 1994, tal como lo mando el mencionado artículo 1° del Decreto 3798 de 2003. Actuación legal que se surtió por medio de la Resolución 1880 del 11 de febrero de 2004 (anexa), comunicándolo al ISS, a las AFP’S, a los terceros contribuyentes diferentes del ISS, al depósito central de valores, y se precisó en el ARTÍCULO OCTAVO de la citada Resolución “De conformidad con lo ordenado por el artículo 44 del Código Contencioso Administrativo, se comunicará

a los beneficiarios por conductos de sus administradoras de Pensiones, por ser estar quienes conocen el domicilio de sus afiliados" (Negrilla y mayúsculas en el texto original).

3.3. En tercer lugar, la OBP considera que el bono pensional se redimirá a más tardar el día en que el señor López cumpla los 62 años de edad (13 de mayo de 2009) de acuerdo a lo establecido en el Artículo 20 del Decreto 1748 de 1995. Por lo tanto "en el RAIS una persona hombre, en este caso de 58 años de edad, no podría alegar que se le están violando derechos fundamentales relacionados con los beneficios que dicho Régimen otorga a sus afiliados, que para el caso particular del accionante se cumplirá dentro de 4 años" .

3.4. En cuarto lugar, señala que, de acuerdo con lo establecido por el Artículo 2 del Decreto 3798 de 2003, la OBP del Ministerio de Hacienda no puede emitir el bono pensional mientras que el ISS no reconozca su cuota parte del bono pensional, una vez sea confirmada por dicho instituto la historia laboral del beneficiario del bono. Según el funcionario del Ministerio, una vez agotado el trámite ante el ISS la OBP tendrá certeza sobre el valor del bono pensional reclamado por el accionante.

En este sentido sostiene que "Hasta la fecha, el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL no ha remitido a la OBP del Ministerio de Hacienda el acto por medio del cual reconoce su cupón de bono pensional y de esta manera facultar al emisor del bono, la Nación, para continuar agotando el trámite o procedimiento legal administrativo estipulado para atender la solicitud de EXPEDICIÓN del cupón principal del bono pensional a cargo de la Nación y a favor del señor VICTOR HUGO LOPEZ NOSSA" (Mayúsculas en el texto original).

Señala que el 21 de septiembre de 2004 Skandia ingresó de forma magnética la solicitud de liquidación y emisión del cupón principal del bono pensional del señor López Nossa, la cual fue atendida por la OBP del Ministerio de Hacienda mediante la expedición de la Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004, tomándose un salario base de $665,070. Sobre el particular expresa:

"(...) hasta la fecha la AFP SKANDIA ingresó una solicitud de EMISIÓN del bono pensional con el salario de máxima categoría del ISS ($665,070), que el accionante no admite.

"(...) "Para los bonos calculados con un salario base superior a la categoría máxima del ISS (categoría 51, con un salario de $665,070 al 30 de junio de 1992), la OBP, en defensa de los dineros públicos puede revisar en cualquier época que existan todos los soportes legales con los cuales se constituyó por parte de la AFP el salario base.

Tal revisión se puede efectuar incluso después de redimido el bono ." (Mayúsculas y negrilla en el texto original. Subraya por fuera del texto original).

El funcionario de la OBP informa que a junio 30 de 1992 existían disposiciones que obligaban a los empleadores a reportar al ISS el salario real devengado por cada uno de sus trabajadores, en aquellos casos en los cuales el salario base superaba la máxima categoría del ISS [13] . En concordancia con lo anterior, la base para el cálculo del bono pensional de una persona cuyo salario devengado fuera superior a la máxima categoría del ISS sería el salario devengado que haya sido reportado al ISS. En este sentido, en criterio de la OBP "coherentemente el legislador generó un vinculo indisoluble entre "devengado" y "reportado" ".

La prueba del salario devengado y reportado, según el artículo 8 del Decreto 1474 de 1997 (modificado por el artículo 28 del Decreto 1748 de 1995), consiste en la certificación que para el efecto expida el ISS. En relación con las certificaciones que expida el empleador, sostiene el Ministerio que las mismas son aceptables de manera subsidiaria cuando existe certificación por parte del ISS de que no existe constancia del salario devengado y reportado, "y solo en ese caso el empleador puede expedir una constancia sobre el salario devengado y reportado a fecha base" (Decreto 1748 de 1995).

Aunado a lo anterior, informa que en los archivos del ISS sí existen documentos que permiten demostrar cual era el salario real devengado por un trabajador de acuerdo con el sistema ALA [14] .

Para efectos de determinar la base con la cual calcular el bono pensional, la OBP explica que si el patrono reportaba las cotizaciones al sistema ALA estaba en la obligación de reportar el salario real devengado por el trabajador cuando éste era superior a la categoría máxima del ISS. En estos eventos, la OBP solicita al ISS copia de la microficha de autoliquidación, en donde consta dicha información. Por ello, afirma que "el ISS ha manifestado que en ningún caso se puede dar validez a la certificación de los empleadores que reportaban por el Sistema ALA, puesto que el Instituto cuenta con la microfilmación de los reportes efectuados por los empleadores" .

Con base en los anteriores argumentos, concluye la OBP que "1. Por las razones expuestas y, en defensa de los dineros públicos, esta Oficina debe verificar que existen aportes suficientes que respalden el salario base. Los soportes son los mismos que se deducen de las normas vigentes y de la reglamentación del ISS.

"2. Salvo que oficialmente el ISS, a nivel nacional, manifieste lo contrario, la OBP ha adoptado como prueba del salario " devengado y reportado" el que aparece en la microficha del sistema ALA.

"3. A la fecha, este tipo de prueba respecto de los salarios de máxima categoría del ISS, ESTÁ SUSPENDIDA HASTA QUE SE REGLAMENTE DE NUEVO POR PARTE DEL CONGRESO, por causa de la decisión de inexequibilidad del literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 producto del FALLO DE LA HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL " (Mayúsculas y negrilla en el texto original. Subraya por fuera del texto original).

3.5. En criterio del jefe de la OBP, mediante la tutela el accionante pretende "saltarse" la sentencia de la Corte C- 734 de 2005, en la cual se declaró inexequible el literal a) del Artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, por el cual se dictan normas para el cálculo de los bonos pensionales. Expresa que debido a la declaratoria de inconstitucionalidad quedaron sin efecto los numerales 1 y 2 (parcial) del Decreto 1748 de 1995. Por ello, afirma que el bono pensional del señor López fue calculado inicialmente en la Resolución 252 de 1998 con base en un salario superior a la máxima categoría del ISS, ya que "El artículo que permitía calcular el bono del accionante con el salario DEVENGADO, de $1'303,800, fue declarado inexequible por la Honorable Corte Constitucional.

Como el bono está emitido dicho bono debe expedirse con el salario base sobre el cual cotizó al ISS en su momento el señor VÍCTOR HUGO LOPEZ NOSSA, es decir, $665,070 tal y como lo manifestó la Corte en el fallo:

"...La diferencia radica en que la ley calcula el salario para liquidar la pensión de vejez a partir de la base de cotización del afiliado , y la norma acusada lo hace a partir del salario devengado , constituyéndose una y otra, en formulas no coincidentes, particularmente, si se considera que antes y después de la expedición Ley 100 de 1993, los aportes para pensión han estado sometidos a topes máximos de cotización, con lo cual el salario devengado no siempre corresponde al salario cotizado".

" La honorable Corte Constitucional declaró inexequible la única norma que permitía liquidar y emitir bonos pensionales con un salario superior a la máxima categoría del ISS a junio 30 de 1992 que era de $665.070.

" Como el bono pensional objeto de esta tutela fue emitido inicialmente con un salario base de $1'303.800 debió emitirse, como en efecto se hizo, con el salario sobre el cual efectivamente el accionante cotizó a junio 30 de 1992, de conformidad con los artículos 24 [15] y 27 [16] del Decreto 1513 de 1998.

" Mediante la acción de tutela, el señor VICTOR HUGO LOPEZ NOSSA pretende que se emita un bono calculado con una norma que al día de hoy no está vigente y que tampoco, de estarlo, se aplica a su caso .

" Al haber declarado inexequible el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, quedó vigente el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, según lo manifiesta la Honorable Corte con el fallo de inexequibilidad (…) "El señor VICTOR HUGO

LOPEZ NOSSA pretende por medio de esta tutela que se LIQUIDE, EMITA Y EXPIDA el cupón principal de bono a cargo de la Nación CON UN SALARIO SUPERIOR A LA MÁXIMA CATEGORÍA DEL ISS, con el objeto de dejarlo en firme, pues conoce el fallo de la Honorable Corte Constitucional que declaró inexequible la norma con la cual se liquidó y emitió inicialmente (1998) su bono pensional, y es conciente que dicho bono se ve afectado por el fallo de la Corte " (Mayúsculas y negrilla en el texto original. Subraya por fuera del texto original)" Con base en los anteriores argumentos, la OBP concluye que dicha oficina debe verificar el cumplimiento del procedimiento para la liquidación y emisión de bonos pensionales establecidos en las normas vigentes. En este orden de ideas, agrega la OBP que "Para el caso que nos ocupa, el acto administrativo ilegal por medio del cual se liquidó y emitió el cupón principal de bono a cargo de la nación y a favor del señor VICTOR HUGO LÓPEZ NOSSA soportado en la información que para el efecto reportó la AFP y la contenida en el archivo laboral masivo ISS que alimenta la base de datos de la OBP del Ministerio de Hacienda fueron OBJETADAS por el ISS al momento de reconocer su obligación como contribuyente en el bono pensional reclamado por el ACCIONANTE, pues dicho cupón fue liquidado con un error de cálculo originado en la HISTORIA LABORAL que se validó para el efecto" (Negrilla y mayúsculas en el texto original).

Con base en los argumentos antes expuestos, la OBP solicita que "(…) ordene que previo a la EXPEDICIÓN del cupón principal de bono a cargo de la Nación, la AFP SKANDIA agote el procedimiento de solicitud de EXPEDICIÓN DEL BONO PENSIONAL DEL AFILIADO, ante las Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, soportado en la historia laboral que el ISS reporte para reconocer su obligación como contribuyente de dicho bono, de conformidad con la normatividad vigente aplicable al bono pensional del accionante y lo resuelto por la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL en el fallo de inexequibilidad del literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, SALVANDO SU RESPONSABILIDAD, ya que lo que está de por medio son dineros públicos, obligada a salvaguardar".

4. Sentencia de tutela objeto de revisión El 7 de febrero de 2006 la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá denegó la tutela de los derechos del señor Víctor Hugo López Nossa [17] . El Tribunal consideró que el debate planteado por el accionante es de orden meramente legal, pues el mismo versa sobre la posibilidad que tenía la OBP para anular el bono pensional. En efecto, afirma el Tribunal "(…) si tenemos en cuenta que la revocatoria unilateral del acto administrativo por parte de la entidad accionada sin el consentimiento del accionante, devino de la ilegalidad en la liquidación del citado bono y en la autorización de corregir los errores en la emisión y liquidación de los mismos otorgada por el artículo 17 de la Ley 548 de 1999; la problemática se enmarca en si la entidad accionada hizo uso adecuado de la precitada norma y en consecuencia cuál debe ser en últimas el valor del bono pensional, aspectos ellos de carácter legal que no puede encontrar espacio de controversia ni decisión en la acción de tutela".

5. Pruebas ordenadas por la Sala de Revisión Con ocasión de las pruebas ordenadas a la OBP del Ministerio de Hacienda mediante auto del primero de junio de 2006, dicha dependencia se pronunció sobre la tutela de la referencia mediante comunicación del 6 de junio de 2006 [18] , reiterando algunos de los argumentos antes expuestos.

La OBP empieza por hacer un recuento sobre la normatividad sobre salario base en los siguientes términos: "El artículo 8 del Decreto 1474 de 1997 que modificó el artículo 28 del decreto 1748 de 1.995 señaló: « (...) 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 2 y 3 siguientes de este artículo. Esto último siempre que el salario certificado por el empleador sea compatible con el salario reportado sobre la cual aportaba al ISS. Esto es, que corresponda al rango de salarios sobre el cual cotizaba. De lo contrario no se tomará en cuenta el certificado del empleador".

“Como se deduce de la norma, la primera prueba consiste en una constancia del ISS sobre el “salario devengado y reportado”. Si el ISS, para cada caso en particular informa que no obra constancia sobre el salario “devengado y reportado “, y solo en ese caso, el empleador puede expedir una constancia sobre el salario devengado y reportado a fecha base.

“Para los bonos calculados con un salario base superior a la categoría máxima del ISS quienes cotizaron en la categoría 51 pero probaron que DEVENGABAN y SU PATRON REPORTÓ AL ISS en su momento un salario superior, la OBP en defensa de los dineros públicos puede revisar en cualquier época que existan todos los soportes con los cuales se constituyó por parte de la AFP el salario base. Tal revisión se puede efectuar incluso después de redimido el bono”.

La OBP expresa que de acuerdo con diferentes memorandos expedidos por el ISS para aquellos empleadores que reportaban sus cotizaciones mediante el sistema ALA no es procedente la expedición de certificaciones por parte del empleador del salario devengado por el trabajador, toda vez que en los archivos del Instituto reposa dicha información.

Por lo tanto, la prueba del salario devengado y reportado es la que figura en las microfichas de las planillas de autoliquidación de aportes diligenciadas por los empleadores que reportaban mediante el sistema ALA. Así, afirma la OBP que “(…) el salario que aparece en la planilla de autoliquidación se toma como “ salario devengado y reportado” al ISS, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 3063 de 1989.

Salvo que el ISS manifieste que tiene en su poder un reporte de cambio de salario, donde aparezca un salario superior. “(…) “(…) el ISS ha demostrado que los empleadores que reportaban al Instituto por el sistema ALA, sí diligenciaban la columna de salario devengado, y por eso mantienen esa información en el archivo laboral masivo que el ISS certificó a la OBP” (Negrilla en el texto original).

En relación con la información reportada por INTERCOR al sistema ALA, la OBP informa que “Como se puede observar en la copia de la microficha de International Colombia Resources Corporation – INTERCOR -, correspondiente al señor VICTOR HUGO LÓPEZ NOSSA c.c.

17198076, en la columna de “sueldo básico” de cotización aparece $665.070, y en las columnas de factores salariales que sumarían el DEVENGADO NO aparece MONTO.

Además, en el archivo masivo certificado por el ISS aparece que INTERCOR reportado (sic) por el sistema ALA y que en el caso del señor LÓPEZ NOSSA reportó un salario DEVENGADO de $665.070” Explica la OBP que “Aquí es necesario aclarar que la OBP efectivamente emitió en el año de 1998 el bono pensional del señor LÓPEZ NOSSA, pero con un error gravísimo, pues a pesar de que INTERCOR reportaba por el sistema ALA, aceptó que la AFP digitaran en el sistema el salario certificado por INTERCOR.

“Posteriormente, el 9 de febrero de 2004, la OBP anuló el bono pensional del señor LÓPEZ NOSSA, junto con otros bonos pensionales, para dar cumplimiento a lo señalado en el artículo 1 del Decreto 3798 de 2003.

“Posteriormente, el 22 de octubre de 2004, la OBP volvió a emitir el bono pensional del señor LÓPEZ NOSSA, pero de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, corrigió el error que se había presentado con el salario base y que eximía a INTERCOR de sus obligaciones ” (Mayúsculas en el texto original. Subraya por fuera del texto original).

Sobre los fundamentos para modificar el valor del bono pensional del señor Víctor López, la OBP del Ministerio de Hacienda explica: “Las razones para haber recalculado el bono pensional del señor VICTOR LOPEZ NOSSA, son los (sic) siguientes:

a) para dar cumplimiento a lo señalado por el parágrafo del artículo 1 del Decreto 3798 de 2003; b) porque había un error en el salario base con el cual se emitió el bono el 6 de agosto de 1998, pues como se demostró al comienzo de este

escrito, en el caso de las personas cuyos empleadores cotizados (sic) al ISS por el sistema ALA, NO aplica la prueba subsidiaria consistente en una certificación del empleador".

Finalmente, la Oficina de Bonos concluye: "ACCIÓN DE TUTELA DEL SEÑOR VICTO HUGO LÓPEZ NOSSA: TUTELA PARA LOGRAR QUE EN EL CASO DE LOS EXEMPLEADOS DE INTERCOR QUE COTIZABAN AL ISS EN LA CATEGORÍA 51, SEA LA NACIÓN Y NO LA EMPRESA QUIEN PAGUE LA DIFERENCIA.

"Por todo lo indicado, se insiste, esta es una tutela para lograr que en el caso de los exempleados de INTERCOR que cotizaban al ISS en la categoría 51, sea la NACIÓN y no la empresa quien pague la diferencia.

"Aunque esta Oficina NO conoce el texto de la eventual impugnación del ACCIONANTE, podría pensarse que se está tratando de confundir a la Honorable Corte Constitucional, argumentando que la reliquidación del bono del señor LOPEZ NOSSA, se debió a la sentencia C-734 de 2005, cuando NO existe relación entre lo uno y lo otro.

"En caso de que se unifique el fallo de la sentencia T-147 de 2006, INTERCOR debe entonces pagar la diferencia del bono, porque está sometido al Artículo 72 del Decreto 3063 de 1989. "INSCRIPCION O REPORTE INEXACTO EN CUANTO A LA CUANTIA 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" (Mayúsculas en el texto original).

A través de auto de agosto ocho (8) de 2006, la Sala solicitó a la OBP explicación del trámite que se sigue para la liquidación, expedición, emisión y redención de bonos pensionales, quien dio respuesta a la anterior solicitud mediante comunicación del 18 de agosto de 2006 en los siguientes términos:

Señala que para la liquidación, expedición, emisión y redención de bonos pensionales se deben seguir los siguientes pasos: (i) Conformación de la historia laboral del afiliado , una vez éste solicita a la AFP la liquidación provisional de su bono pensional, mediante la información que el afiliado suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al sistema interactivo que para el efecto tiene la OBP "bajo su responsabilidad" . La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el sistema interactivo de la OBP.

(ii) Solicitud por parte de la AFP, en representación del afiliado, al emisor del bono pensional de liquidación de éste . Para este efecto, "la AFP debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional" , que es aquel "sobre el cual cotizaba el afiliado a junio 30 de 1992 o inmediatamente anterior si a esa fecha se encontraba vacante" . Para las personas que a dicha fecha cotizaban al ISS en la categoría 51 y cuyo empleador reportaba las cotizaciones mediante el sistema ALA "se tomará el salario reportado que se encuentra en las microfichas que fueron entregadas por el ISS a la OBP" .

En los siguientes tres casos, la AFP debe digitar en el sistema interactivo de bonos pensionales el salario base "verificado por ella y bajo su responsabilidad" :

a. Cuando el trabajador cotizaba al ISS en la categoría 51 y el empleador reportaba las cotizaciones mediante el sistema tradicional, la información se obtiene de la certificación que para el efecto expida el ISS. Sólo es válida de manera subsidaria la certificación expedida por el empleador sobre el salario devengado cuando el ISS expida certificación en la que exprese no contar con información sobre el salario devengado por el trabajador en sus archivos.

b. Cuando el trabajador siendo servidor público no cotizaba al ISS, la información se obtiene de la certificación que para el efecto expida la entidad pública, en la que se exprese el salario básico, los gastos de representación, la prima técnica y otros factores.

c. Cuando el trabajador laboraba en una entidad privada que tenía a su cargo sus propias pensionales. La información se obtiene de la certificación que para el efecto expida el empleador, siguiendo los lineamientos del CST.

(iii) Liquidación provisional del bono pensional por parte del emisor , la cual se produce una vez suministrada la información por parte de la AFP y la OBP ha realizado un cálculo de su valor a la fecha de corte. Dicha liquidación no constituye una situación jurídica consolidada (Inciso 9 del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995). La liquidación provisional es dada a conocer a la AFP, para que esta proceda a corregir errores en la información básica en el caso que corresponda.

Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado.

(iv) Aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional . La AFP debe dar a conocer la liquidación provisional al afiliado para que éste la apruebe y la firme. Si no está de acuerdo debe explicar a la AFP sus razones para que de ser el caso ésta realice las correcciones pertinentes y así se envíe una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional. Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado y previa solicitud por su parte, la AFP requiere a la OBP la emisión del bono pensional.

(v) Emisión del bono pensional , por la cual se entiende “el momento en el cual se expide el acto o Resolución de emisión en el caso de los emisores público o la carta de emisión en el caso de emisores privados (Circular 27 de octubre de 1998 expedida por la OBP)” . En la resolución de emisión se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha. La AFP puede verificar a través del sistema interactivo si el bono pensional ha sido emitido. Según la OBP, “estos valores son de referencia y pueden variar tal y como lo señala el artículo 24 del Decreto 1513 de 1998” .

(vi) Expedición del bono pensional , por la cual se entiende “el momento de suscripción del título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos” . Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos:

a. Por redención normal del bono pensional tipo A. b. Por redención anticipada del bono pensional tipo A. c. Por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización por escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.

(vii) Redención del bono pensional . La redención normal se produce cuando el afiliado cumple 62 años o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono. La redención anticipada ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión.

(viii) Pago del bono pensional a la AFP , dineros que son depositados en la cuenta de ahorro individual del beneficiario. La OBP agrega en su comunicación que:

“(…) de acuerdo con lo dispuesto en el literal a) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, cuando una persona se traslada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tiene derecho al reconocimiento del bono pensional.

“En ese orden de ideas, el derecho que nace a favor de una persona es a la emisión del bono pensional, sin que ello implique que en ese momento tenga un derecho adquirido a un monto determinado, pues como se vio, el bono está ante todo para financiar la pensión y por ello debe tomar en consideración las condiciones de la misma de acuerdo con la ley.

En este punto es importante recordar que el régimen pensional del afiliado no es inmutable: la Constitución y la Ley pueden variar (y han variado) algunas de las condiciones de la pensión y en ese orden de ideas los bonos pensionales deben liquidarse de conformidad con esas nuevas condiciones".

De otra parte, señala la OBP que la firmeza del bono pensional se produce "cuando se negocia a través del mercado secundario o se utiliza para la adquisición de acciones de empresas públicas o cuando llega el momento de su redención. Por tanto, la firmeza en materia de bonos pensionales está sujeta a reglas particulares, dada la naturaleza misma del instrumento" .

En relación con la anulación de bonos pensionales, la OBP informa que: "Como quiera que de acuerdo con la normatividad que rige los bonos pensionales, ellos sólo adquieren firmeza en unos eventos específicos y por consiguiente mientras no se produzca la firmeza del bono pensional es procedente su reliquidación, el término "anulación" relacionado con el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 debe entenderse en relación con la reliquidación de un bono pensional que baja de valor al momento de ser reliquidado y que por ese motivo debe anularse para efectos de ser nuevamente emitido.

" (…) "Lo anterior significa que en el caso en que un bono pensional emitido deba ser reliquidado por cambio en la forma de cálculo o por error en la expedición, y su valor baje por ese efecto, o porque la historia laboral que sirvió de base cambió, el bono debe ser anulado para posteriormente volverse a emitir con un valor inferior pero correcto.

"Es así como en el caso de los bonos pensionales que se reliquidan por error en la expedición al tomarse una historia laboral incorrecta, o haberse tomado un salario base superior a aquel que realmente se debió haber tomado, es necesario proceder a su anulación en el evento en que el valor nominal del bono pensional, pero con el único fin de volver a expedirlo por el valor correcto, no de quitarle el derecho a la persona de que se le emita su bono pensional.

"Adicionalmente, se han dado eventos en que ha sido necesario proceder a una anulación masiva de bonos, como la que se presentó con el cumplimiento de la reliquidación de bonos ordenada por el parágrafo del artículo 1° del decreto 3798 de 2003 que reglamentó el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, que a su turno reguló los bonos pensionales. En el caso que se analiza precisamente se trató de un bono que debió reliquidarse en desarrollo de dicho decreto.

"Finalmente es importante destacar que este procedimiento sólo procede cuando el bono no se encuentra en firme, lo que precisamente no había ocurrido en el caso del señor Víctor Hugo López".

Respecto del bono pensional del señor López indica la OBP que éste se encontraba en "estado de liquidación provisional" , de forma que no estaba en firme y por tanto "podía ser reliquidado por las razones previstas en la ley o por solicitud del beneficiario si hubiese nueva información relevante para la emisión del bono" . Y agrega:

" En el caso de los bonos pensionales que fueron reliquidados por efecto del cambio de salario base de liquidación, como en el caso del señor López, se presenta un cambio en la fórmula de cálculo por efecto de lo dispuesto en la sentencia C-734 de 2005" .

(Subrayas por fuera del texto original). El Ministerio de Hacienda mediante comunicación del 18 de agosto de 2006 destaca que la controversia que originó la acción de tutela versa sobre la forma en que debe probarse el salario válido para la expedición del bono pensional. Agrega que "en los casos como el que se debate, es deber de la Oficina de Bonos Pensionales realizar las correcciones a que haya lugar en los bonos pensionales, cuando se verifique que la información que ha servido de base para su emisión es incorrecta o ha sido desvirtuada con información pública debidamente certificada".

Igualmente, explica que en el caso en que el trabajador haya devengado un salario superior y el empleador haya reportado un suma inferior, corresponde al empleador responder por el mayor valor del bono pensional.

Mediante auto del ocho (8) de agosto de 2006 la Sala solicitó al accionante información sobre (i) las actuaciones adelantadas ante la OBP y la AFP a partir del momento en el que recibió la comunicación de Skandia del 7 de abril de 2004, en la cual le fue comunicado que la OBP había anulado el bono pensional inicialmente emitido a su favor; (ii) si agotó la vía gubernativa en relación con la Resolución 1880 del 11 de febrero de 2004 y la Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004, y si ha interpuesto demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en contra de las mencionadas resoluciones.

En respuesta a la anterior solicitud, el señor Víctor Hugo López señaló que "ante la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público no ha realizado ninguna actuación diferente a la acción de tutela, por cuanto esa entidad en ningún momento me ha comunicado, notificado o informado decisión alguna" (negrilla en el texto original), y agrega que desconoce la Resolución 1880 del 11 de febrero de 2004 y la Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004. Expresa que la ausencia de comunicación por parte de la OBP de las resoluciones antes mencionadas, le ha impedido instaurar recurso o demanda alguna y por ello debió acudir a la acción de tutela.

Sostiene que ha dejado el trámite del bono pensional en manos de la AFP Skandia, quien es la encargada de representarlo ante la OBP. En consecuencia, que es a la AFP a quién se ha dirigido en diversas ocasiones, por escrito y personalmente, para solicitar explicaciones pero que no ha podido interponer ningún recurso "por cuanto Skandia tampoco me ha notificado resolución o acto administrativo relacionado con el bono" . Anexa a su comunicación copia del derecho de petición radicado ante su administradora de pensiones el 26 de enero de 2005 [19] en el cual solicita información sobre las causas por las cuales el bono inicialmente emitido fue anulado y por qué no ha sido expedido un nuevo bono pensional.

Con ocasión de la tutela de la referencia, el Ministerio de Protección Social se pronunció en los siguientes términos. En primer lugar, el Ministerio explica la función de la figura de los bonos pensionales como un elemento esencial para la financiación de las pensiones de aquellas personas que optaron por trasladarse del sistema de prima media al de ahorro individual y que acumularon un ahorro en el primero de estos sistemas, el cual debe ser reconocido para efectos de completar el capital necesario para acceder a la mesada pensional correspondiente. La creación de los bonos pensionales, además de incentivar el traslado de las personas de un sistema a otro, ha permito que el Estado difiera en el tiempo su obligación de pagar las contribuciones que las personas hicieron a los fondos públicos, ya que sólo en el momento en que cada una de ellas cumple los requisitos para pensionarse en el régimen de ahorro individual el Estado desembolsa los dineros en la cuenta individual del respectivo afiliado. Sobre el particular, explica el Ministerio:

"El sistema de capitalización individual incorpora una gran ventaja para la Nación, entendida como la totalidad de los ciudadanos, que fue justamente la causa por la cual se creó el nuevo régimen, constituida por la liberación de la Nación o sus entidades, de la obligación de asumir el pago o trasladar recursos para el reconocimiento de las pensiones de vejez, en ausencia de los recursos que deberían estar acumulados en las administradoras para el efecto, pues la realidad demostró que dichas entidades, por múltiples razones, muchas de ellas de carácter legislativo o regulatorio, no crearon ni acumularon las reservas necesarias para pagar las obligaciones pensionales que habían asumido, pues recaudaban los aportes, si los había, pero nunca reservaron los recursos para pagar las pensiones que estaban asumiendo, por lo cual la Nación se vería enfrentada a unos pasivos pensionales de proporciones gigantescas, cuyo monto total ni aún en la actualidad conoce con precisión.

"Con el nuevo esquema, dicho de manera muy simple, quienes iniciaran su vida laboral en el régimen de capitalización individual ya no serían una carga para el Estado, sino que cada uno se procuraría los recursos para pagarse su propia pensión, pero ¿qué hacer con quienes ya tenían una historia laboral consolidada?, ¿qué hacer con los tiempos anteriores ya servidos, respecto de los cuales se hubiesen hecho cotizaciones o no?.

“Había dos opciones, o prohibir a estas personas trasladarse al nuevo régimen y asumir en ese momento de una vez los pasivos pensionales correspondientes a ellos en el régimen de prima media o, permitirles su traslado. Evidentemente si se permitía el traslado, era necesario garantizar que en todo caso contarían con la posibilidad real de acceder al beneficio pensional, mediante algún mecanismo que permitiera la conversión de los tiempos servidos o cotizados en el régimen de prima media al nuevo esquema de capitalización individual, pero como este esquema funciona sobre la base de capitales acumulados, este mecanismo no podría ser otro que integrar ese capital incorporando en él aquellos tiempos anteriores, de manera que el traslado no generara una pérdida proporcional en el valor de la pensión, sino que se mantuviera, más o menos, cómo si hubiese permanecido en el régimen de prima media. En este punto la Nación se enfrentó a la realidad de las deudas acumuladas que tendría que entrar a reconocer, pues ya debía la proporción correspondiente a los tiempos servidos o cotizados por todos los afiliados anteriores, reconocimiento que naturalmente hubiese llevado a la Nación a un déficit inmanejable, por lo que debía encontrar un mecanismo para reconocer de manera paulatina este pasivo e irlo convirtiendo en activos monetarios sólo cuando fuera estrictamente necesario, es decir la edad máxima posible, permitiendo además que este reconocimiento del pasivo fuere negociables, de manera que fueran los particulares quienes financiaran el efectivo, mientras se llegaba a esa edad máxima.

“Es por ello que resultaba conveniente y razonable, desde el punto de vista fiscal, estimular el traslado de las personas al nuevo régimen, que es la misma razón por la cual se prohíbe el retorno al régimen de prima media y si se permite se pierde el beneficio de la transición del sistema, fue una decisión fiscal, cuyas ventajas son evidentes.

“Lo anterior, por supuesto no liberó a la Nación de los pasivos ya causados y consolidados en la historia laboral de cada persona, pero le permitió detener el crecimiento de tal pasivo, respecto de quienes se afiliaron al nuevo régimen, trasladando esta contingencia a cada persona individualmente considerada”. (…) En el mismo orden de ideas, más adelante explica el Ministerio de la Protección Social:

“Conviene en este punto preguntarse ¿Por qué el legislador de 1993 resolvió, a instancias del Gobierno Nacional, establecer este derecho individual en cabeza de quienes se trasladaban al nuevo régimen de capitalización individual? “Tal como se mencionó, porque no existía opción diferente que garantizara a estas personas el acceso a la pensión, simplemente no hacerlo era eliminar el régimen antes de su nacimiento, pues no existía la forma de que se alcanzara el capital necesario si la Nación no devolvía mediante este mecanismo, u otro, los tiempos servidos o cotizados por cada persona al Sistema existente antes de la Ley 100, pero no se trató entonces, ni puede entenderse ahora, que era una devolución cualquiera, el simple reintegro de unos aportes pagados o que han debido pagarse, sino aquellos que permitieran alcanzar el capital que ha debido existir en el ISS u otra entidad que manejara el sistema de pensiones, no de manera individual, sino en una masa o mutualidad común.

“Evidentemente tales dineros no existían, el descalabro de las entidades de previsión, cajas u otras análogas es de sobra conocido, de hecho fue esa la razón que llevó al Gobierno Nacional a introducir en Colombia el régimen de capitalización individual, pero si hubiesen existido deberían haber correspondido, al tan comentado bono pensional.

“La operación matemática antes mencionada, el cálculo de la pensión de referencia, también existe, teóricamente, en el régimen de prima media, sin embargo no podría observarse directamente porque los recursos que constituyen las reservas no están individualizados sino que están mezclados en la mutualidad denominada fondo común. Evidentemente en la actualidad los recursos que deberían respaldar este fondo, las reservas, no existen, dado el inadecuado manejo de las variables que constituían el cálculo actuarial correspondiente y que debieron ajustarse en el tiempo desde 1946, lo cual no se hizo, por lo menos al ritmo que correspondía, razón por la cual en la actualidad es la Nación, responsable constitucionalmente de esta situación, la que debe asumir el pago de las mesadas pensionales”.

En este orden de ideas, en concepto del Ministerio de la Protección Social, el bono pensional debe permitir que la pensión que obtiene el afiliado que se trasladó sea equivalente en ambos regímenes, de manera que las personas no salieran perdiendo parte de su ahorro por efecto del traslado. Lo contrario, esto es, que la pensión obtenida en el régimen de prima media resultara superior a aquella obtenida en el régimen de ahorro individual conduciría a la eliminación de todos los incentivos para que las personas se trasladaran y, por ende, a restarle todo el valor al bono pensional como instrumento de política fiscal. En este orden de ideas, afirma la entidad:

"(…) es clara la función y razón de ser del bono: reconocer la parte proporcional del capital que debió acumularse en cualquiera de los esquemas de seguridad o previsión social existentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 y que si no existe o no se hizo, tal ausencia no le resulta imputable al afiliado, por lo cual no debe ahora asumir las consecuencias nocivas de decisiones y circunstancias que le resultaron entonces y ahora, totalmente ajenas.

"Así las cosas, el derecho individual y subjetivo a un monto, si no determinado si fácilmente determinable, a un valor fijo, que la Ley definió, ingresa al patrimonio e cada persona en el momento mismo del traslado al individual, evidentemente si se cumplen los requisitos para ello, aunque no se materialice en ese momento, no es un derecho concreto a un documento o título en particular, es un derecho a recuperar el ahorro que ya generó o que ha debido generar, porque ya laboró o cotizó los tiempos que éste documento ha de reflejar, que son el pasado, la historia laboral de cada persona y que no puede ser expropiado, ni su valor modificado 13 años después, ello tan sólo generará una inmensa cantidad de procesos judiciales en los que se exigiera el reconocimiento de la indemnización que corresponde".

A partir del anterior análisis, el Ministerio de la Protección Social estima indispensable aplicar las reglas de cálculo vigentes al momento en que la persona se trasladó, ya que de otra manera sería admitir que vía la variación de la fórmula para determinar el valor del bono pensional el Estado se apropiara de parte de los recursos que corresponden al afiliado. Al respecto, sostiene el Ministerio:

"Cabe en este punto preguntarse ¿qué pasaría si mediante el argumento de modificar la metodología o las fórmulas que definen el valor de ese instrumento denominado bono pensional, se cambiara su monto? "Probablemente un grupo de personas que hace 13 años tomaron la decisión de trasladarse el régimen de ahorro individual y quienes en la actualidad, además, tienen prohibido regresar al régimen de prima media con prestación definida, simplemente jamás se pensionarán, y si lo hacen, en atención a aportes voluntarios que hubiesen hecho, jamás obtendrán una pensión similar a aquella que hubiesen obtenido si hubiesen permanecido en el régimen de prima media.

"Lo anterior dicho de otro modo, es la clara negación al derecho a la pensión, constitucionalmente protegido y en términos prácticos, sería el apoderamiento por parte de la Nación de la historia laboral del afiliado, que es justamente lo que refleja el bono pensional en términos monetarios.

"(…) "Ahora bien, como los esquemas de previsión social existentes con anterioridad a la Ley 100 de 1993 eran diferentes, esta herramienta debía permitir la unificación de las tantas alternativas existentes y que permitiera, a quien voluntariamente decidía afiliarse al Régimen de Ahorro Individual, saber qué había sido de sus tiempos de afiliación anteriores, cotizados o no cotizados, lo cual dicho en términos prácticos significa saber con qué capital contaba, como fruto de su vinculación anterior a cualquiera de las modalidades o esquemas de previsión existentes con anterioridad. No sobra mencionar aquí que la decisión de trasladarse o no al Régimen que se creaba, se fundamentó en una mayoría de los casos en la convicción de que se contaba ya con un capital, que los tiempos laborados con anterioridad no se perderían, sino que la Nación o las entidades llamadas a ello, devolverían estos tiempos. Visto el tema bajo esta óptica, serán los jueces los llamados a dilucidar si resulta en el 2006 constitucionalmente aceptable que estas personas que confiaron legítimamente en la Ley, que tomaron una decisión bajo la convicción de contar con un capital, se vean ahora

defraudadas en su confianza, porque al recalcular los bonos con criterios meramente fiscales resulte que tal capital es la mitad de aquello con lo que ya contaban.

“Repetimos, no se trata de un cambio de condiciones para adquirir un derecho futuro e incierto con el que no se cuenta, lo que se denominaría una mera expectativa de derecho, sino de una suma fija, fruto de la aplicación de una fórmula matemática que consta en la Ley, a la que la persona se hizo acreedora al momento del traslado, con la que cada persona cuenta o debería, eso se presume en un estado de derecho, poder contar a ciencia cierta.

“¿Qué podría ocurrir si se resuelve que no es así, que quienes se trasladaron creyendo contar con un capital que ya habían conformado con su trabajo durante los años anteriores a la Ley 100 de 1993, descubren ahora que no lo tienen? “¿Cuál sería la solución constitucionalmente adecuada a esta defraudación a la legítima convicción de las personas de contar con una historia laboral y un capital? “¿Cómo entender que algunas personas ya obtuvieron la emisión y expedición de los bonos pensionales y éstos, tratándose de historias laborales idénticas, se convirtieron en sumas de dinero o se negociaron y otros, con iguales circunstancias ya no lo lograrán?” Frente a los anteriores planteamientos, el Ministerio afirma:

“En este orden de ideas la pregunta por responder sería ¿podría el Estado válidamente mejorar su situación fiscal disminuyendo el valor de unos pasivos o que la ley le ordenó asumir o retardar su reconocimiento?, ¿sería ésta una medida constitucionalmente aceptable? “Consideramos que no resultaría aceptable, porque si bien pareciera pretenderse un bien general en el corto plazo, en el largo plazo resultaría probablemente más costoso desde el punto de vista económico y socialmente inaceptable, al generar una desconfianza en el Sistema y un estado de frustración generalizados en una población ya cercana a la edad en la cual ya no se es económicamente productiva, que también goza de protección constitucional, por no mencionar la cantidad de acciones judiciales que ello generará.

“En efecto, quienes ven frustradas sus expectativas de obtener una pensión, a pesar de haberse trasladado de régimen en virtud de la promesa de un bono pensional, que repetimos era y es una suma cierta de dinero, recurrirán a los estrados judiciales a exigir el cumplimiento de esta promesa, las condenas que se llegaren a producir seguramente serán más costosas que el valor dejado de pagar en su oportunidad, sin mencionar el desgaste administrativo que ello implicará para la rama judicial y para el propio Ministerio de Hacienda y Crédito Público”.

Finalmente, el Ministerio de la Protección Social analiza el tema relativo al salario base que debe tenerse en cuenta para la liquidación del bono pensional, explicando que antes de la Ley 100 de 1993 existía una gran diversidad de regimenes de pensiones, cada uno de los cuales contaba con su propia regulación. Así, existían casos en los cuales el trabajador no estaba obligado a realizar un aporte al sistema de pensiones, no obstante percibir un salario. En otros casos, el monto del aporte dependía de la categoría en la que estaba clasificado el trabajador. Por ejemplo, para lo trabajadores clasificados en la categoría 51 el aporte se calculaba sobre un tope máximo de 10 salarios mínimos, así la persona percibiera una remuneración superior. En concepto del Ministerio al tomarse como base para la liquidación del bono el salario real devengado por el trabajador, el legislador de la época generó una igualdad de condiciones para los trabajadores que estaban sujetos a diferentes reglas de cotización. Afirma el Ministerio:

“Si nos atenemos a la interpretación, en gracia de discusión, que el concepto “base de cotización” contenido en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 corresponde a lo que el ISS había denominado “salario mensual de base”, ¿cuál sería el valor del bono pensional de una persona que no efectuaba cotizaciones, pero que si prestó sus servicios? “En esta hipótesis, el resultado es cero, como no hay base de cotización, entendida como lo que hoy significa tal término, esa persona vería sencillamente desaparecer el ahorro que debió haber acumulado durante toda una vida laboral. No podría ser otra la solución en tal línea de pensamiento, por ello no podía el legislador adoptar tal posición, pues implicaba la creación de una desigualdad insostenible, una verdadera negación del derecho de acceder al beneficio pensional a unas

personas porque no cotizaron, cuando tal circunstancia nunca dependió de su voluntad ni existían opciones para cotizar en contra de la voluntad de, por ejemplo una entidad pública que resolvió constituirse en entidad de previsión, como lo autorizó la ley 33 de 1985.

“Pero no fue esa la tesis adoptada por el legislador, por el contrario se señaló que debía entonces tomarse el último salario cotizado o el devengado, equiparando tales acepciones, pues no existía opción razonable distinta.

“No podría pensarse en un instrumento diferente para cada situación de las múltiples posibles, que generaba además desigualdades insostenibles, como por ejemplo sería el caso en que quien si contribuyó con una cotización, cuyo monto no determinó él sino la regulación, resulta obteniendo una contribución a su reserva inferior sustancialmente a aquella que obtiene quien ni siquiera realizó cotización alguna; lo mismo puede decirse de quien no ha trabajado ni contribuido por un período, por ejemplo 4 años, al tomar como base de cotización para esta persona el salario devengado hace ciertos años, actualizado, mientras que a quien cumplió la ley y cotizó sobre el monto establecido en las normas, percibe una contribución inferior.

“(…) “Como resultaba obvio, el legislador necesariamente debió buscar un común denominador que admitiera todas las variaciones existentes en los regímenes de pensiones, sin condicionamiento diferente al logro de un fin, permitir a todas las personas acceder al beneficio pensional, reintegrarles sus tiempos servidos en igualdad de condiciones, sin crear discriminaciones artificiales en función no de la persona titular del derecho, sino de los reglamentos existentes en cada administradora o caja o entidad que actuaba como tal.

“Es por ello que, para efectos del bono pensional, la base de cotización no es el concepto de los reglamentos del ISS denominado “salario mensual de base”, como algunos han sostenido, sino una herramienta que debe ajustarse a la finalidad exigida por la constitución y la ley, devolver a los trabajadores los tiempos servidos o cotizados, de modo que permitan a quienes se trasladaron al régimen de ahorro individual con solidaridad, acceder al beneficio pensional.

“Dado que el concepto incluido en el Decreto Ley 1299 de 1994, denominado “salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia” refleja con exactitud lo que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 denominó “base de cotización”, que hoy entenderíamos como salario devengado, no habría lugar a la reliquidación de ningún bono ni a un cambio de metodología que disminuyera los recursos propios de los afiliados”.

En consecuencia, la base para calcular el bono pensional debe ser el salario real devengado por el trabajador y no el salario sobre el cual se efectuaron los aportes a pensiones, pues en éste último caso se llegaría a que trabajadores que no aportaron o aportaron con base en salarios inferiores a los devengados vieran reducidos considerablemente los montos de sus bonos pensionales, no obstante que la regulación vigente par la fecha en que aportaron los obligaba a cotizar sobre un base diferente a su salario real devengado.

II. Consideraciones y Fundamentos 1. Competencia Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso tercero y 241, numeral noveno de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problemas jurídicos El señor Víctor Hugo López Nossa interpuso acción de tutela contra la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público al considerar que esa dependencia al “anular” sin su consentimiento el acto administrativo por el cual se le reconoció el bono pensional calculado con base en un salario base de $1’303,800 viola sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, al debido proceso, a la protección de la tercera edad, a la salud, a la familia y a la dignidad humana.

Considera que para dicha “anulación” era preciso que el Ministerio de Hacienda contara con su consentimiento, por lo cual el actuar de la administración configura una “vía de hecho” . En relación con el salario base para calcular el bono

pensional afirma que su empleador – INTERCOR- certificó que el salario devengado a junio 30 de 1992 era de $1’359,500, por lo cual no podía la OBP unilateralmente modificar dicha base de cálculo, más si se tiene en cuenta que el ISS ha manifestado no tener en sus archivos la información relativa al salario real devengado por algunos empleados de INTERCOR. Sostiene que como consecuencia de la modificación del valor del bono pensional, el monto mensual que legítimamente esperaba devengar a título de pensión, cuando decidió trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual el primero de abril de 1995, se verá reducido en cerca de un 50%, desconociéndose por tanto el principio constitucional de confianza legítima. En relación con el derecho a la vida, manifiesta el accionante que la falta de reconocimiento de su pensión de vejez de forma anticipada afecta sus ingresos para sustentar su subsistencia y la de su familia. Sostiene que en su caso no se le dio el mismo tratamiento que a otras personas que en las mismas condiciones ya han obtenido su mesada pensionada, y con respecto a otros afiliados al régimen de ahorro individual a quienes no se les han revocado los bonos pensionales ya reconocidos, por lo cual se le está vulnerando su derecho a la igualdad.

Frente a la acción de tutela de la referencia, la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público señala que debe hacerse la integración del litis consorcio necesario dado que el tutelante se encuentra afiliado a la AFP Skandia, y que es obligación de esta última adelantar los trámites a nombre del afiliado para el reconocimiento y pago del bono pensional.

En relación con la presunta vulneración de los derechos del señor López, considera la OBP del Ministerio de Hacienda que el accionante pretende mediante la acción de tutela que se ordene pretermitir el procedimiento legal administrativo que debe agotarse para la liquidación y emisión del bono pensional que reclama a su favor, como afiliado de AFP Skandia. De otra parte, afirma que en tanto que el bono pensional se redimirá a más tardar el día en que el señor López cumpla los 62 años de edad (13 de mayo de 2009), no se puede alegar que se le están violando sus derechos fundamentales.

El funcionario de la OBP informa que a junio 30 de 1992 existían disposiciones que obligaban a los empleadores a reportar, mediante el sistema ALA, al ISS el salario real devengado por cada uno de sus trabajadores, en aquellos casos en los cuales el salario base superaba la máxima categoría del ISS. Sostiene que en la planilla de liquidación de aportes del señor López el empleador (INTERCOR) no diligenció la columna correspondiente al salario devengado sino solamente la correspondiente al salario base de cotización; en este sentido, afirma que la OBP debe tomar como base para el cálculo el salario que figure en la planilla, que en éste caso correspondería al salario base de cotización. Sostiene que en el caso del tutelante no es admisible como prueba del salario devengado la que expida INTERCOR puesto que ello sólo es factible cuando el ISS expida certificación de no contar en sus archivos con la información necesaria sobre el salario devengado y reportado, asunto que no acaece en el caso del accionante. Agrega que la administración tiene competencia para revisar en cualquier época que existan todos los soportes legales con los cuales se constituyó por parte de la AFP el salario base, revisión que “ se puede efectuar incluso después de redimido el bono ”; en este sentido, no es necesario contar con el consentimiento del particular para proceder a modificar el valor del bono pensional del cual es beneficiario. Informa que en el caso del accionante se cometió un error gravísimo “pues a pesar de que INTERCOR reportaba por el sistema ALA, aceptó que la AFP digitara en el sistema el salario certificado por INTERCOR” . En este sentido, señala la OBP que una de las razones que motivaron la anulación del bono pensional emitido mediante resolución del 6 de agosto de 1998 fue que se presentó un error en el salario base con el cual se emitió el bono, puesto que se tomó la información contenida en la certificación del empleador cuando ha debido tomarse el salario base de cotización que constaba en las planillas de autoliquidación de aportes diligenciadas por INTERCOR.

Otra de las razones aducidas por la OBP para proceder a la anulación del bono fue que se presentó un cambio en la fórmula de cálculo por efecto de lo dispuesto en la sentencia C-734 de 2005, que significó que el salario máximo a tener en cuenta para efectos del cálculo del bono pensional es 10 salarios mínimos.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá denegó la tutela de los derechos del accionante al considerar que el debate planteado es de orden meramente legal, pues el mismo versa sobre la posibilidad legal que tenía la OBP para anular el bono pensional en estas circunstancias.

A partir de estos antecedentes, previo al análisis de fondo del asunto planteado, esta Sala de Revisión entrará a determinar si es indispensable la conformación del litis consorcio necesario y si, por lo tanto, era necesaria la vinculación al proceso de terceros que se puedan ver afectados por la decisión.

En caso de encontrarse que, en efecto, no es necesaria la conformación del litis consorcio, la Sala entrará a determinar si se reúnen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. De ser procedente la presente acción de tutela, se resolverá el siguiente problema jurídico ¿Incurrió la OBP en una violación al debido proceso al "anular" sin consentimiento del beneficiario el bono pensional emitido mediante Resolución 252 del 11 de agosto de 1998 y proceder a emitir un nuevo bono pensional mediante Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004 por un valor inferior al del primero, argumentando que no se cuenta con la información sobre el salario real devengado por el accionante y que con ocasión de la sentencia C-735 de 2005 se produjo una nueva situación jurídica que exige reducir la base de cálculo? 3.

Cuestión previa: La conformación del litis consorcio no es necesaria En el presente caso, la Sala considera que no hay necesidad de conformar el litis consorcio [20] .

En efecto, el problema fundamental que suscita la presente acción de tutela está referido al cumplimiento o no del debido proceso por parte de la OBP en el trámite de "anulación" del bono pensional.

Es claro que la anulación se llevó a cabo exclusivamente por parte del Ministerio. Así, en el caso en el cuál la Sala encuentre que la OBP incurrió en una vulneración al debido proceso, será contra dicha dependencia del Ministerio que la Corte profiera las ordenas pertinentes, a fin de que restablezca el derecho vulnerado. Por tanto, en este caso, no encuentra la Sala la necesidad de otros sujetos de derecho en calidad de parte pasiva para poder decidir de mérito.

Ahora bien, la Sala considera que si bien la presente acción de tutela tiene como causa el cambio del valor del bono pensional del accionante, lo que realmente se cuestiona – se insiste- es si el procedimiento adoptado por la OBP fue el que correspondía a la luz de la normatividad vigente. Por lo tanto, la Sala no entrará a definir el monto de dicho bono, pues ello es del resorte de la autoridad competente, así como el tema relativo a la definición de las personas que deban concurrir a su financiamiento. Estos últimos asuntos se refieren a una controversia eminentemente legal y patrimonial que en primer lugar debe ser definida en sede administrativa y, de ser el caso, en sede judicial.

Con base en lo anterior, la Sala no entrará a determinar si la empresa INTERCOR debe concurrir o no al pago del bono pensional del señor López Nossa de llegarse a concluir que la Resolución 252 de 1998, en la que inicialmente se determinó el valor del bono pensional, se mantiene en firme.

Por tanto, la Sala se limitará a definir si se presentó una vulneración al debido proceso por parte de la OBP, quien fue la entidad que de manera independiente adoptó la decisión de anular el bono pensional emitido a favor del señor López.

En el mismo orden de ideas, estima la Sala que las órdenes que hayan de adoptarse en el presente proceso deberán estar dirigidas a la OBP y estar circunscritas al procedimiento adoptado por dicha entidad en el caso de la anulación del bono del señor López. Lo contrario, esto es, impartir una orden a un tercero para que realice o ejecute determinado acto sin haberse hecho parte en el proceso constituiría una vulneración de su derecho de defensa, toda vez que no tendrían conocimiento de la acción de tutela en curso y, por tanto, no podrían presentar las explicaciones o justificaciones del caso [21] .

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que la Corte ha sostenido que el interesado por las resultas de una acción de tutela – como en este caso puede acontecer con el ISS o INTERCOR - puede intervenir en el proceso, pero que no existe

un deber de notificarlo. El juez de tutela no está obligado a ordenar la notificación a todos los hipotéticos interesados o presuntos terceros afectados por el fallo [22] .

Por tanto, al no existir la obligación de notificarlos no existe una obligación de conformar el litis consorcio por pasiva. Es por las anteriores consideraciones que a la luz de las normas procedimentales no existe fundamento para constituir un litis consorcio necesario con otras personas a las cuales no se les impartirá ninguna orden, puesto que el problema jurídico a resolver concierne exclusivamente al procedimiento seguido por la OBP con ocasión de la anulación del bono pensional del accionante.

4. La presente acción de tutela reúne los requisitos de procedibilidad. Antes de entrar a verificar la presunta vulneración, entre otros, del derecho fundamental al debido proceso del accionante, la Sala encuentra necesario constatar que se reúnan los requisitos para la procedibilidad de la acción de tutela. Para el efecto, cabe resaltar que en la presente oportunidad no se está debatiendo si la OBP debe o no proceder a emitir el bono del señor Víctor López. El punto central de la controversia es si la OBP al proceder a anular sin el consentimiento del beneficiario el bono pensional emitido mediante Resolución 252 de 1998 en la Resolución 1880 de 2004 vulneró el derecho al debido proceso del accionante.

El requisito de la inmediatez para la correcta interposición de la acción de tutela exige que la acción sea presentada de manera oportuna, esto es, en un término razonable después de la ocurrencia de los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos [23] , razonabilidad que debe valorar el juez en cada caso, considerando, por ejemplo, (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los tutelantes;

(ii) si la inactividad injustificada podría causar la lesión de derechos fundamentales de terceros de llegarse a adoptar una decisión en sede de tutela; o (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio inoportuno de la acción y la vulneración de los derechos de los interesados [24] . Sobre el particular, en la sentencia T-900 de 2004 [25] se expresó:

“(...) la jurisprudencia constitucional tiene establecido que el presupuesto de la inmediatez constituye un requisito de procedibilidad de la tutela, [26] de tal suerte que la acción debe ser interpuesta dentro de un plazo razonable, oportuno y justo. Con tal exigencia se pretende evitar que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica.

“Esta condición está contemplada en el artículo 86 de la Carta Política como una de las características de la tutela, cuyo objeto es precisamente la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales de toda persona, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que establezca la ley. Así, pues, es inherente a la acción de tutela la protección actual, inmediata y efectiva de aquellos derechos.” De acuerdo con los hechos que motivaron la presente acción de tutela, el accionante afirma haber tenido conocimiento de la anulación de su bono pensional en abril de 2004, cuando la AFP en respuesta a su solicitud de pensión anticipada le manifestó que “su bono pensional fue anulado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público debido a que el salario base con el cual se emitió su bono pensional, certificado por su empleador, no coincide con el valor realmente reportado por el ISS” . Es decir, la AFP no le informó al accionante el número de la Resolución por medio de la cual la OBP había procedido a anular el bono pensional ni le indicó con cuales mecanismos contaba para la defensa de sus intereses. Se debe señalar que en el expediente no figura prueba de que la Resolución 1880 de 2004, en la que se dispuso la anulación del bono inicial, haya sido puesta en conocimiento del señor Víctor López.

Posteriormente, la OBP emitió la Resolución 2474 de 2004, por medio de la cual se expidió un nuevo bono pensional por un valor inferior al inicialmente emitido en la Resolución 252 de 1998. El término razonable de interposición de la tutela no se establece desde el 26 de octubre de 2004, fecha en la que se profirió la Resolución 2474, sino desde el momento en que el accionante tuvo conocimiento de la misma. Se debe tener en cuenta que en el expediente no obra prueba de que la

Resolución 2474 haya sido comunicada al accionante. Asimismo, se tiene que la OBP no se manifestó al respecto en la contestación de la acción, a pesar de que en el escrito de tutela el señor López, en múltiples ocasiones, afirma no tener conocimiento sobre las decisiones del Ministerio por las cuales modificó lo dispuesto en la Resolución 252 de 1998.

Podría aducirse, desde otra perspectiva, que el término de interposición ha de contar a partir del momento en que se notificó las decisiones de la administración. Empero, en la parte resolutiva de las resoluciones 1880 y 2474 de 2004 no se ordenó notificarlas al accionante.

Tan sólo se dispuso comunicarlas a la AFP "debido a que en el trámite de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos estas [AFP] se encuentran actuando por cuenta de sus afiliados conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 656 de 1994" (artículo 3 de las Resoluciones 1880 y 2474 de 2004), a quien a su turno le correspondía ponerlas en conocimiento del accionante. De acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente y de las declaraciones efectuadas por el señor Víctor López, se tiene que éste nunca fue informado con claridad sobre las resoluciones; se trataba por lo tanto, de decisiones desconocidas por el accionante.

Aunado a lo anterior, se tiene que el señor López a partir de abril de 2004 ha adelantado diversas gestiones para aclarar la situación de su bono pensional, ante la AFP Skandia, a quién en virtud del artículo el 20 del Decreto 1513 de 1998 [27] le corresponde adelantar los trámites a nombre del afiliado para el reconocimiento y pago del bono pensional. Es así como en múltiples oportunidades de manera verbal y escrita se ha dirigido a su AFP para que le informe el estado de su bono pensional y del trámite de pensión anticipada, sin que a la fecha Skandia haya dado una respuesta a sus solicitudes, la última de las cuales tiene fecha del 26 de enero de 2005.

En el caso objeto de revisión, el señor Víctor López acudió a la acción de la tutela habiendo trascurrido un término aproximado de 11 meses a partir del momento en que elevó la última solicitud a su administradora de pensiones. Por tanto, la Sala estima que la presentación de la tutela se hace dentro de una margen razonable, en atención al hecho de que habiendo acudido en diversas oportunidades ante su administradora ésta no le ha informado el estado de su bono pensional, y al hecho de que ni la AFP ni la OBP le comunicaron el contenido de las Resoluciones 1880 y 2474 de 2004. De forma que para el momento de presentación de la acción de tutela el accionante carecía de claridad en relación con el estado de su bono pensional y su pensión anticipada, solicitada desde marzo de 2004, no se había reconocido.

Sobre el requisito de subsidiariedad para que la acción de tutela sea procedente, la Corte ha afirmado: "(…) la acción de tutela es un mecanismo alternativo y subsidiario de protección judicial que únicamente procede cuando no existan otros mecanismos judiciales de protección o cuando los mismos sean insuficientes para enfrentar un perjuicio irremediable" [28] .

Sin perjuicio de lo anterior, la jurisprudencia de la Corte ha admitido que la tutela procede cuando, a pesar de existir instrumentos judiciales de defensa para la protección del derecho vulnerado, los mismos resultan ineficaces, insuficientes o poco idóneos [29] .

En estos casos, la tutela procede como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. [30] Así, por ejemplo, en la sentencia T-620 de 2002 [31] se afirmó:

"Como es sabido, de conformidad con el inciso tercero del artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela procede cuando quien la ejerce no cuenta con otro mecanismo para proteger sus derechos fundamentales, o el establecido no resulta eficaz, dadas las circunstancias específicas del agraviado; porque al Juez de tutela no le está permitido asumir el conocimiento de aquellos asuntos que cuentan con instrumentos adecuados de protección en el ordenamiento, dado el carácter subsidiario y residual del amparo previsto en la disposición en cita.

“Lo anterior, sin perjuicio de la posibilidad que tienen las personas de recurrir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para precaver el menoscabo de sus derechos fundamentales, sobre el que se cierne el acaecimiento de un perjuicio irremediable y grave”.

Según la Corporación, “…por perjuicio irremediable debe entenderse "(..) aquel daño que puede sufrir un bien de alta significación objetiva protegido por el orden jurídico, siempre y cuando sea inminente, grave, requiera la adopción de medidas urgentes y, por lo tanto, impostergables y que se trate de la afectación directa o indirecta de un derecho constitucional fundamental y no de otros como los subjetivos, personales, reales o de crédito y los económicos y sociales, para los que existen vías judiciales ordinarias” [32] .

En el caso que se estudia, en lo que respecta a las acciones que pudieran adelantarse ante la jurisdicción contenciosa administrativa se tiene que estas no se presentan como un mecanismo apto para la defensa de los derechos fundamentales del accionante dadas sus circunstancias particulares, toda vez en la actualidad se requiere precisión en relación con el valor del bono pensional para que así sea posible su negociación y, por tanto, se complete el capital necesario para que el señor Víctor López pueda acceder a su pensión anticipada, como lo solicitó desde el mes de marzo de 2004. La ausencia de claridad sobre este punto ha impedido que se continúe con el trámite reconocimiento de su pensión de vejez, lo que se constituye en una amenaza frente a su derecho a pensionarse anticipadamente y con ello obtener un ingreso para sustentar su subsistencia y la de su familia, enfrentando a ésta a quedarse sin sustento económico. Así, se puede llegar a comprometer su mínimo vital y el de los miembros de su familia en la medida en que el accionante no cuenta con otras fuentes de ingreso y requiere anticipar su pensión.

Aunado a lo anterior se tiene que, el artículo 9 de la Resolución 1880 del 2004 dispuso que contra la misma eran procedentes los recursos de reposición ante la OBP y de apelación ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Lo mismo dispuso el artículo 9 de la Resolución 2474 del 2004. No obstante, de conformidad con el artículo 3 de las mismas, el contenido de dichas Resoluciones debía ser comunicado a la administradora de pensiones a la cual se encontraba afiliado el beneficiario del bono más no a éste último, “debido a que en el trámite de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos estas [AFP] se encuentran actuando por cuenta de sus afiliados conforme lo dispone el artículo 20 del Decreto 656 de 1994” . De esta manera, conocida la decisión de anulación y, posteriormente, la decisión sobre el valor del segundo bono pensional se hacía necesario que Skandia interpusiera los recursos de la vía gubernativa para la defensa de los intereses del actor. No obstante, la AFP no hizo uso de dichos recursos.

Así, no habiéndosele puesto en conocimiento al accionante el contenido de las Resoluciones 1880 y 2474 de 2004 por parte de la OBP mal puede exigírsele al accionante haber agotado la vía gubernativa frente a las mismas cuando estos recursos debían ser interpuestos por la AFP.

En consecuencia, no es posible calificar la actuación del señor López de negligente, pues en virtud de lo dispuesto por la normatividad vigente el accionante ha delegado el trámite del bono en su administradora.

Constatado que se reúnen los requisitos de procedibilidad de la presente acción de tutela, pasa la Sala a resolver el problema jurídico planteado.

5. Diferencia entre anulación de bonos pensionales y revocatoria directa. En el acápite de pruebas se ha señalado el trámite previsto para solicitar, liquidar, emitir, expedir, redimir y pagar un bono pensional, según lo explicado por la OBP en su comunicación del 18 de agosto de 2006. Teniendo presente este trámite normativo, la Sala considera pertinente detenerse a analizar el alcance de la facultad de la administración para proceder a la anulación de bonos pensionales, pues de ello depende definir si la administración contaba con facultades legales para anular el bono pensional del accionante o si se requería el consentimiento expreso y por escrito de éste último para proceder a la revocatoria directa del bono pensional.

El artículo 17 de la Ley 549 de 1999 [33] , en relación con la reliquidación de los bonos pensionales, establece: “Artículo 17.- Bonos pensionales.

“(…) “Cuando sea necesario reliquidar bonos ya expedidos que no se encuentren en firme, por razón del cambio en la forma de cálculo de los bonos o por error cometido en la expedición, la entidad emisora procederá a reliquidar el bono, anulando el bono inicial y expidiendo uno nuevo, para lo cual sólo se requerirá la comunicación al beneficiario.

“(…)” El anterior aparte del artículo 17, sobre el cual la OBP funda su actuación en el caso de la referencia, fue demandado ante la Corte Constitucional al considerar que la posibilidad de anular el bono inicialmente expedido es contrario al respeto de los derechos adquiridos, cargo sobre el cual se pronunció la Corte Constitucional mediante sentencia C-262 de 2001 [34] en los siguientes términos:

“Para efectos de dilucidar este punto, es pertinente aclarar qué se entiende por "expedición" de un bono y por "emisión" del mismo. En el artículo 5 del decreto 1748 de 1.995, adicionado por el artículo 2 del decreto 1513 de 1998, que regula la emisión de bonos pensionales, se define la expedición así: "se entiende por tal el momento de suscripción del título físico o el ingreso de la información al depósito central de valores"; al mismo tiempo, se define la emisión en los siguientes términos: "se entiende por tal el momento en que se confirma o certifica la información contenida en la liquidación provisional, en el caso de emisores privados, o el momento en que queda en firme el acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional, en el caso de emisores públicos" (subrayas de la Corte). En la norma acusada se hace referencia a la expedición, mas no a la emisión de bonos;

es decir, se alude al momento en el que, si bien el título ha sido creado materialmente, el acto administrativo que reconoce el derecho al bono pensional aún no ha quedado en firme.

“Es sólo a partir del momento en que tal acto administrativo adquiere firmeza, que se puede hablar de un derecho subjetivo radicado en cabeza del beneficiario del bono; por ello, de presentarse una modificación en este título una vez el citado acto administrativo de reconocimiento quede en firme, sería necesario contar con la aprobación específica del titular del mismo, puesto que ello equivaldría a una revocatoria directa, en los términos del Código Contencioso Administrativo. Sin embargo, no es esa la situación que contempla la norma demandada, que se refiere a bonos que aún no han generado derechos legales en cabeza de los beneficiarios, y admiten modificaciones, por no estar en firme el acto que los reconoce. La norma, así, consagra una simple facultad administrativa, orientada a corregir los errores en que haya podido incurrir la entidad que expida el bono, o a actualizar la fórmula de cálculo del mismo, sin que ello en sí mismo implique desconocer un derecho del afiliado, quien podrá ejercer su derecho de defensa en el momento de emisión del título. En consecuencia, el cargo será rechazado” (Subrayas en el texto original) [35] .

Así, cuando el bono pensional ha quedado en firme se configura un derecho adquirido a favor del beneficiario del mismo [36] . Bajo este entendido y por tratarse de un derecho adquirido, para proceder a revocarlo la Administración deberá contar con el consentimiento de su titular, salvo que se presenten alguna de las circunstancias previstas en el artículo 73 del CCA [37] , esto es: (i) que se hubiera producido por medios ilegales; (ii) que haya resultado de la aplicación del silencio administrativo positivo; y (iii) si se dan las causales establecidas en el artículo 69 del mismo estatuto.

Contrario sensu , el beneficiario de un bono pensional no puede predicar tener derecho al monto que figure en una liquidación provisional efectuada por la administración, pues como su nombre lo indica la misma no es definitiva, y por tanto, la autoridad respectiva –siempre sujeta al procedimiento que informan las correspondientes normas- puede variar el valor del bono pensional cuando este aún no se encuentre en firme.

Por tanto, para la Sala es claro que la ratio decidendi de la declaratoria de exequibilidad del aparte demandado fue que al no tratarse de un bono pensional en firme y, por lo tanto, al no haberse generado derechos legales en cabeza de los beneficiarios, la norma consagra una facultad a favor de la administración de anulación sin que el ejercicio de la misma

se enfrente a derechos del beneficiario. En consecuencia, esta ratio decidendi tiene fuerza vinculante al tener una relación "estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva" [38] , en la cual se declaró exequible el aparte antes subrayado del artículo 17 de la Ley 549 de 1999. No sobra recordar que las autoridades y los particulares están obligados a acatar los postulados vinculantes de la parte motiva de las sentencias de constitucionalidad en aquellos aspectos determinantes de la decisión que sustenten la parte resolutiva de tales providencias, así como frente a los fundamentos "que la misma Corte indique" [39] .

Es decir, en palabras de la C-037 de 1996, tienen "fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutiva; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutiva de las sentencias y que incida directamente en ella" [40] .

Por tanto, para efectos de establecer el límite temporal al que está sujeta la administración para ejercer su facultad de anulación de un bono pensional es preciso determinar en que momento se produce la firmeza de éste. Sobre el particular, el artículo 59 del Decreto 1748 de 1995 (adicionado por el artículo 25 Decreto 1513 de 1998) señala que "Artículo 59.- Bonos en firme. Un bono pensional queda en firme en el momento en que su primer beneficiario autorice su negociación o su utilización para adquirir acciones de empresas públicas, si es el caso.

"Si el emisor de un bono llegare a detectar, en cualquier época, inexactitud o falsedad en la información con base en la cual expidió un bono que ya está en firme, adelantará las acciones legales pertinentes contra quienes brindaron dicha información, pero el bono continuará en firme.

"La historia laboral procedente de un archivo masivo certificado, que fue utilizada para un bono emitido sólo podrá ser modificada con el consentimiento del afiliado".

La negociación del bono pensional se presenta cuando el afiliado opta por obtener anticipadamente una pensión de vejez, es decir, antes de la fecha de redención normal del bono. En este caso, previa autorización por escrito del afiliado [41] , la administradora de pensiones negocia el bono pensional en el mercado secundario a través de las bolsas de valores, y en consecuencia se produce la redención anticipada del mismo [42] .

Como quiera que, de acuerdo con la norma transcrita, los bonos pensionales sólo adquieren firmeza en los eventos en que el beneficiario autoriza su negociación o su utilización para adquirir acciones de empresas públicas, la administración cuenta con la facultad de proceder a anular el bono pensional hasta antes de que alguna de estas hipótesis acaezca.

De forma que si se ha producido la firmeza del bono la administración debe iniciar las acciones legales pertinentes de encontrar que la información utilizada fue inexacta o incorrecta, tal como lo prevé el inciso 2 del artículo antes transcrito. Corresponderá entonces a la administración, bajo la hipótesis de haberse cometido algún error en la liquidación o producirse un cambio en la fórmula de cálculo y estar el bono en firme, demandar su propio acto mediante la acción que corresponda.

En este orden de ideas, el parágrafo del artículo primero del Decreto 3798 de 2003, por medio del cual se reglamenta parcialmente el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, dispone que " Parágrafo. Los bonos emitidos no negociados y no pagados se reliquidarán de acuerdo con lo establecido en el presente artículo . Las diferencias que surjan en relación con los bonos negociados y pagados se someterán al procedimiento de compensación de que trata el artículo 3° del presente decreto. En los bonos pagados, cuando la cuota parte de la Nación se incremente como resultado de la reliquidación, la parte faltante se actualizará y capitalizará hasta la fecha de pago" (Subraya por fuera del texto original).

Este parágrafo guarda coherencia con lo dispuesto por la Corporación al pronunciarse sobre la constitucionalidad del artículo 17 de la Ley 549 en la sentencia C-262 de 2001, según la cual la reliquidación de bonos pensionales sin contar con el consentimiento del beneficiario sólo procede cuando el bono no está en firme. Por el contrario, cuando el bono ha cobrado firmeza, esto es cuando el beneficiario que desea pensionarse anticipadamente ha autorizado expresamente la negociación del bono pensional [43] , la reliquidación procederá con el consentimiento expreso y por escrito del beneficiario, a menos de que concurra alguna de las causales a las que hace referencia el artículo 69 del CCA, las cuales hacen innecesario dicho consentimiento. Por tanto, el presupuesto para la aplicación de la norma es que el beneficiario del bono no haya autorizado su negociación.

Bajo las anteriores premisas, la Sala no comparte en su totalidad la tesis expuesta por la OBP según la cual mientras el bono no se encuentre redimido se puede revisar "sin que se violen eventuales derechos adquiridos" . En el aparte respectivo la OBP afirmó:

"Para sustentar la anterior afirmación la OBP se permite remitir a los fallos de la Honorable Corte Constitucional, quien ha señalado, en numerosas oportunidades, que no existe un derecho a un monto determinado de pensión, mientras no se materialice el derecho a la pensión misma. Coherentes con lo anterior, debe entenderse que el bono pensional tipo A, mientras no sea redimido, y aunque esté emitido y expedido, no establece un derecho a un monto determinado del bono. Mientras que no se cumplan los supuestos básicos para la redención de un bono pensiona Tipo A, quiere decir que no se cumplen los supuestos legales para que se concrete la situación jurídica del derecho adquirido (Subraya por fuera del texto original)" La Sala encuentra necesario referirse a la redención del bono pensional. El articulo 11 del Decreto Ley 1299 de 1999 dispone que "El bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias:

"1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional [44] . "2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia.

"3.- Cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993". Y es que precisamente en aquellos casos en los cuales el afiliado ha optado por pensionarse de forma anticipada la negociación del bono se produce antes de su redención, pues para acceder al derecho pensional se hace necesario vender el bono en el mercado secundario de valores con el objetivo de completar el capital requerido. Así, por ejemplo, si el afiliado opta por pensionarse a los 53 años de edad, su AFP deberá obtener su autorización para negociar el bono, momento en el cual el bono adquiere firmeza y por ende cesa la facultad de anulación que residía hasta ese momento en cabeza de la administración. Obsérvese que en este caso, la redención normal del bono se produciría cuando el afiliado cumpla 62 años, en virtud de lo dispuesto por el articulo 11 del Decreto Ley 1299 de 1999.

De acuerdo con el aparte antes trascrito, la OBP hace depender la firmeza del bono pensional del momento en que éste se redima, lo que normalmente ocurre a la fecha en la cual el beneficiario ha cumplido la edad para acceder a su pensión, pero en ocasiones acaece una vez se ha producido la negociación del bono pensional, evento éste para el cual fue preciso contar con el consentimiento del beneficiario del bono.

Examinados estos elementos, la Sala concluye que si la administración procede a proferir un acto administrativo por medio del cual modifica el valor de un bono pensional que ha cobrado firmeza sin contar con el consentimiento del beneficiario incurre en un violación del debido proceso, puesto que en dicho caso se estaría frente a una revocatoria directa que requiere consentimiento expreso del beneficiario.

No obstante lo anterior, se debe anotar que la administración no puede desconocer las características con las cuales nació el bono, momento que se remonta a aquel en el cual se produjo el traslado del afiliado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad. En efecto, si el derecho a la emisión nace con el traslado la obligación correlativa de emitir por parte de la Nación y las demás entidades cuotapartistas se genera en ese

mismo momento. Y es en razón de que la obligación de emisión nace en el momento del traslado que para remunerar a su beneficiario sobre el capital base del bono se liquida un interés que no sólo reconoce la pérdida adquisitiva del dinero sino también la remuneración que dicha suma de dinero hubiera tenido en el sistema financiero, como lo afirma el Ministerio:

“El Bono tipo A gana rendimientos a partir de la fecha de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad. Éstos se sumarán al valor del Bono hasta el momento de la redención.

“En esas condiciones, es importante tener presente que así los procesos de revisión de la historia laboral y emisión del Bono (Tipo A) se extiendan en el tiempo, no habrá pérdida de rendimientos, ya que éstos se empiezan a generar desde el mismo momento de traslado al régimen seleccionado” [45] .

En consecuencia, la obligación de emitir el bono nace en el momento del traslado y será la normatividad vigente para dicho momento la que se aplica, así la liquidación del mismo se produzca con posterioridad.

Corolario de lo anterior es que al momento del traslado el bono nace con unas características, las cuales deben ser respetadas por la administración así a posteriori se produzca su anulación .

6. El caso concreto Para analizar la actuación de la OBP y determinar si frente a la anulación del bono pensional del señor Víctor López incurrió en una vía de hecho, es preciso determinar – en primer lugar – en que estado se encontraba el bono pensional al 11 de febrero de 2004, momento en el cual la OBP profirió la Resolución 1880 anulando el bono pensional emitido mediante Resolución 252 de 1998. Adicionalmente, es necesario analizar las razones que condujeron a la administración a la emisión del segundo bono pensional mediante Resolución la Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004.

Bajo las hipótesis del artículo 17 de la Ley 546 de 1999, la Administración tiene la facultad de anular el bono pensional cuando se han producido una de dos circunstancias, a saber: (i) que se modifique la fórmula de cálculo del bono; o (ii) que se hayan producido errores en el cálculo inicial. De acuerdo con los escritos presentados por la OBP en el curso de la presente acción de tutela, se tiene que la anulación del bono pensional del señor López se produjo por las siguientes razones:

(i) Como consecuencia de lo dispuesto en la sentencia C-735 de 2005 “se presenta un cambio en la fórmula de cálculo”, en la medida en que la base máxima para calcular el bono pensional es 10 salarios mínimos legales a 30 de junio de 1992 y el señor López devengaba para dicha fecha una suma superior.

(ii) En la planilla de liquidación de aportes diligenciada por INTERCOR no figuraba la información relativa al salario real devengado por el trabajador a junio 30 de 1992, de forma que era procedente reliquidar el bono con base en el salario obrante en la planilla, a saber, el salario base de cotización. En la Resolución 252 de 1998 se había incurrido en un error puesto que el salario de referencia se calculó con base en el salario real devengado que constaba en una constancia del empleador.

6.1. Situación jurídica del bono pensional del accionante al 11 de febrero de 2004. Sea lo primero entrar a determinar cual era la situación jurídica en la que se encontraba el bono pensional del señor López emitido mediante la Resolución 252 de 1998, que posteriormente fue “anulado” por medio de la Resolución 1880 del 11 de febrero de 2004.

A través de la Resolución 252 de 1998, la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, considerando que “ las personas aquí relacionadas tienen derecho a que se les reconozca y emita el bono pensional, por haber aceptado su liquidación provisional y cumplido con los requisitos de ley ” (Subraya por fuera del texto original) resolvió en su artículo primero “Artículo 1.

Reconocer y emitir los siguiente bonos pensionales tipo A, con base en la correspondiente acta de emisión (…)"Subraya por fuera del texto original)" a favor del señor Víctor Hugo López Nossa por valor de $348'938,000 (expresado en pesos del 11 de agosto de 1998).

Obsérvese que el considerando del Ministerio hace relación a que: (i) La liquidación provisional ha sido aceptada por el beneficiario del bono. De acuerdo con la normatividad que informa la materia, para que se produzca la aceptación de la liquidación debe haber mediado una solicitud de emisión por parte de la AFP, la confirmación de la historia laboral de los empleadores públicos y los contribuyentes del bono, y la certificación de la información por parte de la administradora.

(ii) El beneficiario del bono cumple con los requisitos para que se proceda a la emisión del mismo. De forma que reunidos todos los requisitos, entre los que se cuentan haber confirmado la historia laboral, la OBP emitió mediante Resolución 282 de 1998 el bono pensional del señor López.

Aunado a lo anterior se tiene que el 11 de febrero de 2004, mediante Resolución 1880, la Oficina de Bonos Pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, considerando que "emitió los bonos pensionales de los afiliados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS- que se indican en la parte resolutiva de esta providencia", los cuales "aún cuando fueron emitidos, no han sido negociados ni han sido pagados" , con base en lo ordenado por el inciso 5 del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, de conformidad con lo establecido en el parágrafo del artículo 1 del Decreto 3798 de 2003, "la OBP procederá a anular los bonos objeto de esta Resolución" . En consecuencia, en el artículo 1 de la Resolución 1880 revocó parcialmente ciertas resoluciones, entre las que se encuentra la Resolución 252 de 1998, "en lo referente a la anulación de los bonos pensionales de los afiliados al del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS-" y en el artículo 2 ordenó su reliquidación y emisión previa solicitud de la AFP a la cual se encuentra afiliado el respectivo beneficiario.

Además se tiene que el 2 de marzo de 2004 el señor López solicitó a la AFP Skandia que se adelantaran las gestiones para obtener su pensión de forma anticipada. Por tanto, hasta antes de dicha fecha el accionante no había suscrito la autorización para la negociación de su bono pensional que se requiere en los eventos en los cuales el beneficiario decida pensionarse en forma anticipada.

Es decir que al 11 de febrero de 2004, momento en el cual la OBP procedió a "anular" el bono pensional emitido mediante Resolución 282 de 1998, el señor López no había otorgado consentimiento para su negociación y por lo tanto el bono no había cobrado firmeza. En este orden de ideas, la Administración podía validamente proceder a anular el primer bono pensional mediante la Resolución 1880 de 2004, sin necesidad de contar con el consentimiento del señor López. En consecuencia, la Sala no encuentra que la OBP haya incurrido en una vía de hecho en la Resolución 282 de 1998 al anular el bono pensional emitido mediante Resolución 252 de 1998.

No obstante lo anterior, la Sala encuentra necesario analizar las consideraciones que la OBP tuvo en cuenta para la expedición del segundo bono pensional mediante la Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004. Por ello, a continuación procede la Sala a analizar las razones aducidas por la OBP para anular el primer bono pensional emitido por medio de la Resolución 252 de 1998 y expedir un segundo bono por un valor inferior.

6.2. Los efectos de la sentencia C-734 de 2005. En varios apartes de las comunicaciones enviadas por la OBP se señala que la declaratoria de inexequibilidad del literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 en la sentencia C-734 de 2005 tuvo como efecto la modificación de la fórmula de cálculo de los bonos pensionales; según dicha dependencia, el fallo de la Corte Constitucional implica que hoy en día el salario de referencia que sirve de base para calcular el valor de un bono pensional debe determinarse a partir del salario base de cotización del empleado a 30 de junio de 1992, fecha para la cual en ningún caso éste superaba los 10 salarios mínimos. Antes de la sentencia C-734 de 2005, el salario de referencia se calculaba sobre el salario real devengado y reportado, que podía ser superior a 10 salarios mínimos pero nunca mayor a

20 salarios mínimos. Por ello, indica la OBP que en el caso del señor López fue necesario expedir un nuevo bono pensional (Resolución 2474 de 2004) calculado sobre su base de cotización (10 salarios mínimos) y no sobre 20 salarios mínimos, suma ésta equivalente al tope máximo con el cual fue calculado el bono pensional inicial (expedido mediante la Resolución 252 de 1998), ya que para el 30 de junio de 1992 el accionante devengaba la suma de $1’359,500.

Al ser esta una de las razones aducidas por el Ministerio de Hacienda, la Sala considera necesario referirse brevemente a los efectos de los fallos que dicta la Corte Constitucional en ejercicio del control constitucional, en general, y a los efectos de la sentencia C-734 de 2005, en particular.

Esta Corporación en jurisprudencia reiterada [46] ha precisado cuales son los efectos en el tiempo de los fallos que en ejercicio del control de constitucionalidad le corresponde dictar. La regla general es que las sentencias que la Corte Constitucional expide en desarrollo de las atribuciones consagradas en el artículo 241 Superior sólo producen efectos hacia el futuro, a menos que la propia Corte resuelva darle efectos retroactivos, en cuyo caso “el juez constitucional debe señalar, en forma expresa e inequívoca, tal circunstancia, es decir, que la decisión adoptada se aplica a situaciones ocurridas con anterioridad a su pronunciamiento” [47] .

La Corte ha conferido efectos retroactivos a sus sentencias de manera excepcional , cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica [48] .

Esta atribución, como ya lo ha dicho la Corte, está íntimamente ligada con la misión que se le confía al guardián de la Constitución, de asegurar la integridad y supremacía del ordenamiento supremo.

Sobre el particular, en sentencia C-113 de 1993 [49] se afirmó: “La facultad de señalar los efectos de sus propios fallos, de conformidad con la Constitución, nace para la Corte Constitucional de la misión que le confía el inciso primero del artículo 241, de guardar la "integridad y supremacía de la Constitución", porque para cumplirla, el paso previo e indispensable es la interpretación que se hace en la sentencia que debe señalar sus propios efectos. En síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando ésta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel.

“(…) “Sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”.

Recientemente, mediante sentencia T-147 de 2006 la Sala Tercera se pronunció sobre los efectos de la sentencia C-734 de 2005 en los siguientes términos.

“El anterior literal [literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994] fue declarado inexequible por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-734 de 2005 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil), al considerar que en su expedición se excedieron las facultades extraordinarias concedidas al Presidente de la República en el Artículo 139 de la Ley 100 de 1993 “las cuales se concedieron, única y exclusivamente, para expedir normas relacionadas con la emisión, redención y transacción en el mercado secundario de los bonos pensionales, y para señalar las condiciones de su expedición a quienes se trasladen del régimen de prima media al de capitalización individual” (Sentencia C-734 de 2005).

“En efecto, al revisar la constitucionalidad del literal a) del Artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, la Corte constató que el contenido material de la norma demandada ya había sido regulado de manera integral por el Congreso en los Artículos 21 y 117 de la Ley 100 de 1993. (…) “Como se puede apreciar, la ratio decidendi de la sentencia es la existencia de un vicio de competencia consistente en que el Presidente de la República se excedió en el ejercicio de las facultades extraordinarias. No expresó la Corte razones atinentes a una incompatibilidad material entre los contenidos del literal a) del Artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994, es decir, la ratio decidendi no fue un vicio de fondo.

“Igualmente, es pertinente señalar que las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general [50] , de forma que sólo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica.

[51] “En la parte resolutiva de la sentencia C-734 de 2005 no se le otorgó a la misma efecto retroactivo, por lo cual no se han afectado las situaciones pasadas consolidadas .

[52] Ahora bien, cabe preguntarse cuales son tales situaciones pasadas consolidadas. Sin entrar en detalles, por no ser necesario en este caso, cabe identificar dos hipótesis. La primera es la de aquellas personas a las cuales se les emitió el bono antes de la sentencia C-734 de 2005. La segunda es la de aquellas personas a las cuales no se les ha emitido el bono, pero adquirieron el derecho desde el momento en el cual se trasladaron del sistema de prima media al de ahorro individual con solidaridad.

“Estas características están orientadas a proteger el ahorro efectuado por los cotizantes al sistema de prima media, así como a estimular el paso de un sistema a otro mediante una regla de juego clara sobre el valor que tendría dicho bono, a partir de las condiciones fijadas para calcular su valor, que fueron consagradas por el legislador en el Artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y el Artículo 3 del Decreto Ley 1299 de 1994. Esto permite a las personas analizar su situación personal y decidir libremente, confiando en tales reglas de juego, si ingresan al sistema de ahorro individual con solidaridad o si permanecen en el sistema de prima media con prestación definida.

[53] (…) “De lo anterior se deduce que no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y que las personas que tenían derecho a la emisión del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese derecho ”. (Citas dentro del texto original. Subraya por fuera del texto original).

Entonces, para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 [54] y el momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de dos mil cinco 2005), el literal a) del Artículo 5 es plenamente aplicable.

De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de dos mil cinco 2005 tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como lo establecía el literal a) del Artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992.

Ahora bien, a 30 de junio de 1992 el salario devengado coincide con el salario base de cotización para aquellas personas que devengaban hasta 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes, puesto que en dicha fecha las personas estaban obligadas a aportar para su pensión sobre dicho monto máximo. Quiere esto significar que no coincide el salario devengado con el salario base de cotización para una persona que percibía más de 10 salarios para la misma fecha, puesto que en este caso la persona sólo estaba obligada a aportar sobre los 10 primeros salarios y no la totalidad del salario devengado.

La anterior diferencia cobra especial importancia en el momento en que se debe definir el salario base de liquidación del bono, pues como ya se dijo el literal a) señaló que éste último sería el salario devengado y no el salario base de cotización, tal como lo establece el artículo 117 de la Ley 100 de 1993. En efecto, mientras que el literal a) establece que salario devengado será la base para el cálculo del bono el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 señala que para fijar el valor del bono se tiene como referencia la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992.

En este sentido, la Sala no acoge la tesis expuesta por la OBP según la cual la declaratoria de inexequibilidad del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 implicó que la base de liquidación de los bonos de las personas que se

trasladaron durante su vigencia cambiara. Se insiste: si el traslado se produjo antes de la declaratoria de inexequibilidad, la administración deberá tomar como base para la liquidación del bono el salario devengado y no el salario base de cotización. Esto significa, adicionalmente, que la OBP no puede argüir válidamente qué procede a reliquidar el bono pensional de un beneficiario que se trasladó durante la vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 por la causal de modificación de la base de cotización como consecuencia de la decisión de la Corte Constitucional, pues ello supondría darle efectos retroactivos a la sentencia C-734 de 2005.

Además, la Sala considera que si bien, de conformidad con la tesis expuesta por el Ministerio, en el momento del traslado el afiliado no adquiere un derecho a la emisión del bono pensional por un monto determinado, las reglas de juego vigentes al momento del traslado son las que deben aplicarse al efectuar la liquidación del bono pensional.

Descendiendo al caso particular, esta Sala considera que a la luz de las normas vigentes al 30 de junio de 1992 lo legalmente exigible al accionante era cotizar con un monto máximo de 10 salarios mínimos. Visto de otra manera: el sistema no lo autorizaba para cotizar con base en el salario que realmente devengaba, que era superior a 20 salarios mínimos de la época. De otra parte, en el momento en que se produjo el traslado del señor López (primero de abril de 1995), el literal a) del artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994 se encontraba vigente, por lo cual el bono pensional debía calcularse sobre la base prevista en dicho literal, a saber, el salario real devengado y reportado a 30 de junio de 1992.

Al margen de la declaratoria de inconstitucionalidad que se produjo en el año 2005 sobre el literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, lo cierto es que al momento del traslado del accionante (año 1997) dicha norma se encontraba vigente, y si se tiene en cuenta que el derecho al bono pensional se adquiere al momento del traslado, con independencia de que después se produzca su emisión, es la normatividad vigente a dicho momento la que debe aplicarse.

Ahora bien, la Sala observa que si bien la OBP con ocasión del proceso de la referencia adujo que una de las razones para recalcular el valor del bono pensional del accionante sobre 10 salarios mínimos fue un cambio en la fórmula de cálculo con ocasión de la declaratoria de inexequibilidad del literal a) del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, lo cierto es que la Resolución 2474 se profirió el 26 de octubre de 2004, esto es, antes de que la Corte se hubiera pronunciado sobre la inexequibilidad del mencionado literal mediante sentencia C-734 del 14 de julio de 2005. En este sentido, la Sala estima que, no obstante haber sido ésta una de las explicaciones dadas por la OBP, para la fecha en que se expidió el segundo de los bonos pensionales aún se encontraba vigente el literal a) de manera que no fue la modificación de la fórmula de cálculo la que dio lugar al valor del bono emitido por medio de la Resolución 2474. Por ello, resta por analizar la segunda de las razones esgrimidas por la OBP para determinar si la misma justificaba la variación en el valor del bono del señor López.

6.3. Información base para la liquidación de bonos pensionales tipo A El Ministerio de Hacienda en su comunicación del 18 de agosto de 2006 destaca que en el presente caso el punto central de la controversia radica en determinar “la forma en que debe probarse el salario válido para la expedición del bono pensional y la diferencia entre salario devengado y salario base de cotización para los mismos efectos ”. La OBP explicó que durante el trámite de liquidación su bono el señor López aportó certificaciones privadas sobre el salario devengado a 30 de junio de 1992, por valor de $1’359,50, salario sobre el cual fue calculado el bono expedido mediante Resolución 282 de 1998. Posteriormente el ISS certificó que el salario base con el cual la empresa INTERCOR había efectuado fue $665,070, igual a 10 salarios mínimos de junio de 1992. De manera que “el Ministerio ni puede desconocer los documentos públicos expedidos por el ISS en materia de certificación de salarios, teniendo en cuenta además que esta información es fundamental para la emisión y pago de cuantiosas sumas a cargo del Tesoro Público por bonos pensionales” . Así, el valor del bono pensional del accionante se recalculó “porque había un error en el salario base con el cual se emitió el bono el 6 de agosto de 1998” .

Si bien las cuestiones a analizar exigen hacer referencia a disposiciones legales y reglamentarias, ello no significa que las consideraciones al respecto constituyan la ratio de la decisión que habrá de adoptarse, la cual se funda exclusivamente en la determinación de si se desconoció el debido proceso. No obstante, como el proceso debido usualmente esta descrito en normas infraconstitucionales, es necesario tenerlas en cuenta para adoptar una decisión en este caso.

Sobre la obligación que le asistía al empleador de reportar el salario real devengado por el trabajador el artículo 76 del Decreto 3063 de 1989 [55] establecía "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 " [56] (Subraya por fuera del texto original).

A su turno, el artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 8 del Decreto 1474 de 1997, sobre la prueba del salario en la fecha base, en lo pertinente, estableció:

"Artículo 8o. Salario Base -SB-. El artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, quedará así: "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 2 y 3 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 " (subraya por fuera del texto original).

De acuerdo con la norma transcrita, y de conformidad con lo expuesto por la OBP del Ministerio de Hacienda, la certificación del empleador sobre el salario devengado por el trabajador en la fecha base se tendrá en cuenta de manera subsidiaria, esto es, cuando el ISS expida una certificación en la que afirme que no obra constancia del salario devengado y reportado por el empleador.

La Sala pasa a analizar las diferentes comunicaciones enviadas por el ISS y el Ministerio de Hacienda sobre la información que reposa en los archivos del Ministerio y/o del ISS sobre el salario devengado y reportado del señor López como trabajador de INTERCOR.

En comunicación VP- GNHL NO. 203770 del 24 de junio de 2002 [57] , dirigida por la Gerente Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS al Jefe Oficina Bonos Pensionales se expresa:

"El diligenciamiento de todos los formularios que constituían el Sistema ALA era responsabilidad y función de cada patrono. En el caso específico de INTERCOR, una vez estudiadas las micro fichas que contienen dicha información por funcionarios de la Gerencia Nacional de Historia Laboral, se pudo constatar que la empresa desde que comenzó a reportar novedades a través el Sistema ALA en Junio de 1983 no reporto el salario básico realmente devengado de los trabajadores con salario básico superior al máximo asegurable de la época.

En conclusión, el ISS no cuenta en sus archivos con la información correspondiente al salario realmente devengado a Junio de 1992 de trabajadores de INTERCOR con salario superior a $ 665.070.

" No obstante lo anterior, cabe anotar que la empresa realizó cumplidamente sus pagos al ISS por concepto de aportes a la seguridad social y el hecho de omitir el salario realmente devengado de trabajadores con ingresos superiores a los

valores máximos asegurables, no afectó la liquidación de los aportes ni el valor de ninguna prestación económica reconocida por el instituto" (Negrilla en el texto original. Subraya por fuera del texto original).

En otras palabras, de acuerdo con la anterior comunicación del ISS para aquellos trabajadores que devengaban un salario superior al máximo salario base de cotización (trabajadores clasificados en la categoría 51), esto es, superior a $665,070 al 30 de junio de 1992 INTERCOR no reportó el salario real devengado por los mismos. Sin embargo, esta omisión del patrono – en palabras del ISS- "no afectó la liquidación de los aportes ni el valor de ninguna prestación económica reconocida por el Instituto" . Y esto por cuanto para aquellas personas que devengaban más de 10 salarios mínimos la cotización debía hacerse sobre este tope y no sobre el mayor valor devengado.

En oficio dirigido por el Presidente ISS al Jefe de Oficina Pensionales del Ministerio de Hacienda el 10 de marzo de 2004 se lee [58] "Dando alcance al oficio PJSS 002047 de diciembre 19 de 2003 relacionado con las comunicaciones del doctor José Joaquín Armijo de la Oficina de Administración de Personal & Beneficios Recursos Humanos y de la doctora Betty Alfonso Rodríguez del Departamento de Materiales y Servicios del Cerrejón, se observa que los salarios del mes de junio del año 1992 de algunos de los trabajadores de la Empresa INTERCOR relacionados en el sistema ALA no corresponden a la asignación real devengada por éstos en esa época .

"En consecuencia, concluye que el ISS no tiene registrado en el sistema ALA el salario real devengado por éstos en el mes de junio del año 1992 " (Subraya por fuera del texto original).

Es decir, mediante la anterior comunicación el ISS reitera lo expresado en el oficio del 24 de junio de 2002, esto es, que no cuenta con la información relativa a los salarios reales devengados por algunos trabajadores de INTERCOR a 30 de junio de 1992.

Posteriormente, en comunicación dirigida por el Presidente del ISS al Jefe de Oficina Pensionales del Ministerio de Hacienda [59] el 29 de junio de 2004, a través de la cual se da alcance al contenido del oficio del 10 de marzo de 2004 -antes trascrito-, se expresa:

"En atención al asunto de la referencia, mediante el cual solicita se precise el alcance del oficio de mazo 10 de 2004, en el cual se concluyó que el ISS no tiene registrado en el sistema ALA el salario real devengado en el - mes de junio del año 199 por parte de INTERCOR, se aclara que el Instituto de Seguros Sociales sí cuenta con planillas de aportes de los salarios reportados bajo al sistema ALA por parte de la Empresa INTERCOR.

"Por lo anterior y en cumplimiento con lo previsto en el artículo 3 del Acuerdo 007 de 1982 y al artículo 76 del Acuerdo 044 de 1989 emanados del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios del ISS aprobados mediante los Decretos 1465 de 1982 y 3063 de 1989, no es procedente por parte del ISS expedir certificaciones en sentido contrario" (Subraya por fuera del texto original).

La anterior comunicación en nada desvirtúa el contenido de las comunicaciones del 24 de junio de 2002 y del 10 de marzo de 2004, sino que contribuye a aclararlas. En efecto, el ISS sí cuenta con las microfichas de las planillas de autoliquidación de aportes diligenciadas por INTERCOR, copia de las cuales fueron remitidas por el Instituto al Ministerio.

Sin embargo, en algunas de dichas planillas no figura el salario devengado por el trabajador, siendo éste el caso del señor Víctor López. En efecto, la OBP afirma en su comunicación del primero de junio de 2006:

"Como se puede observar en la copia de la microficha de International Colombia Resources Corporation – INTERCOR -, correspondiente al señor VICTOR HUGO LÓPEZ NOSSA c.c.

17198076, en la columna de "sueldo básico" de cotización aparece $665.070, y en las columnas de factores salariales que sumarían el DEVENGADO NO aparece MONTO".

Así las cosas, la Sala estima que en el caso del señor López la OBP no podía suponer que el salario base de cotización era el mismo que el salario devengado en la fecha base, como lo prescribe el artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 8 del Decreto 1474 de 1997, ya que a renglón seguido esta norma establece que "si el ISS informa que no obra constancia sobre el salario devengado y reportado", como en efecto lo informó mediante las comunicaciones del 24 de junio de 2002 y del 10 de marzo de 2004, y como es posible observarlo en la copia de la microficha de INTERCOR, se admitirá la certificación expedida por el empleador.

Siendo así, no le asiste razón a la OBP cuando afirma que en el caso del señor López en el archivo laboral masivo del ISS, que se construye con base en las planillas de autoliquidación de aportes y los reportes de novedades de los empleadores, se encuentra la información sobre el salario devengado. En este sentido, afirma la entidad en la contestación de la tutela que "(…) el salario que aparece en la planilla de autoliquidación se toma como "salario devengado y reportado" al ISS, de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 3063 de 1989.

Salvo que el ISS manifieste que tiene en su poder un reporte de cambio de salario, donde aparezca un salario superior" (Negrilla en el texto original).

Y continúa: " El mencionado artículo 28 del Decreto 1748, modificado por el artículo 8 del Decreto 1474 de 1997, aclara con exactitud que la prueba del salario base consiste en una constancia expedida por el ISS. Para el caso de las empresas, que reportaban por el sistema de autoliquidación de aportes – ALA- , el ISS ha manifestado y probado que en sus archivos si existe, para todos los casos, una prueba del salario devengado y reportado. Esa prueba la posee microfilmada el ISS y gran parte de las fotocopias de dichas microfichas el ISS las ha entregado al Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda. Además copias de las mismas reposan hoy en poder de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP's)" (Negrilla en el texto original).

Existe información sobre el salario base de cotización, pero no es dable suponer que éste es igual al salario real devengado por Víctor López, como pretende hacerlo el Ministerio, puesto que "el ISS no cuenta en sus archivos con la información correspondiente al salario realmente devengado a Junio de 1992 de trabajadores de INTERCOR con salario superior a $665.070", como es el caso del accionante.

Por consiguiente , la Sala estima que al esgrimirse como una de las razones para modificar el valor del bono pensional del señor López que no era admisible la certificación expedida por el empleador sobre el salario devengado por el accionante a 30 de junio de 1992, existiendo comunicaciones del ISS en el sentido de no contar con información sobre el salario real devengado y contando con copia de la planilla de liquidación de aportes del señor López en la cual no reposa información sobre el salario real devengado, y proceder a reliquidar el bono con base en el salario base de liquidación que figura en la planilla de autoliquidación de aportes, la OBP incurrió en una vulneración al debido proceso.

Considera la Sala que ante las comunicaciones del ISS de no contar con la información relativa a los salarios reales devengados por los trabajadores de INTERCOR y al evidenciar que en la planilla de autoliquidación de aportes del señor López no se encontraba diligenciada la columna relativa al salario real devengado por el empleador, no podía la OBP proceder a emitir un bono pensional tomando como base el salario base de cotización del accionante. En éste caso, en aplicación del artículo 8 del Decreto 1474 de 1997 le correspondía al ISS certificar que no contaba con la información sobre el salario devengado por el señor López en el año 1992 y, en ese caso, aceptar la certificación expedida por INTERCOR. Al haber asumido que el salario devengado por el señor López era igual al salario base de cotización, contra las mismas manifestaciones del ISS y la información obrante en las planillas de autoliquidación de aportes, la OBP incurrió en una vulneración al debido proceso.

La revisión que ha efectuado la Sala del proceso de la referencia, y el análisis que adelantó del caso a partir del acervo probatorio que descansa en el expediente y de las pruebas que recopiló, servirá de base a la decisión que tomará de

revocar el fallo de única instancia que denegó la tutela y en su lugar conceder la tutela incoada por el actor para proteger su derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución. Como consecuencia de lo anterior, la Sala ordenará dejar sin efectos la Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004, “por medio de la cual se emiten los cupones principales de algunos bonos pensionales tipo A” , en lo concerniente a la emisión del bono pensional del señor Víctor Hugo López Nossa.

Aunado a lo anterior, la OBP deberá requerir al ISS que certifique en el caso particular del accionante si cuenta en sus archivos con la información sobre el salario real devengado. Una vez se produzca dicha certificación y de constatarse que no existe información sobre el salario real devengado por el accionante a 30 de junio de 1992, deberá requerir a INTERCOR la certificación sobre el salario real devengado por el señor López al 30 de junio de 1992. Surtido este trámite, deberá aplicar la normatividad legal, en los términos establecidos por la jurisprudencia de esta Corte, para efectos de continuar con el trámite de reconocimiento de la pensión anticipada.

Dentro de las pruebas obrantes en el expediente, la Sala no encontró evidencia sobre la vulneración al derecho a la igualdad del accionante, por lo cual el mismo no será tutelado. Por las mismas razones, no será tutelado el derecho a la vida y a salud del señor López.

En relación con la vulneración del derecho al trabajo, la Sala estima que si bien el bono pensional tiene lugar con ocasión de que el beneficiario ha sostenido una relación laboral, los errores que se hubieran cometido en el cálculo del bono pensional no desconocen dicha relación laboral, sino que inciden en el proceso que debió haberse seguido para liquidar el bono con miras a un reconocimiento anticipado de la pensión. Por lo tanto, la Sala denegará el amparo imprecado del derecho al trabajo y concederá esta tutela exclusivamente para proteger el derecho al debido proceso.

III. DECISION En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión, R E S U E L V E Primero .- LEVANTAR los términos suspendidos. Segundo.- REVOCAR el fallo proferido el siete (7) de febrero de 2006 en primera y única instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior de Distrito Judicial, que decidió sobre la acción de tutela instaurada por Víctor Hugo López Nossa contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en su lugar conceder el amparo del derecho al debido proceso del señor Víctor Hugo López Nossa.

En consecuencia, déjese sin efectos la parte de la Resolución 2474 del 26 de octubre de 2004, “por medio de la cual se emiten los cupones principales de algunos bonos pensionales tipo A” , en lo concerniente a la emisión del bono pensional del señor Víctor Hugo López Nossa.

Tercero.- ORDÉNASE a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público requerir al ISS para que, dentro de los dos(2) días siguientes a la notificación de la presente sentencia, certifique si cuenta en sus archivos con la información sobre el salario real devengado por señor Víctor Hugo López Nossa a 30 de junio de 1992. Una vez se produzca dicha certificación y de constatarse que no existe información sobre el salario real devengado por el accionante a 30 de junio de 1992, la Oficina de Bonos Pensionales deberá requerir a INTERCOR una certificación sobre el salario real devengado por el señor López a 30 de junio de 1992. Surtido este trámite, deberá aplicar la normatividad legal, en los términos establecidos por la jurisprudencia de esta Corte, para efectos de continuar con el trámite de reconocimiento de la pensión anticipada.

Cuarto.- Por Secretaria General, líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado Ponente JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO Magistrado RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General [1] Folios 48 a 72 del cuaderno principal de la tutela.

[2] Las condiciones financieras de este bono, de acuerdo con la información de la historia laboral que obra en el expediente a folios 17 al 19, fueron que el mismo devengaría un interés del 4%, la fecha para actualización y capitalización se fijó el 30 de septiembre de 2003, el valor actualizado y capitalizado a dicha fecha sería de $629’128,469., y la fecha de redención normal del bono se efectuaría el 13 de mayo de 2009. El cálculo se efectuó con base en el salario máximo permitido a 30 de junio de 1992, teniendo en cuenta un tiempo trabajado de 7,904 días, es decir, 1,129.14 semanas. A folio 25 del expediente reposa copia del “certificado de valores en depósito” de DECEVAL, donde consta que la fecha de expedición del título fue el 8 de agosto de 1998 por valor de $348’938,000. En la Resolución figura como entidad contribuyente del bono el Instituto de Seguros Sociales.

[3] Esta suma equivale a 10 salarios mínimos legales vigentes del año 1992. El salario devengado por el señor López Nossa, de acuerdo con la certificación expedida el 17 de julio de 1996 por la administración de personal y beneficios de la empresa International Colombia Resources Corporation, a 30 de junio de 1992 era de $1’359,500 (folio 27 del expediente), habiendo laborado en dicha compañía desde el 5 de julio de 1989. Nuevamente esta empresa expidió certificación con la misma información el día 14 de agosto de 1998 (folio 29 del expediente). A folio 23 del expediente, se observa recibo de pago del salario a 30 de junio de 1992, en donde aparece como salario devengado por el señor López la suma de $1’359,500.

[4] Folios 91 al 94 del cuaderno principal de la tutela. [5] Al respecto, Skandia expresa: “La diferencia entre la liquidación del bono pensional con base en la variación de salarios a 30 de junio de 1992 de $665,070 y $1’303,800, a la fecha de corte del bono pensional, 01 de abril de 1995, es de $82’671.000 suma que a 5 de abril de 2004 asciende a $324’286,000”.

De acuerdo con lo anterior, y con base en simulaciones efectuadas por Skandia el valor de la pensión mensual estimado con base en un bono pensional por valor de $322’535,000, ascendería a la suma de $1’810,000. En el otro caso el valor de la pensión sería de $3’268,000. (Folios 22 y 23 del expediente).

[6] Folios 44 al 58 del expediente. [7] En la comunicación a la que aquí se refiere el tutelante no existe ninguna referencia a la necesidad de otorgar su consentimiento para la revocatoria del bono pensional a su favor.

[8] Folio 40 del expediente. [9] Antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 existía una diferencia entre el salario devengado y el salario base de cotización, que daba lugar a la utilización del sistema de categorías. A partir de enero de 1994, dicho sistema se dejó de utilizar en razón a que bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993 el salario base de cotización es el salario realmente devengado por el trabajador.

[10] Régimen de ahorro individual con solidaridad. [11] Folios 62 a 85 del expediente. [12] Fecha de radicación del expediente ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, según se observa a folio 85 del expediente.

[13] Resalta que el Decreto 3063 de 1989 estaba vigente para el 30 de junio de 1992 y que dicha norma imponía a los empleadores el deber de reportar ante el Seguro Social el salario realmente devengado por sus trabajadores, aunque éste fuese superior a la máxima categoría de cotización en el Seguro Social.

[14] El sistema ALA es un sistema utilizado para reportar información al ISS, basado en autoliquidaciones del empleador, que de acuerdo con lo establecido en el Decreto 3063 de 1989 exigía el reporte del salario real, aún en el evento en que el mismo superara la máxima categoría del ISS. Sobre este punto afirma la OPB que “el ISS ha demostrado que los empleadores que reportaban al Instituto por el sistema ALA, sí diligenciaban la columna de salario devengado, y por eso mantienen esa información en el archivo laboral masivo que el ISS certificó a la OBP” (Negrilla en el texto original).

[15] Este artículo dispone: “Artículo 24. El artículo 56 del Decreto 1748 de 1995, quedará así: || "Artículo 56. Variación en el valor del bono. Cuando el valor de un bono emitido aumente, por efecto de una reclamación, se expedirá un bono complementario por la diferencia. Si el valor disminuye, se anulará el bono vigente y se expedirá uno por el nuevo valor, siempre y cuando el bono no esté en firme. Si el bono estuviere en firme, el responsable de los hechos que determinaron la disminución responderá por las sumas que se determinen judicialmente. || Cuando haya lugar a un bono complementario, éste será emitido por la misma entidad que emitió el bono original. || Para efectos del bono complementario, la diferencia se establecerá entre el valor de un bono que utilice la totalidad de la información, calculado a la fecha de emisión del bono complementario, menos el valor del bono anterior, actualizado y capitalizado hasta dicha fecha. Sin embargo, si el bono que utiliza la totalidad de la información y el bono anterior dan el mismo valor a la fecha de corte, no habrá lugar a bono complementario".

[16] Este artículo dispone: “Artículo 27. Adiciónase como artículo 65 del Decreto 1748 de 1995, la siguiente disposición: ||"Artículo 65. Proceso de emisión y cobro de cuotas partes. || De conformidad con el artículo 120 de la Ley 100 de 1993, las entidades contribuyentes tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora con la cuota parte correspondiente al valor de redención del bono pensional. En consecuencia, el emisor sólo estará obligado al pago de su porción suscrita en el bono y de las cuotas que hayan sido reconocidas y pagadas por los contribuyentes, en los términos del presente artículo. || Para los fines anteriores, el emisor actuará como mandatario para el pago y deberá transferir a la administradora o al tenedor legítimo del bono las sumas recibidas del contribuyente. La mora del emisor en la transferencia de los recursos no exime de responsabilidad al contribuyente; por tanto, éste podrá optar por realizar el pago directo a la administradora o al tenedor legítimo del título. || Las cuotas partes de bonos pensionales se emitirán como cupones de los mismos. En tal virtud, cada entidad contribuyente será responsable ante la administradora o el tenedor del pago de la cuota parte incorporada al respectivo cupón. Sin perjuicio de lo anterior, hasta el 31 de diciembre de 1998 la OBP continuará redimiendo los bonos en su integridad, y cobrando a los contribuyentes las cuotas partes respectivas. || El bono deberá ser emitido por la entidad a quien corresponda según los artículos 119 de la Ley 100 de 1993 y 14 del Decreto-ley 1299 de 1994. || El procedimiento de liquidación de las cuotas partes será el establecido en el artículo 52. Una vez confirmada o certificada la información laboral con base en dicha disposición, el emisor informará a los contribuyentes el valor de la cuota a su cargo y les solicitará a los contribuyentes el reconocimiento de la misma dentro del término previsto para la expedición de los bonos. El reconocimiento de la cuota implicará la autorización para suscribir, en nombre del contribuyente, el cupón correspondiente a la cuota respectiva. || Para los propósitos del inciso final del artículo 15 del Decreto-ley 1299 de 1994, se entenderá cumplida dicha responsabilidad con la información por parte del emisor del valor de la cuota a cargo del contribuyente. || En los eventos en los cuales el empleador o la empresa o entidad que certifique la información sean diferentes del responsable del pago de la cuota parte, corresponderá a este último expedir el acto de reconocimiento de la cuota. || Cuando las cuotas no hayan sido reconocidas por los contribuyentes en el término previsto anteriormente, el emisor expedirá el cupón con base en la información confirmada o certificada y dejará constancia expresa del no reconocimiento en el cupón. Así mismo, el emisor informará de este hecho a la entidad administradora y al trabajador, para que inicien las acciones pertinentes. También se dará aviso a la entidad administradora y al trabajador cuando se presenten reconocimientos parciales, para que este último decida si acepta la emisión parcial de la cuota. || Cada cupón correspondiente a una cuota parte contendrá, en lo pertinente, la misma información y las mismas características contenidas en el bono, pensional. || Una vez cumplidos los supuestos previstos en las normas vigentes para la negociación y redención del bono, los cupones de cuotas partes podrán separarse del bono y podrán negociarse y redimirse independientemente de las demás cuotas partes. || Las entidades públicas y el Instituto de Seguros Sociales podrán compensar las obligaciones exigibles recíprocas que surjan de la devolución de aportes y bonos o cuotas partes de bonos pensionales a favor del ISS, con base en los valores determinados por el emisor, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. La OBP iniciará a partir, de la vigencia de este Decreto,

los trámites necesarios para darle cumplimiento a los aquí establecido. Para la Nación y sus entidades descentralizadas, dicha compensación se entiende autorizada en virtud del presente decreto. || Parágrafo 1º. La responsabilidad individual del emisor y los contribuyentes establecida en los incisos primero y tercero de este artículo también se aplicará a los bonos y cuotas partes que se hubieren emitido y no se hayan pagado con anterioridad a la vigencia del presente decreto. || Parágrafo 2º. La OBP comenzará a dar aplicación al procedimiento de emisión de cuotas partes establecido en este artículo a partir del 1º de enero de 1999."

[17] Folios 95 al 99 del expediente. [18] Folios 21 al 33 del segundo cuaderno del expediente. [19] Folios 139 y 140 del segundo cuaderno de la tutela.

[20] El artículo 51 del Código de Procedimiento Civil dispone: “Litisconsortes necesarios. Cuando la cuestión litigiosa haya de resolverse de manera uniforme para todos los litisconsortes, los recursos y en general las actuaciones de cada cual favorecerá a los demás. Sin embargo, los actos que impliquen disposición del derecho en litigio sólo tendrán eficacia si emanan de todos”. A su turno, el artículo 83 del mismo estatuto dispone: “Artículo 83.

Litisconsorcio necesario e integración del contradictorio. <Artículo modificado por el artículo 1, numeral 35 del Decreto 2282 de 1989>. Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez en el auto que admite la demanda ordenará dar traslado de ésta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado. || En caso de no haberse ordenado el traslado al admitirse la demanda, el juez dispondrá la citación de las mencionadas personas, de oficio o a petición de parte, mientras no se haya dictado sentencia de primera instancia, y concederá a los citados el mismo término para que comparezcan. El proceso se suspenderá durante el término para comparecer los citados. || Si alguno de los citados solicitare pruebas en el escrito de intervención, el juez resolverá sobre ellas; si las decretare, concederá para practicarlas un término que no podrá exceder del previsto para el proceso, o señalará día y hora para audiencia, según el caso. || Cuando alguno de los litisconsortes necesarios del demandante no figure en la demanda, podrá pedirse su citación acompañando la prueba de dicho litisconsorcio, efectuada la cual, quedará vinculado al proceso”.

[21] Sobre este asunto se pueden consultar los autos 019 de 1997 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa), 040 y 043 de 1997 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell); y la sentencia T-289 de 1995 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) sobre la necesidad de cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los convocar el litisconsorcio cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, no fuere posible resolver de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos.

[22] Sentencia T-572 de 1994. M.P.: Alejandro Martínez Caballero. En este caso, se instauró acción de tutela por el Alcalde de Bogotá contra el Juez 27 del Circuito de Bogotá. En dicha oportunidad el juzgado conocía de un proceso ejecutivo hipotecario en el que se iba a rematar un bien de uso público: los humedales ubicados en la localidad de Engativá. Tales bienes habían sido hipotecados por la Sociedad "Henao Castrillón y Cía. Ltda. y eran objeto de una hipoteca abierta en favor del Banco de los Trabajadores. La acción de tutela no fue notificada al banco beneficiario de dicha hipoteca y acreedor en el crédito respaldado por la misma. La Corte, en esa oportunidad, La Corte, planteó la pregunta de si “¿ese interés económico obliga al juez de tutela que conoce de una acción dirigida, por vía de hecho, contra el juzgado que tramita el ejecutivo a citar al ejecutante? La respuesta, por las razones anteriormente señaladas, es negativa, por cuanto la acción de tutela no está dirigida contra el ejecutante (el Banco) sino contra el funcionario judicial,

en este caso contra el juzgado 27 Civil de Circuito", lo que no impedía que el Banco interviniera en la tutela, si lo estimaba necesario.

[23] Sentencia T-495 de 2005 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil). En el mismo sentido, véase las sentencias T-575 de 2002 (M.P.: Rodrigo Escobar Gil), T-900 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba Triviño), T-403 de 2005 y T-016 de 2006 (M.P.:

Manuel José Cepeda Espinosa). Particularmente, en éstas últimas se hace una reseña jurisprudencial sobre el tema. [24] Ver la sentencia SU-961 de 1999 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa).

Lo anterior no significa que en materia de tutela exista un término de caducidad para la presentación de la demanda. En la sentencia C-543 de 1992 (M.P.. José Gregorio Hernández Galindo) la Corte declaró la inexequibilidad del artículo 11 del Decreto 2591 de 1991, que establecía un término perentorio para la presentación de la tutela, precisamente por las razones antes expuestas. En esta misma línea se encuentran las sentencias T-1229 de 2000 (M.P: Alejandro Martínez Caballero) y T-684 de 2003 (M.P.:

Eduardo Montealegre Lynett). [25] M.P.: Jaime Córdoba Triviño. En esta misma línea se encuentran las sentencias T-1229 de 2000 (M.P: Alejandro Martínez Caballero).

[26] Sentencia T-575 de 2002. M.P.: Rodrigo Escobar Gil. [27] En lo pertinente, este artículo dispone: "Entidades Administradoras. (…) Corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención. Las administradoras estarán obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras o cajas, de tal manera que cuando sean recibidas por el emisor, sólo sea necesario proceder a la liquidación provisional del bono y a la solicitud de reconocimiento de las cuotas partes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52" .

[28] T-1157 de 2004 y T-435 de 2005 (M.P.: Marco Gerardo Monroy Cabra). [29] Ver entre otras, las sentencias T-026 de 1997 (M.P.: Jorge Arango Mejía); T- 273 de 1997(M.P.:

Carlos Gaviria Díaz), T-235 de 1998 (M.P.: Fabio Morón Díaz) ; T-414 de 1998 (M.P.: Hernando Herrera Vergara) , T-057 de 1999(M.P.: Alfredo Beltrán Sierra) , T-815 y SU-1052 de 2000 (M.P.:

Alvaro Tafur Galvis) . [30] Ver entre otras, las sentencias T-287 de 1995 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) ; T-554 de 1998 (M.P.: Fabio Morón Díaz), T-716 y SU-086 de 1999, y T-156 de 2000 (M.P.:

José Gregorio Hernández Galindo); 418 de 2000 (M.P.: Alvaro Tafur Galvis), T-482 (M.P.: Eduardo Montealegre Lynett); T- 1062 de 2001 y T-135 de 2002 (M.P.:

Álvaro Tafur Galvis) . [31] M.P.: Álvaro Tafur Galvis. [32] Sentencia T-056 de 1994 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz). En el mismo sentido, entre otras, ver la s entencia T-1496 de 2000. M.P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

[33] El texto completo de esta disposición es el siguiente: "Artículo 17.- Bonos pensionales . Los bonos pensionales que expidan las Entidades Territoriales y demás Entidades Públicas al Instituto de Seguros Sociales, se liquidarán calculando el valor presente, a la fecha de traslado, del capital necesario para financiar una pensión de vejez, con las condiciones de edad, monto porcentual y tiempo, del régimen que se le aplique, disminuido en el valor presente a la fecha de traslado, de las cotizaciones que se espera efectúe el afiliado a la administradora entre la fecha de traslado y la fecha en que adquiera el derecho, actualizadas y capitalizadas.

Para todos los cálculos se utilizará un interés técnico real efectivo anual del 4%; los factores actuariales serán calculados con los mismos parámetros técnicos del Régimen de Ahorro Individual calculados al 4% real efectivo anual. Los bonos

así determinados devengarán un interés equivalente al DTF pensional calculado como IPC más 4 puntos reales anuales, entre la fecha de traslado y la fecha de pago.

|| El salario a fecha base (junio 30 de 1.992 o fecha inmediatamente anterior si a dicha fecha no estaba activo) para calcular los bonos pensionales se determinará tomando los mismos factores salariales que se utilicen para el reconocimiento de la pensión, en el Régimen de Pensiones de la Ley 100 de 1.993. El salario así determinado se actualizará hasta la fecha de traslado, con el índice de precios al consumidor certificado por el DANE. Los mismos factores se utilizarán para el reconocimiento de la pensión.. || En todo caso el emisor y cada contribuyente responderán cada uno por su cuota parte en el bono, para lo cual los bonos podrán emitirse a través de cupones. En el caso del Régimen de Ahorro Individual podrá preverse el fraccionamiento del bono en la forma que determine el Gobierno. El Gobierno Nacional determinará las reglas generales conforme a las cuales en casos excepcionales, la administradora podrá autorizar el pago de los bonos o cuotas partes de los mismos a plazos, mediante anualidades anticipadas, en un plazo no mayor de cinco (5) años, y previo el otorgamiento de las garantías suficientes. El representante legal de la entidad que incumpla en el pago de su obligación, incurrirá en causal de mala conducta. Para la financiación aquí prevista se utilizará la rentabilidad certificada por la Superintendencia Bancaria para el Fondo de pensiones a que esté afiliado el titular del respectivo bono. || Sin perjuicio de los requisitos para acceder a la pensión en el régimen de transición, todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados al I.S.S. serán utilizados para financiar la pensión.

Cuando algún tiempo no se incluya para el reconocimiento de la pensión y por ello no se incluya en el cálculo del bono pensional o no proceda la expedición de bono, se entregará a quien reconozca la pensión, por parte de la entidad que recibió las cotizaciones o aquella en la cual prestó servicios sin aportes, el valor equivalente a las cotizaciones para pensión de vejez que efectuó o hubiere efectuado al Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte del I.S.S., actualizados con el DTF pensional. En estos casos, cuando los tiempos laborados con el sector público, sean anteriores a 1.967, dicho valor se calculará con el porcentaje de cotización para pensión de vejez que regía para el año 1.967, descontándose dicho monto del valor del bono a que haya lugar. En el caso de las pensiones en régimen de transición del sector público reconocidas por el I.S.S. se descontará del valor del bono los aportes realizados al ISS, antes de la fecha de traslado, actualizados en la forma aquí prevista.

|| Cuando sea necesario reliquidar bonos ya expedidos que no se encuentren en firme, por razón del cambio en la forma de cálculo de los bonos o por error cometido en la expedición, la entidad emisora procederá a reliquidar el bono, anulando el bono inicial y expidiendo uno nuevo, para lo cual sólo se requerirá la comunicación al beneficiario.

|| Las Administradoras de fondos de pensiones y las compañías de seguros podrán tener acceso a los sistemas de negociación de las bolsas de valores para realizar operaciones sobre bonos pensionales. Para tal efecto, la Superintendencia de Valores podrá regular la negociación de dichos valores.” [34] M.P.:

Jaime Araujo Rentería. [35] En consecuencia, la Corte decidió en el numeral c uarto de la parte resolutiva “Declarar exequible el inciso quinto, pero únicamente en cuanto se relaciona con la violación del artículo 58 de la Constitución”.

[36] En la s entencia C-147 de 1997 (M.P.: Antonio Barrera Carbonell) se reiteró que para que se consolide un derecho es necesario que antes de que opere el tránsito legislativo se reúnan todas las condiciones necesarias para adquirirlo. En tal oportunidad sostuvo la Corte que “configuran derechos adquiridos las situaciones jurídicas individuales que han quedado definidas y consolidadas bajo el imperio de una ley y que, en tal virtud, se entienden incorporadas válida y definitivamente o pertenecen al patrimonio de una persona.” [37] Expresamente este artículo establece: “Artículo 73. Revocación de actos de carácter particular y concreto. Cuando un acto administrativo haya creado o modificado una situación jurídica de carácter particular y concreto o reconocido un derecho de igual categoría, no podrá ser revocado sin

el consentimiento expreso y escrito del respectivo titular. || Pero habrá lugar a la revocación de esos actos, cuando resulten de la aplicación del silencio administrativo positivo, si se dan las causales previstas en el artículo 69 , o si fuere evidente que el acto ocurrió por medios ilegales".

[38] sentencia C-037 de 1996. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. [39] Sentencia C-131 de 1993. M.P. Alejandro Martínez Caballero. [40] Sentencia C-037 de 1996. M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa. Al respecto, la Sala Tercera de Revisión en la sentencia T-292 de 2006 (M.P.:

Manuel José Cepeda Espinosa) explicó: "El fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de estas providencias, es: i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas. ii) La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta.

Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima, como se comentará en el apartado e) de este capítulo".

[41] Artículo 52 del Decreto 1748 de 1995. [42] Al respecto, el Artículo 16 del Decreto 1748 de 1995 establece: "Artículo 16º.- Redención anticipada de los bonos. Habrá lugar a la redención anticipada de los bonos cuando se de una de las siguientes circunstancias: || 1. Para bonos tipo A que no hayan sido negociados ni utilizados para adquirir acciones de empresas públicas, el fallecimiento o la declaratoria de invalidez del beneficiario, o bien la devolución del saldo en los casos previstos en los artículos 72 y 78 de la Ley 100 de 1993. || 2. Para bonos tipo B, el fallecimiento o la declaratoria de invalidez del beneficiario del bono como también el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de que trata el artículo 37 de la Ley 100 de 1993".

[43] Sobre el particular el Artículo 12 del Decreto 1299 de 1994 dispone: "Negociabilidad del bono pensional. Los bonos pensionales solo serán negociables por las entidades administradoras o aseguradoras en el mercado secundario, por cuenta del afiliado en favor de quien se haya expedido, cuando éste se pensione antes de la fecha de redención del bono y para completar el capital necesario para optar por una de las modalidades de pensión. Para tal efecto se requerirá la autorización expresa y por escrito del afiliado. || La negociación del bono pensional solo podrá efectuarse en las bolsas de valores.

Los bonos pensionales emitidos por la Nación se considerarán inscritos en el Registro Nacional de Valores e Intermediarios". [44] Este inciso fue declarado exequible mediante sentencia C-389 de 2000 (M.P.: Alejandro Martínez Caballero) por el cargo de la demanda estudiado en dicha sentencia.

[45] Tomado del documento del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, OBP, "El bono pensional: en el contexto de la seguridad social colombiana", el cual puede ser consultado en la siguiente página de Internet:

www.minhacienda.gov.co . [46] Sobre el particular se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-113 de 1993 (M.P.: Jorge Arango Mejía); C-423 de 1995 (M.P. Fabio Morón Díaz); C-037 de 1996 (M.P.: Vladimiro Naranjo Mesa); C-387 de 1997 (M.P.

Fabio Morón Díaz); C-482 de 1998 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz); C-870 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); C-500 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis, S.P.V. Jaime Araujo Rentería); y C-415 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynet).

[47] Sentencia C-270 de 2000. M.P.: Carlos Gaviria Díaz. [48] Ver entre otras las sentencias C-037 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-387 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz); C-482 de 1998 (M.P.

Eduardo Cifuentes Muñoz); C-870 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); C-500 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis, S.P.V. Jaime Araujo Rentería), C-415 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynet).

[49] M.P.: Jorge Arango Mejía. [50] Así lo dispone el Artículo 45 de la Ley 270 de 1996 (Ley estatutaria de la administración de justicia): “Reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad.

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

Sobre la facultad de fijar el alcance de sus propios fallos, la Corte ha dicho: “Pero, fuera del poder constituyente, ¿a quién corresponde declarar los efectos de los fallos de la Corte Constitucional, efectos que no hacen parte del proceso, sino que se generan por la terminación de éste? Únicamente a la propia Corte Constitucional, ciñéndose, como es lógico, al texto y al espíritu de la Constitución. Sujeción que implica tener en cuenta los fines del derecho objetivo, y de la constitución que es parte de él, que son la justicia y la seguridad jurídica.

|| En conclusión, sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad” (Negrilla en el texto original. Sentencia C-113 de 1993. M.P.: Jorge Arango Mejía) .

Sobre los efectos de las sentencias de constitucionalidad cuando se analizan los decretos que declaran estados de excepción véase la sentencia C-619 de 2003 (M.P.: Clara Inés Vargas Hernández).

[51] Ver entre otras las sentencias C-037 de 1994 (M.P. Antonio Barrera Carbonell), C-387 de 1997 (M.P. Fabio Morón Díaz); C-482 de 1998 (M.P.

Eduardo Cifuentes Muñoz); C-870 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero); C-500 de 2001 (M.P. Álvaro Tafur Galvis, S.P.V. Jaime Araujo Rentería), C-415 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre Lynet).

[52] En efecto en la parte resolutiva de la sentencia C-735 de 2005 se dispuso: “Declarar INEXEQUIBLE el literal a) de artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994.” [53] Así, por ejemplo, se tiene que el Artículo 1 del Decreto 1299 de 1994 fijó el interés que devengarán los bonos pensionales, el Artículo 11 del mismo decreto las condiciones para su redención y a su turno el Artículo 12 las condiciones de negociabilidad de los mismos.

[54] El artículo 27 del Decreto 1299 de 1994 estableció: “Artículo 27. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación”, publicación que se produjo en el Diario Oficial número 41411, año CXXX, del 28de junio de 1994.

[55] Diario Oficial. Año CXXVI. N. 39124. Diciembre 29 de 1989. Página 19. [56] En este orden de ideas, en la “ Guía para el Patrono” expedida por el Instituto de Seguros Sociales, a través de la cual se explica el sistema de autoliquidación de aportes-ALA, se afirma: “<Las tres columnas> salario o pensión excluido se utilizan para reportar pagos que están incluidos en las columnas anteriores pero que por uno u otro motivo, no causan aportes por uno o varios de los seguros. Entre otras, existen las siguientes exclusiones: || a) Los salarios que (en promedio de seis meses si son variables) exceden el máximo salario asegurable, no causan aportes, por ninguno de los tres seguros, sobre el exceso. A la facha (octubre 1983, Decreto 2630 de 1983) el máximo salario asegurable es de $163.020; por tanto, para un trabajador que devengue $200.000, se reportarían como excluidos $36.980 en las tres columnas” (Folio 36 del segundo cuaderno del expediente).

[57] Folios 41 y 42 del expediente. [58] Folio 25 del cuaderno principal de la tutela. [59] Folio 34 del segundo cuaderno del expediente.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 14 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el

texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.