

BONOS PENSIONALES - Emisión. Redención. Transacción. Condiciones de expedición. Facultad Extraordinaria. Competencia temporal

Es cierto que el artículo 139 de la Ley 100 de 1993 revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados desde la fecha de publicación de dicha ley, ello de conformidad con lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política; dichas facultades le fueron otorgadas para desarrollar las actividades previstas en la norma legal precitada, entre otras, “5. Dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual”. El 22 de junio de 1994, el Ministro de Gobierno, delegatario de funciones presidenciales, en desarrollo del Decreto N° 1266 de 1994 y en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 5o. del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto N° 1299 de 1994, “Por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales”. En Sentencia No. C-498 de 7 noviembre de 1995 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o, de la Constitución Política, la Corte Constitucional decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los incisos 1o. y 2o. (parciales) del artículo 24 del Decreto N° 1299 de 1994. En la sentencia precitada la Corte Constitucional indicó que desde el punto de vista temporal no existía reparo alguno, puesto que el Decreto fue expedido el 22 de junio de 1994, según consta en el Diario Oficial No. 41.411 de 28 de junio de 1994, es decir dentro del término de los seis (6) meses a que hace referencia la ley habilitante, la cual fue publicada el 23 de diciembre de 1993 en el Diario Oficial No. 41.148.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 139 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 150 NUMERAL 10 / DECRETO 1299 DE 1994 / CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11

BONOS PENSIONALES - Emisión. Redención. Transacción. Condiciones de expedición. Facultad reglamentaria. Competencia intemporal

Los Decretos Nos. 1748 de 12 de octubre de 1995 y 1474 de 30 de mayo de 1997, cuyos artículos 28 y 52 y 8 y 14, respectivamente, se demandaron en el sub-lite, fueron expedidos, no con base en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política, sino en el artículo 189, numeral 11, con el propósito, el primero, de reglamentar, además del Decreto N° 1299 de 1994, los Decretos Nos. 656 y 1314 del mismo año, junto con los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993 y el segundo de modificar y adicionar algunos artículos del Decreto reglamentario N° 1748 de 1995. El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, con fundamento en el cual se dictaron las disposiciones demandadas en el sub-lite, contempla la potestad reglamentaria, que se define como la facultad de la cual está investido el Ejecutivo para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; así entonces, el Ejecutivo ejerce la competencia referida para trazar los derroteros necesarios a efecto de que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del Legislador. Del contenido de las normas constitucionales y legales precitadas y de la providencia transcrita dictada por la Corte Constitucional, se deduce sin ningún esfuerzo que las facultades extraordinarias, que por el término de seis (6) meses fue investido el Presidente de la República, en los términos del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, tenían, entre otros propósitos, el de dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención la posibilidad de transarlos

en el mercado secundario y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual (num, 5°), que no para ejercer la potestad reglamentaria, pues ésta es intemporal y el Presidente de la República puede ejercerla cada vez que la necesidad lo exija, para facilitar la aplicación de la ley pero sin desbordar su contenido. Ello constituye razón suficiente para desestimar la afirmación del demandante, en el sentido de que la expedición de los mismos se produjo después de vencido el término de seis (6) meses a que alude el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, pues este lapso corresponde al de las facultades extraordinarias contenidas en otra norma superior, como es el artículo 150, numeral 10, ibídem

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA – ARTICULO 189 NUMERAL 11 / LEY 100 DE 1993- ARTICULO 139

NOTA DE RELATORIA: Sobre la diferencia entre facultad extraordinaria y facultad reglamentaria, Corte Constitucional, Auto de 20 de febrero de 2008. Rad 049, MP: Jaime Córdoba Triviño

NORMA DEMANDADA: DECRETOS 1748 DE 1995 (de 12 de octubre (GOBIERNO NACIONAL ARTICULO 28 (no nulo) / DECRETO 1748 DE 1995 (de 12 de octubre) GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 52 (No nulo) / DECRETO 1474 DE 1997 (de 30 de mayo) GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 8 (Nulo) / DECRETO 1474 DE 1997 (de 30 de mayo), GOBIERNO NACIONAL - ARTICULO 14 (No nulo)

SALARIO BASE DE COTIZACION DE LA PENSION DE VEJEZ - Pérdida de fuerza ejecutoria. Sentencia de inexecutable

La decisión de la Corte Constitucional incide en la que pudiera adoptarse en el sub-lite, en la medida en que no podría quedar vigente el artículo 8 del Decreto N° 1474 de 1997, en razón de que la norma que lo fundamentaba desapareció del mundo jurídico por contrariar la ley, al haber regulado una materia para la cual no habían sido concedidas facultades extraordinarias y por modificar la definición de salario base de cotización de la pensión; la inaplicabilidad de la norma demandada no se predica con la mera manifestación que en tal sentido haga el Juez, porque aun así conservaría la presunción de legalidad que ampara esa clase de actos, razón por la cual, siguiendo el derrotero jurisprudencial trazado por esta Sala, se debe declarar su nulidad como en efecto se declarará.

FUENTE FORMAL: CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO – ARTICULO 66

NOTA DE RELATORIA: Sobre la inexecutable de artículo 5 del decreto 1299 de 1994 por el cual se regula salario base de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez, Corte Constitucional, sentencia de julio 14 de 2005, Rad D5552, MP: Rodrigo Escobar Gil

EMISION DEL BONO PENSIONAL - Procedimiento y Plazo. Ejercicio de la facultad reglamentaria

El establecimiento de un trámite para la emisión de tales instrumentos de deuda pública y los plazos que las autoridades y funcionarios deben cumplir en cada una de las etapas respectivas no evidencian la infracción que el actor endilga a los artículos 12, 18 y 25 del Decreto N° 1299 de 1994, por cuanto lo que hace la norma reglamentada es disponer sobre la forma y manejo en que se recopila y

verifica la información laboral necesaria para la emisión del bono, así mismo y llegado el caso escuchar y decidir las reclamaciones que puedan formular los beneficiarios y demás interesados frente a la liquidación que consideren no se aviene a una historia laboral, o a los soportes que la puedan respaldar y fijar un término que deben cumplir tanto el emisor como la administradora y el afiliado. Se equivoca el actor cuando sostiene que el artículo 18 del Decreto N° 1299 de 1994 establece un término para la emisión del bono, pues lo que en realidad hace esa norma es otorgarle facultades al Gobierno para señalar el plazo dentro del cual se deben emitir los bonos pensionales y en desarrollo de tal precepto, la norma demandada (art. 14. Decreto 1474/97) señaló términos de treinta (30) días para emisión del bono provisional y de un (1) mes para la bono definitivo y si, como establece la misma norma reglamentada, el bono pensional no se expide en ese lapso genera los intereses moratorios equivalentes a los previstos en el inciso 5° del artículo 10 del Decreto 1299 de 1994.

FUENTE FORMAL: DECRETO 1299 DE 1994 - ARTICULO 18

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: BERTHA LUCIA RAMIREZ DE PAEZ

Bogotá, D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010)

Radicación número: 11001-03-25-000-2003-00268-01(2523-03)

Actor: JORGE ENRIQUE ROMERO TELLO

Demandado: GOBIERNO NACIONAL

AUTORIDADES NACIONALES

Cumplido el trámite previsto en los artículos 207 y siguientes del Código Contencioso Administrativo, procede la Sala a dictar sentencia en el proceso de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA Y SUS FUNDAMENTOS

En ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, el ciudadano Jorge Enrique Romero Tello, demandó la nulidad de los artículos 28 y 52 del Decreto N° 1748 de 12 de octubre de 1995 y 8° y 14 del Decreto N° 1474 de 30 de mayo de 1997.

Fundamenta sus pretensiones en los siguientes hechos:

Los artículos 28 del Decreto N° 1748 de 1995 y 8° del Decreto N° 1474 de 1997, contrarían la esencia del artículo 5° del Decreto N° 1299 de 22 de junio de 1994, junto con su párrafo, porque propician total confusión respecto de la definición de salario base y eliminan la validez del certificado del empleador, lo cual, a su vez, propicia una desigualdad que viola el artículo 13 de la Constitución Política y admite la posibilidad de que el Instituto del Seguro Social suministre información falsa o incorrecta en perjuicio del trabajador.

El artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995 contraría la esencia de los artículos 12, 18 y 25 del Decreto N° 1299 de 1994, porque no establece el plazo estipulado en el artículo 18 ibídem, propiciando confusión respecto del momento en el cual la demora en la emisión del bono pensional debe generar los intereses moratorios estipulados en el mismo artículo y porque condiciona la emisión del bono a la autorización del beneficiario para negociarlo o invertirlo en acciones de empresas públicas; condiciones que aparecen estipuladas en los artículos 12 y 25 del Decreto N° 1299 de 1994, como requisitos para acceder a la pensión antes de la fecha de redención del bono, pero no como condiciones para su emisión.

El artículo 14 del Decreto N° 1474 de 1997 contraría la esencia del artículo 18 del Decreto N° 1299 de 1994, porque no establece el plazo total estipulado en el último de los citados, propiciando confusión respecto del momento en el cual la demora en la emisión del bono debe generar los intereses moratorios estipulados en el mismo artículo y porque condiciona la emisión del bono a una solicitud del beneficiario no estipulada en el Decreto N° 1299 de 1994.

El Gobierno necesitó tres (3) años y cinco (5) meses para reglamentar la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales, labor que debió realizar en los seis (6) meses que duraron las facultades extraordinarias previstas en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

El Decreto N° 1299 de 1994 no definió el procedimiento de cálculo de los bonos ni el plazo para su emisión, pero definió el salario base para las personas que

estaban o hubiesen cotizado al ISS o alguna caja de previsión del sector público o privado, el cual corresponde al salario devengado y reportado a 30 de junio de 1992, o el último reportado antes de esa fecha, si para entonces no estaba cotizando y agregó que si no obraba constancia en la entidad, sobre el salario devengado en esa data, valdría la certificación del empleador.

NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN

Por los hechos anteriormente referidos, el actor considera que las normas cuya nulidad demanda infringieron los artículos 13 y 189, numeral 11, de la Constitución Política y 5º, 12, 18 y 25 del Decreto N° 1299 de 1994.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

2.1. ADMISIÓN DE LA DEMANDA

Por auto de 30 de julio de 2004 se admitió la demanda y se ordenaron las notificaciones de ley (fls. 17-18 cdo. ppl.)

2.2. LAS CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

2.2.1. Del Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE (fls. 46-52 cdo. ppl.)

El apoderado de la Entidad solicita se desestimen las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes argumentos:

En ejercicio de las facultades otorgadas en el artículo 139, numeral 5º, de la Ley 100 de 1993, el Gobierno expidió el Decreto N° 1299 de 1994, norma que recoge el sentir de lo ordenado en el artículo precitado, pues su articulado versa sobre la emisión, redención y condiciones generales de los bonos pensionales.

Al analizar el artículo 5º del Decreto N° 1299 de 1994, en contraposición con lo consignado en el artículo 8º del Decreto N° 1474 de 1997, se observa que no existe contradicción, pues las innovaciones que introduce son consecuentes con lo preceptuado en el artículo 5º, en la medida en que el ingreso base de liquidación de la pensión de vejez, continuó siendo el último reportado a 30 de junio de 1992; además el

Decreto N° 1299 de 1994 fue expedido por el Ejecutivo, quien en cualquier tiempo puede ejercer la potestad reglamentaria, cuando existan vacíos en una norma reglamentaria, o enfoques distintos al inicial que se le quiera dar.

El artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995, modificado por el artículo 14 del Decreto N° 1474 de 1997, señala el procedimiento que debe agotar el emisor para expedir el bono pensional y su posterior negociabilidad en el mercado secundario (art. 12 Decreto 1299/94); el plazo de treinta (30) días provisionales o de un mes (1) definitivo, estipulado en el artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995, con la modificación introducida para que el emisor expida el bono pensional, no va en contravía de los artículos 12 y 18 del Decreto N° 1299 de 1994, en la medida en que el primero autoriza la posibilidad de negociar el bono en el mercado secundario y el segundo otorga facultades al Gobierno para determinar el plazo dentro del cual deben emitirse los bonos. El artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995 se quedó corto al no determinar el plazo máximo en que el emisor debe agotar el procedimiento de reclamación para expedir los bonos pensionales definitivos, tampoco dijo de manera explícita cuando empiezan a correr los términos para el pago de intereses moratorios.

No se encuentra un nexo de causalidad o de pertinencia entre los postulados del artículo 25 del Decreto N° 1299 de 1994 y lo consignado en el artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995.

Las facultades pro tempore de que fue investido el Gobierno Nacional en el artículo 139, numeral 5º, de la Ley 100 de 1993, para la expedición de normas sobre emisión, redención, transacción y condiciones para la expedición de bonos pensionales, se otorgaron por el lapso de seis (6) meses, único término al que inicialmente estaba obligado el Gobierno Nacional para expedir tales normas, lo que en efecto se hizo, pues el Decreto N° 1299 de 1994 se expidió el 22 de junio de ese año, en tanto que la ley 100 de 1993 se publicó en el Diario Oficial el 23 de diciembre de 1993. Los cambios en la reglamentación y la demora en que el Gobierno pudo incurrir, para completar una situación tan compleja como la reglamentación de todo lo relacionado con la expedición de bonos pensionales, no genera vicio de nulidad ni de inexecuibilidad.

No se entiende de dónde concluye el libelista que el literal a) del artículo 5º del Decreto N° 1299 de 1994, haya sido modificado por los Decretos que lo reglamentan, porque éstos no lo dicen, además un decreto con rango de ley no puede ser modificado por un

decreto ordinario y porque los textos de esas normas en nada se contradicen como para pensar en una modificación tácita; lo que sucede es que el texto del numeral 1º del artículo 28 del Decreto N° 1748 de 1995, modificado por el numeral 1º del artículo 8º del Decreto N° 1474 de 1997, es complementario del primero, en la medida en que brinda soluciones a las posibles situaciones que se pueden presentar con referencia al salario base reportado a 30 de junio de 1992.

2.2.2. Del Ministerio de la Protección Social (fls. 64-70 cdo. ppl.).

La apoderada de la Entidad solicitó negar la nulidad impetrada, para cuyo efecto expone las siguientes razones de defensa:

El Decreto N° 1299 de 1994 fue expedido dentro del marco normativo de facultades extraordinarias, previstas en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política y de conformidad con el artículo 139, numeral 5º, de la Ley 100 de 1993.

Los Decretos Nos. 1748 de 1995 y 1474 de 1997, fueron proferidos en ejercicio de la potestad reglamentaria prevista en el artículo 189 numeral 11, de la Constitución Política, razón por la cual carecen de asidero los argumentos del actor que confunde las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente de la República y la potestad reglamentaria de que es titular.

La potestad reglamentaria como atribución constitucional no tiene límite para su ejercicio en el tiempo, además tiene su propia identidad en la búsqueda de una realización y concretización material de la ley, por lo tanto no se puede limitar a la mera transcripción de la norma a reglamentar.

De conformidad con lo establecido en los artículos 48 de la Constitución Política, 115 y subsiguientes de la Ley 100 de 1993 y la reiterada jurisprudencia constitucional, los bonos pensionales se constituyen como un mecanismo a través del cual los recursos destinados a pensiones mantienen un poder adquisitivo constante y garantizan a su vez la viabilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

En aras de preservar los recursos del Sistema de Pensiones, las normas objeto de la presente controversia no hacen otra cosa que cualificar el soporte que pruebe el lleno

de los requisitos requeridos para la emisión de los respectivos bonos pensionales, sin desconocer el derecho de contradicción del potencial beneficiario.

Las normas acusadas prevén el plazo previsto por la disposición superior, así como las normas reglamentarias que buscan materializar la ley dentro de su marco u órbita de competencia, establecieron el procedimiento que una vez agotado debe culminar con la emisión del respectivo bono; dentro de dicho procedimiento se establecen unos términos que claramente se observan en la normatividad reglamentaria, v.gr. el artículo 14 del Decreto N° 1474 de 1997 establece el procedimiento cuando el emisor reciba solicitud de liquidación de un bono.

Si bien es cierto se contempla una liquidación provisional, ésta tiene lugar porque la misma debe ser objeto de controversia y por tanto no tendría razón de ser la liquidación definitiva, cuando es objeto de verificación en sus correspondientes soportes y su concordancia con la situación laboral particular y concreta de la cual se origina.

2.2.3. Del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (fls. 75-87 cdo. ppl.).

La apoderada de la Entidad solicita se desestimen en su integridad las peticiones de la demanda y al efecto expuso los argumentos que se resumen así:

Con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 el Legislador buscaba identificar por medios idóneos el salario devengado por el trabajador en una fecha cierta de corte, con el fin de obtener un monto de capital actualizado que, al momento de realizar un traslado entre regímenes, le permitiera obtener un bono que sumado a las futuras cotizaciones que debía realizar el afiliado sobre el salario devengado, le permitiera reflejar una pensión razonablemente ajustada a sus ingresos, con el límite de 20 SMLM; para ese efecto el Legislador dispuso que el bono se liquidaría sobre la *“base de cotización”* de las personas activas y sobre el último salario devengado en caso de las personas cesantes.

Con fundamento en las facultades extraordinarias otorgadas por el Legislador, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, el Gobierno Nacional estableció, en el literal a) del artículo 5° del Decreto N° 1299 de 1994, dos condiciones para determinar el salario base de los trabajadores que cotizaban al ISS:

que la persona lo estuviese devengando con base en las normas vigentes a 30 de junio de 1992 y que el mismo hubiese sido reportado a la Entidad en la que se encontraba cotizando en esa fecha. En ese marco debía moverse el decreto reglamentario.

Al examinar el numeral 1º del artículo 28 del Decreto N° 1748 de 1995, se observa que en su primera reiteró lo que establece el Decreto Ley, esto es que se tomará el último salario devengado y reportado al ISS antes de la fecha base (30 de junio de 1992 ó fecha anterior si se encontraba desvinculado); posteriormente y en ejercicio de la facultad reglamentaria, el Gobierno procedió a establecer lo que sucedería si el trabajador no estuviese de acuerdo con la categoría en que aparecía en el ISS. Para los trabajadores que se encontraban cesantes, se mantiene el principio establecido en la Ley 100 de 1993, según el cual el salario base será el último salario o ingreso devengado o reportado.

No se puede pretender, como lo sostiene el demandante, que solamente valga la certificación del empleador, sin importar si existe inconsistencia entre el salario devengado y el reportado, porque ello implicaría un desconocimiento a lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y en el Decreto N° 1299 de 1994, lo cual desbordaría la facultad reglamentaria.

No tiene razón el demandante cuando afirma que se viola el artículo 13 de la Constitución Política, por el hecho de que a las personas que cotizaban al ISS no se les valga la certificación del empleador, mientras que a quienes no cotizaban sí, toda vez que a los empleadores de las primeras se les había establecido la obligación de reportar el salario que devengaba la persona, mientras que las que no cotizaban al ISS no tenían esta obligación; de hecho en muchos casos ni siquiera cotizaban, por lo que la única prueba de su salario es la que reposa en la entidad pública, la cual en cualquier momento puede ser verificada por el emisor del bono pensional, como establece el Decreto 1748 de 1995. Para decidir las solicitudes de reconocimiento antes y después de la Ley 100 de 1993, el ISS revisa en sus archivos sobre qué le han cotizado y con ese salario base reconoce pensiones.

En consecuencia, los cargos relacionados con la solicitud de nulidad del artículo 28 del Decreto N° 1748 de 1995, modificado por el artículo 8º del Decreto N° 1474 de 1997, no están llamados a prosperar.

Cuando se habla de emisión del bono pensional deben tenerse en cuenta las etapas necesarias para la culminación de tal actuación administrativa, por tal razón es que en el Decreto N° 1748 de 1995 y sus modificatorios se van estableciendo los plazos que conforman cada etapa, lo cual significa que el tiempo total de la emisión de un bono pensional es la suma de los plazos de cada una de las etapas; se estaría excediendo la facultad reglamentaria de haberse establecido que se cumpliera un plazo en la actuación que no conllevara a la emisión del bono pensional, pero como todos los plazos conllevan a ello no existe violación alguna.

Si lo que el demandante desea es que el decreto reglamentario señale el tiempo en que el bono se emitirá y no los tiempos parciales, debió consultar lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto N° 3798 de 2003 y en cuanto a la necesidad de que exista una solicitud de bono pensional, se debe acudir a lo dispuesto en el Decreto N° 1748 de 1995 que reglamentó el Decreto 656 de 1994 (art. 20).

Así entonces, los cargos formulados en relación con el artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995, modificado por los artículos 14 del Decreto N° 1474 de 1997 y 22 del Decreto N° 1513 de 1998, no están llamados a prosperar.

2.3. EL CONCEPTO FISCAL (fls. 147-168)

La Procuradora Segunda Delegada ante el Consejo de Estado solicitó denegar las súplicas de la demanda, con los argumentos que se sintetizan así:

Dentro del marco normativo fijado por el numeral 10 del artículo 150 Superior, el Presidente de la República expidió el Decreto N° 1299 de 1994, acatando lo preceptuado en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993; así se tiene que la Ley 100 fue expedida el 23 de diciembre de 1993 y el Decreto N° 1299 de 1994 es de 22 de junio de 1994, es decir que se hizo dentro de los seis (6) meses contados desde la publicación de la ley, en acatamiento al término otorgado en las facultades extraordinarias.

Los decretos acusados no hicieron otra cosa que recoger las previsiones contenidas en la Ley 100 de 1993, con el objeto de concretar los aspectos que conforman el salario base de liquidación pensional y la definición de bonos pensionales. Si bien es cierto en

las normas acusadas se nota cierto grado de confusión, por lo complejo y farragoso del tema, ello no tiene la virtualidad de hacerlas nulas, porque definen de manera detallada y pormenorizadamente los elementos constitutivos del salario base y la forma de redención de los bonos pensionales para los trabajadores de los sectores público y privado.

2.4. LOS ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (fls. 94-95 y 96-100 cdo. ppl.)

En síntesis, las apoderadas de los Ministerios de la Protección Social y de Hacienda y Crédito Público reiteraron los argumentos expuestos en las contestaciones de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

EL PROBLEMA JURÍDICO

Se trata de establecer si los artículos 28 y 52 del Decreto N° 1748 de 12 de octubre de 1995 y 8 y 14 del Decreto N° 1474 de 30 de mayo de 1997, infringieron las normas señaladas en la demanda, porque, como dice el accionante, propician confusión respecto de la definición de salario base; eliminan la validez del certificado del empleador; propician desigualdad; admiten la posibilidad de que el ISS suministre información falsa o incorrecta, en perjuicio del trabajador; propician confusión respecto del momento en el cual la demora en la emisión del bono pensional debe generar intereses de mora y porque condiciona la emisión del bono a la solicitud y autorización del beneficiario, lo cual no está señalado en la norma reglamentada.

LOS ACTOS DEMANDADOS

1. “DECRETO 1748 DE 1995 (Octubre 12)

“Por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos Leyes 656, 1299 y 1314 de 1994 y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993”.

“Artículo 28º.- Salario base, SB..

“1. Para trabajadores que cotizaban al ISS en FB, se tomará el último salario mensual devengado y reportado al ISS con

anterioridad a esa fecha. Se supondrá siempre que dicho salario es el mismo sobre el que cotizaban en FB, salvo que el trabajador aporte prueba en contrario, prueba que estará constituida por una constancia del ISS. Si el ISS informa que no obra constancia sobre el salario devengado y reportado, el empleador expedirá una en tal sentido, en la cual el salario devengado se calculará como en los numerales 2 y 3 siguientes.

“2. Para trabajadores del sector público que no cotizaban al ISS, se tomará el salario básico más los gastos de representación y prima técnica constitutiva de salario vigentes en FB, más el promedio de lo devengado por todos los demás conceptos constitutivos de salario, durante los doce meses calendario anteriores a FB o durante todos los meses calendario de vinculación anteriores a FB, si fueren menos de doce.

“3. Para trabajadores del sector privado que no cotizaban al ISS, se tomará el salario básico vigente en FB, integral o no, más el promedio de lo devengado por todos los demás conceptos constitutivos de salario, durante los doce meses calendario anteriores a FB o durante todos los meses calendario de vinculación anteriores a FB, si fueren menos de doce.

“Para los efectos de los numerales 2º y 3º, no se tendrán en cuenta como conceptos constitutivos de salario, aquellos establecidos por una norma de inferior categoría a una ley, tal como ordenanza, acuerdo, pacto, convención, laudo o cualquier otra forma de acto o determinación administrativa.

“Si en FB el trabajador tenía simultáneamente varias vinculaciones laborales válidas, se sumarán los salarios correspondientes con cada empleador.

“En ningún caso el salario base, SB será inferior al salario mínimo legal mensual vigente en la fecha base, FB, ni superior a veinte veces dicho salario.

....

“Artículo 52º.- Liquidación provisional y emisión de bonos. El emisor, o la OBP si es el caso, producirá una liquidación provisional del bono y la hará conocer de la administradora, a más tardar tres meses después de la fecha en que reciba la primera solicitud. Esta liquidación se basará en la información certificada individualmente y en la que repose en archivos masivos. Para este efecto, se tendrá por certificada la información que la entidad administradora reporte como tal. La certificación individual de un empleador no afiliado al ISS prima sobre su archivo laboral masivo; la certificación individual del ISS prima sobre su archivo masivo; la certificación de un empleador afiliado al ISS, sólo prevalece sobre el archivo laboral masivo ISS en el caso previsto en el numeral 1 del artículo 28.

“La entidad administradora hará conocer al beneficiario la liquidación provisional y la información sobre la cual ésta se basó,

a más tardar con el próximo extracto trimestral, si se trata de un bono tipo A, y a más tardar tres meses después de producida la liquidación, si se trata de un bono tipo B.

“A partir de la primera liquidación provisional, la entidad que liquidó el bono, atenderá cualquier solicitud de reliquidación que le sea presentada, con base en hechos nuevos que la administradora reporte como certificados. Si el beneficiario autoriza por escrito la negociación de un bono tipo A o su utilización para adquirir acciones de empresas públicas, con lo cual se está automáticamente declarando conforme con su valor y fecha de redención, el bono se expedirá dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha en que la entidad administradora lo informe al emisor, momento a partir del cual el bono podrá ser negociado.

“También se expedirá bono de cualquier tipo, dentro de los treinta (30) días siguientes a la correspondiente solicitud por parte de la administradora, si se da una de las siguientes circunstancias:

“a) Que el afiliado fallezca o sea declarado inválido;

“b) Que el afiliado al ISS le presente solicitud de pensión de vejez o de indemnización sustitutiva, y

“c) Que se cause la devolución de saldos al beneficiario de un bono tipo A.

“**Parágrafo.**- El emisor se reserva la posibilidad, en cualquier momento, mientras el bono no haya sido expedido, de revisar las certificaciones que la administradora reportó y de reliquidar de oficio.

“**Parágrafo Transitorio.**- Respecto a los bonos cuyas fechas de corte y de solicitud sean anteriores al 1 de julio de 1996, todos los plazos de que trata el presente artículo podrán extenderse hasta el 30 de junio del mismo año.

2. “DECRETO 1474 DE 1997 (mayo 30)

“**Por el cual se derogan, modifican y adicionan algunos artículos del decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones**”.

“...

“**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.

*“2. Para trabajadores del sector público que no cotizaban al ISS se tomará el **salario básico** más los gastos de representación y prima técnica constitutiva de salario vigentes en FB, más el promedio de lo devengado por todos los demás conceptos constitutivos de salario, durante los doce meses calendario anteriores a FB o durante todos los meses calendario de vinculación anteriores a FB, si fueren menos de doce.*

*“3 Para trabajadores del sector privado que no cotizaban al ISS, se tomará el **salario básico** vigente en FB, integral o no, más el promedio de lo devengado por todos los demás conceptos constitutivos de salario, durante los doce meses calendario anteriores a FB o durante todos los meses calendario de vinculación anteriores a FB. si fueren menos de doce.*

*“Para efectos de los numerales 2 y 3, no se tendrán en cuenta como conceptos constitutivos de **salario**, aquéllos establecidos por una norma de inferior categoría a una ley o a un decreto dictado en desarrollo de la Ley Marco de salarios o a una ordenanza o acuerdo en los casos en que las asambleas o los consejos tengan la facultad constitucional de fijar salarios. Por consiguiente no se tendrá en cuenta los que provengan de pactos, convenciones, laudos o cualquier otra forma de acto o determinación administrativa, por cuanto el mayor valor de la pensión derivada de dichos actos será asumida por la respectiva entidad como pensión compartida.*

“Si en FB el trabajador tenía simultáneamente varias vinculaciones laborales válidas se sumarán los salarios correspondientes con cada empleador.

“En ningún caso el salario base, SB será inferior al salario mínimo legal mensual vigente en la fecha base, FB, ni superior a veinte veces dicho salario.

*“4. Para aquellos trabajadores sujetos al Régimen de Seguridad Social previsto en la Ley 100 de 1993, remunerados en moneda extranjera, el **salario** que se tomará será aquél sobre el cual aportaban a la Seguridad Social en Colombia. Si el bono es de modalidad 1, igual procedimiento se aplicará para los salarios mes a mes.*

“En el evento que no hubiesen existido tales aportes, se tomará el salario devengado, convertido a la tasa oficial de ese momento o a la tasa representativa del mercado a partir del momento en que aquella dejó de regir, con un máximo de veinte salarios mínimos legales mensuales de la misma fecha.

“....

“ARTÍCULO 14. LIQUIDACIÓN PROVISIONAL Y EMISIÓN DE BONOS. El artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, quedará así:

“La solicitud de emisión de un bono, deberá estar acompañada de una manifestación del beneficiario ante la Administradora en el sentido de que el titular del bono no se encuentra afiliado a otra administradora, ni se encuentra tramitando, él o sus sobrevivientes, una pensión, indemnización sustitutiva o devolución de aportes o saldos, que sea incompatible con el bono. Dicha declaración, tendrá los efectos previstos en el artículo 10 del Decreto 2150 de 1995.

“Cuando el emisor reciba una solicitud de liquidación de un bono procederá así:

“Establecerá dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, la historia laboral del afiliado con base en los archivos que posea y la información que le haya sido suministrada por la administradora, sin que esta última deba acompañar las certificaciones correspondientes salvo que el emisor las solicite.

“Dentro del mismo plazo, solicitará a quienes hayan sido empleadores públicos del afiliado y a quienes deban contribuir al pago del bono, que confirmen, modifiquen o nieguen toda la información laboral que incida en el valor del bono que les comunique, incluyendo si es del caso aquella que repose en el archivo laboral masivo del Instituto de Seguros Sociales, así como la información sobre vinculaciones laborales que el trabajador acredite, al presentar la solicitud del bono.

“El empleador o contribuyente o quien deba dar certificación, requerido por un emisor de bono para que confirme la información laboral que se le envíe, deberá responder en un plazo máximo de treinta días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciba el requerimiento, los cuales serán prorrogados por el mismo término por el emisor cuando haya una solicitud debidamente justificada. Si la requerida es una entidad pública, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6o del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente de acuerdo con la Ley 200 de 1995.

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

“Es certificada la información que la entidad administradora reporte como tal, con base en los documentos que acrediten debidamente tal hecho, los cuales se comprometerá a mantener a disposición

del emisor, para que éste los pueda verificar o solicitar copia en cualquier momento. En el caso de los archivos masivos, para que los mismos se consideren certificados será necesario además de la manifestación en tal sentido del representante legal de la entidad, que se produzcan dos copias idénticas, una de las cuales será entregada a la Oficina de Obligaciones Pensionales y la otra se entregará en custodia a una entidad diferente que designe para ello el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Oficina de Obligaciones Pensionales verificará que las dos copias sean idénticas. Adicionalmente, se tendrá en cuenta que la certificación individual de un empleador no afiliado al ISS prima sobre su Archivo Laboral Masivo; la certificación individual del ISS prima sobre su Archivo Laboral Masivo; la certificación de un empleador afiliado al ISS, sólo prevalece sobre el Archivo Laboral Masivo del ISS en el caso previsto en el numeral 1o del artículo 28 del Decreto 1748 de 1995.

“El emisor producirá una liquidación provisional del bono y la hará conocer de la administradora, a más tardar treinta (30) días después de la fecha en que, habiendo recibido la primera solicitud, tenga confirmada o no objetada por el empleador y las entidades que deban asumir las cuotas partes, la información laboral certificada correspondiente.

“Una vez producida la liquidación provisional, la entidad administradora la hará conocer al beneficiario, con la información laboral sobre la cual ésta se basó. La liquidación se dará a conocer al beneficiario a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que la entidad administradora reciba dicha liquidación, y en el caso del bono tipo A se podrá acompañar al extracto trimestral.

“A partir de la primera liquidación provisional, el emisor atenderá cualquier solicitud de reliquidación que le sea presentada, con base en hechos nuevos que le hayan sido confirmados directamente por el empleador o por el contribuyente o que le sean certificados por los mismos y no sean objetados en el término previsto para el efecto en el presente artículo, para lo cual se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en los incisos anteriores. En ningún caso la liquidación provisional constituirá una situación jurídica concreta.

“Una vez que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada en los términos previstos en este artículo, los bonos se expedirán dentro del mes siguiente a la fecha en que el beneficiario manifieste por escrito por intermedio de la administradora, su aceptación del valor de la liquidación, siempre que:

“a) El afiliado al ISS le presente solicitud de pensión de vejez a de indemnización sustitutiva;

“b) Se cause la devolución de saldos al beneficiario de un bono tipo A;

“c) El afiliado a una administradora del régimen de ahorro

individual con solidaridad solicite su emisión.

“PARÁGRAFO 1o. *El emisor tendrá la posibilidad en cualquier momento, mientras el bono no haya sido expedido, de revisar la información laboral utilizada y reliquidar de oficio, de lo cual se dejará constancia en la liquidación. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto 1748 de 1995.*

“PARÁGRAFO 2o. *Cuando se trate de emitir bonos de personas que hayan fallecido o hayan sido declaradas inválidas, los términos previstos en este artículo se reducirán a la mitad, en todo caso, la entidad administradora deberá hacerle conocer la liquidación provisional al beneficiario dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha en que se recibe y el bono se emitirá dentro de los quince (15) días siguientes a la manifestación del beneficiario de aceptación de la liquidación en las condiciones previstas en este artículo.*

“PARÁGRAFO 3o. *En el caso de bonos tipo B, corresponderá al ISS aceptar la liquidación provisional del bono, sin que sea necesario que se le comunique el valor del mismo al afiliado.*

“PARÁGRAFO transitorio. *Salvo que se trate de bonos que deban ser pagados en el mismo momento de su emisión, y sin perjuicio de lo previsto en otras disposiciones legales, en los demás casos el plazo de emisión a que se refiere el inciso 10 del presente artículo se prorrogará, si se venciere antes, hasta el 30 de junio de 1997”.*

LO PROBADO EN EL PROCESO

Se aportaron copias de los Decretos Nos. 1748 de 1995 y 1474 de 1997 (cdo. N° 2).

ANALISIS DE LA SALA

El actor considera que las normas demandadas son violatorias de las siguientes disposiciones:

a) De la Constitución Política:

“ARTICULO 13. *Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.*

“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

“El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

“... ”

“ARTICULO 189. *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa:*

“... ”

“11. *Ejercer la potestad reglamentaria, mediante la expedición de los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes”.*

b) Decreto 1299 de 22 de junio de 1994, *“Por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales”.*

“ARTICULO 5o. SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PARA LA PENSIÓN DE VEJEZ DE REFERENCIA. *Para los efectos de que trata el literal a. del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado;*

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

“b). *en el caso de las personas que estaban prestando o hubieren prestado servicios como servidores públicos en entidades no afiliadas a alguna caja o fondo de previsión, el salario base de liquidación estará constituido por los factores salariales que según las disposiciones vigentes devengaban al 30 de junio de 1992, o en el último mes de servicios antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba prestando servicios.*

“En el caso de trabajadores que estaban prestando servicios mediante contrato de trabajo con empresas o empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, el salario base de liquidación estará conformado por los factores que según lo dispuesto en el código Sustantivo de Trabajo, constituyen salario devengados a 30 de junio de 1992, con base en las normas vigentes a dicha fecha.

“d). Tratándose de personas no cotizantes que estaban afiliadas o hubieren estado afiliadas a cajas previsionales del sector privado que tuvieran a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones legales, el salario base de liquidación estará conformado por los factores que según lo dispuesto en el Código Sustantivo de Trabajo constituyen salario, devengados a 30 de junio de 1992, o en el último mes de servicios antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba prestando servicios, con base en las normas vigentes a esa fecha.

“El salario base de liquidación, en todos los casos se actualizará, según la variación anual del IPC, certificado por el DANE, desde el 30 de junio de 1992 o desde la fecha en que se efectuó la última cotización o de la desvinculación al servicio, según sea el caso, hasta el mes calendario anterior a la fecha de traslado al régimen de ahorro individual.

“El salario base de liquidación para la pensión de referencia no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente a la fecha de traslado al régimen de ahorro individual, ni superior a veinte (20) veces dicho salario.

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

...

*“**ARTICULO 12. 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.

“...

*“**ARTICULO 18. PLAZO PARA EMISION DE BONOS PENSIONALES.** El Gobierno nacional determinará el plazo dentro del cual deberán emitirse los bonos pensionales. Los bonos que no sean emitidos en ese plazo generarán a cargo del emisor un interés moratorio equivalente al previsto en el inciso 5o. del artículo 10 y del presente Decreto.*

“...

“ARTICULO 25. ADQUISICION DE ACCIONES DE LAS EMPRESAS. Los bonos pensionales de los afiliados que hayan acumulado en sus cuentas individuales de ahorro pensional el capital necesario para obtener una pensión de vejez superior al 110% de la pensión mínima de vejez vigente, podrán ser destinados para la adquisición, en condiciones preferenciales, de acciones de empresas públicas.

“Toda colocación de acciones que realicen las empresas públicas, con destino a los particulares, deberá comunicarse a las sociedades administradoras de los fondos de pensiones, para que éstas a su vez, ofrezcan las acciones a los afiliados que reúnan las condiciones señaladas en el presente artículo. La empresa pública respectiva podrá aceptar como pago de las acciones el respectivo bono pensional. En tal caso, los administradores de los fondos representarán a los tenedores de los bonos pensionales, frente a los emisores de las acciones, previa autorización expresa del afiliado.

“PARAGRAFO. Para efectos de lo dispuesto en el presente artículo, el 110% se calculará excluyendo el valor del bono pensional”.

1. DIFERENCIA ENTRE FACULTADES EXTRAORDINARIAS Y POTESTAD REGLAMENTARIA DEL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

A juicio del demandante, en este caso la violación del artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, deriva de que el Gobierno utilizó tres (3) años y cinco (5) meses para reglamentar la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales, cuando para realizar tal labor solo contaba con los seis (6) meses de facultades extraordinarias previstas en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

Es cierto que el artículo 139 de la Ley 100 de 1993 revistió al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias por el término de seis (6) meses, contados desde la fecha de publicación de dicha ley, ello de conformidad con lo previsto en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política; dichas facultades le fueron otorgadas para desarrollar las actividades previstas en la norma legal precitada, entre otras, *“5. Dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de transarlos en el mercado secundario, y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual”.*

El 22 de junio de 1994, el Ministro de Gobierno, delegatario de funciones presidenciales, en desarrollo del Decreto N° 1266 de 1994 y en uso de las facultades extraordinarias conferidas por el numeral 5o. del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, expidió el Decreto N° 1299 de 1994, *“Por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales”*.

En Sentencia No. C-498 de 7 noviembre de 1995 y en virtud de lo dispuesto en el artículo 241, numeral 5o, de la Constitución Política, la Corte Constitucional decidió sobre la demanda de inconstitucionalidad formulada contra los incisos 1o. y 2o. (parciales) del artículo 24 del Decreto N° 1299 de 1994.

En la sentencia precitada la Corte Constitucional indicó que desde el punto de vista temporal no existía reparo alguno, puesto que el Decreto fue expedido el 22 de junio de 1994, según consta en el Diario Oficial No. 41.411 de 28 de junio de 1994, es decir dentro del término de los seis (6) meses a que hace referencia la ley habilitante, la cual fue publicada el 23 de diciembre de 1993 en el Diario Oficial No. 41.148.

Se tiene entonces que si el Decreto N° 1299 de 1994 fue expedido en ejercicio de las facultades extraordinarias señaladas en el numeral 10 del artículo 150 de la Constitución Política y que tal disposición de orden superior contempla la autorización que el Congreso imparte al Ejecutivo para que, por delegación, ejerza la función legislativa, aquella normatividad se constituye en Decreto con fuerza de ley.

Ahora bien, los Decretos Nos. 1748 de 12 de octubre de 1995 y 1474 de 30 de mayo de 1997, cuyos artículos 28 y 52 y 8 y 14, respectivamente, se demandaron en el sub-lite, fueron expedidos, no con base en el artículo 150, numeral 10, de la Constitución Política, sino en el artículo 189, numeral 11, con el propósito, el primero, de reglamentar, además del Decreto N° 1299 de 1994, los Decretos Nos. 656 y 1314 del mismo año, junto con los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993 y el segundo de modificar y adicionar algunos artículos del Decreto reglamentario N° 1748 de 1995.

El artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, con fundamento en el cual se dictaron las disposiciones demandadas en el sub-lite, contempla la potestad reglamentaria, que se define como la facultad de la cual está investido el Ejecutivo para expedir los decretos, resoluciones y órdenes necesarios para la cumplida ejecución de las leyes; así entonces, el Ejecutivo ejerce la competencia referida para trazar los derroteros necesarios a efecto de que la Administración y sus distintos órganos cumplan los mandatos del Legislador.

En relación con la diferencia que existe entre la potestad reglamentaria y el ejercicio de facultades extraordinarias, la Corte Constitucional precisó:

“3.2.3. Como se observa, la potestad reglamentaria y el ejercicio de facultades extraordinarias responden a lógicas distintas. Mientras que la potestad reglamentaria es una competencia ordinaria del Gobierno Nacional, que no tiene un límite distinto al contenido de la ley objeto de ejecución; las facultades extraordinarias están circunscritas desde (i) el punto de vista material por los tópicos definidos por la ley habilitante y por las materias vedadas por el mismo constituyente; (ii) el ámbito temporal, habida cuenta la delimitación que sobre el particular prevé el artículo 150-10; y (iii) el carácter competencial, pues se trata de una competencia delegada por el legislador, que opera en los precisos términos del acto de habilitación.

“3.2.4. Para la Corte, las precisas diferencias entre la potestad reglamentaria y el ejercicio de facultades extraordinarias, desvirtúan el argumento defendido por el recurrente, en el sentido que una norma puede tener carácter formalmente reglamentario, pero material propio de la competencia del legislador extraordinario. En efecto, como lo consideró la decisión suplicada, del texto mismo de los Decretos demandados se concluye que fueron expedidos por el Gobierno Nacional, en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 189 numeral 11 de la Constitución Política, esto es, con base en la potestad reglamentaria. Este argumento por sí solo justifica la incompetencia manifiesta de la Corte para conocer de la demanda en el asunto de la referencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 2067 de 1991.

“No obstante, la Sala debe enfatizar que las razones del recurrente son resultado de un ejercicio artificioso, que pretende configurar la competencia de la Corte Constitucional respecto de un asunto que, sin duda alguna, pertenece a la órbita de análisis de la jurisdicción contenciosa. De esta manera, al reconstruir el argumento central del recuso de súplica, la Corte advierte que el ciudadano Jiménez Polanco considera que los Decretos 619 y 1158 del 1994 aunque fueron formalmente expedidos en ejercicio de la potestad reglamentaria, su contenido material corresponde al de un decreto con fuerza de ley. A su vez, como dicho contenido no tiene correspondencia alguna con los asuntos previstos por la ley

habilitante, se está ante un exceso en la competencia de regulación en cabeza del Ejecutivo, lo que deviene en la inconstitucionalidad de las normas acusadas.

“En otras palabras, resulta evidente que lo que el actor propone en su libelo es que el Gobierno Nacional, al expedir los mencionados decretos, se extralimitó en el ejercicio de la potestad reglamentaria con base en la cual profirió dichas normas. Esta pretensión pertenece, en los términos del artículo 237-10 C.P., a la competencia residual que sobre los decretos dictados por el Gobierno Nacional tiene la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado.

“En conclusión, el auto atacado acierta al concluir que el asunto sometido al conocimiento de la Corte está excluido de las competencias que le adscribe el artículo 241 de la Constitución, según las consideraciones expresadas en este proveído. Por lo tanto, la Sala procederá a negar el recurso de súplica de la referencia”¹.

Del contenido de las normas constitucionales y legales precitadas y de la providencia transcrita dictada por la Corte Constitucional, se deduce sin ningún esfuerzo que las facultades extraordinarias, que por el término de seis (6) meses fue investido el Presidente de la República, en los términos del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, tenían, entre otros propósitos, el de dictar las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención la posibilidad de transarlos en el mercado secundario y las condiciones de los bonos cuando deban expedirse a personas que se trasladen del régimen de prima media al régimen de capitalización individual (num, 5°), que no para ejercer la potestad reglamentaria, pues ésta es intemporal y el Presidente de la República puede ejercerla cada vez que la necesidad lo exija, para facilitar la aplicación de la ley pero sin desbordar su contenido.

Si, como quedo dicho, los Decretos Nos. 1748 de 1995 y 1474 de 1997, que contienen las normas demandadas en el sub-lite, fueron expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de la facultad reglamentaria prevista en el artículo 189, numeral 11, de la Constitución Política, ello constituye razón suficiente para desestimar la afirmación del demandante, en el sentido de que la expedición de los mismos se produjo después de vencido el término de seis (6) meses a que alude el artículo 139 de la Ley 100 de 1993, pues este lapso corresponde al de las

¹ Auto 049 de 20 de febrero de 2008. M. P. Jaime Córdoba Triviño

facultades extraordinarias contenidas en otra norma superior, como es el artículo 150, numeral 10, ibídem.

2. SALARIO BASE DE LA LIQUIDACIÓN

Antes de analizar lo concerniente al salario base, es necesario precisar que, en razón de que los artículos 28 y 52 del Decreto N° 1748 de 12 de octubre de 1995 fueron modificados por los artículos 8 y 14 del Decreto N° 1474 de 30 de mayo de 1997, todos ellos demandados en el sub-lite, el análisis se circunscribirá alrededor de los últimos citados; cabe precisar además que mediante el Decreto N° 1513 de 4 de agosto de 1998 se modificaron y adicionaron algunos artículos de los Decretos 1748 de 1995 y 1474 de 1997.

El actor sostiene que el artículo 8 del Decreto N° 1474 de 1997 contraría la esencia del artículo 5° del Decreto N° 1299 de 22 de junio de 1994, junto con su párrafo, porque propician total confusión respecto de la definición de salario base y eliminan la validez del certificado del empleador, lo cual, a su vez, propicia una desigualdad que viola el artículo 13 de la Constitución Política y admite la posibilidad de que el Instituto del Seguro Social suministre información falsa o incorrecta en perjuicio del trabajador.

El literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 precisó que, para determinar el valor de los bonos pensionales se establecería una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, para cuyo efecto se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de Junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontraba cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al sistema según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en esa fecha. Dichos salarios medios nacionales serían establecidos por el DANE.

Por su parte el artículo 5° del Decreto N° 1299 de 1994 se refirió al salario base de liquidación, para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado y señaló

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

El literal a) del artículo 5° del Decreto N° 1299 de 1994 fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional que en la sentencia respectiva expresó en lo pertinente:

“... Confrontados los dos textos, encuentra la Corte que, a partir de diferentes contenidos normativos, tanto la ley (de manera general en el artículo 21 y en concreto en el artículo 117) como el decreto citado en la norma acusada, hacen referencia expresa al tema de la definición del salario base de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez de quienes venían cotizando al SS o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992. En consecuencia, si la ley habilitante determinó claramente cuál era el salario base de cotización para el reconocimiento de la pensión de vejez de ese grupo de personas, no resultaba constitucionalmente válido que el Gobierno, so pretexto de regular aspectos relacionados con la emisión de los bonos pensionales, entrara a redefinir el mismo punto temático.”

“Según lo expresado por la jurisprudencia, en la medida que el otorgamiento de facultades extraordinarias es de interpretación restrictiva, se configura un exceso en su ejercicio cuando las normas dictadas por el ejecutivo se refieren a temas ajenos a los autorizados en la ley habilitante y tocan aspectos regulados directamente por esta última de manera diferente.”

*“En punto al tema específico de la definición del salario base de liquidación para la pensión de vejez de quienes cotizaron con anterioridad al 30 de junio de 1992, la Corte identifica con claridad por lo menos una diferencia sustancial entre los textos contenidos en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y el literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994. Así, mientras el artículo 17 de la ley, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21 de ese mismo ordenamiento, establece que el salario de liquidación de la pensión se calcula sobre **“la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, para calcular la pensión de vejez”**, el decreto en mención dispone que el salario para dicha prestación **“será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992”**. 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.

“De este modo, a través de la norma acusada, el Gobierno violó los artículos 113, 121 y 150 numeral 10° de la Constitución Política, no solo por el hecho de haber regulado una materia para la cual no le fueron concedidas las facultades extraordinarias, sino además, por haber modificado las reglas que en relación con la definición del salario base de cotización de la pensión el legislador estableció en la propia ley habilitante, concretamente, en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

*“7.5. En los términos expuestos, **el literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 será declarado inexecutable en la parte resolutive de este Sentencia**, no sin antes precisar que, en cuanto la norma impugnada ha sido encontrada inconstitucional por el vicio de competencia referente al exceso en el ejercicio de las facultades extraordinarias, la Corte se abstendrá de considerar el cargo restante que fue propuestos en su contra por el demandante”² (Subrayas y negrillas fuera del texto).*

Lo dispuesto en la norma declarada inexecutable, literal a) del artículo 5° del Decreto N° 1299 de 1994, fue reiterado en el artículo 8° del Decreto N° 1474 de 1997, cuando estableció en su numeral 1°, que para trabajadores que cotizaban al ISS en FB (fecha base, 30 de junio de 1992, art. 27 D. 1748 de 1995), se tomaría el último salario mensual devengado y reportado al ISS antes de esa fecha.

De lo expuesto se concluye que si la Corte Constitucional declaró inexecutable el literal a) del artículo 5° del Decreto N° 1299 de 1994, relacionado con el salario base de liquidación y que dicha normatividad fue reglamentada por el Decreto N° 1748 de 1995, que fue modificado por el Decreto N° 1474 de 1997, el artículo 8° ibídem perdió eficacia y es inaplicable por haber perdido su fuerza ejecutoria, en razón de que después de su expedición y por virtud de la declaratoria de inexecutable referida desapareció una de las disposiciones que le sirvieron de fundamento como es el literal a) del artículo 5° del Decreto N° 1299 de 1994.

La decisión de la Corte Constitucional incide en la que pudiera adoptarse en el sub-lite, en la medida en que no podría quedar vigente el artículo 8 del Decreto N° 1474 de 1997, en razón de que la norma que lo fundamentaba desapareció del mundo jurídico por contrariar la ley, al haber regulado una materia para la cual no habían sido concedidas facultades extraordinarias y por modificar la definición de

² Corte Constitucional. Expediente D-5552. Sentencia C-734/05 de 14 de julio de 2005. M.P. Rodrigo Escobar Gil

salario base de cotización de la pensión; la inaplicabilidad de la norma demandada no se predica con la mera manifestación que en tal sentido haga el Juez, porque aun así conservaría la presunción de legalidad que ampara esa clase de actos, razón por la cual, siguiendo el derrotero jurisprudencial trazado por esta Sala, se debe declarar su nulidad como en efecto se declarará.

La pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos está regulada por el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo cuyo numeral 2° prevé:

“ARTICULO 66. PERDIDA DE FUERZA EJECUTORIA. *Salvo norma expresa en contrario, los actos administrativos serán obligatorios mientras no hayan sido anulados o suspendidos por la jurisdicción en lo contencioso administrativo, pero perderán su fuerza ejecutoria en los siguientes casos:*

“1.

“2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho

“...” (Subrayas y negrillas fuera del texto).

En relación con el punto esta Sala se ha pronunciado en los siguientes términos:

“Sin duda alguna, como consecuencia de la declaratoria de inexecutable de las normas que sirvieron de fundamento al acto acusado, éste perdió su sustento jurídico y, por tanto, dejó de ser aplicable.

“En el caso sub iudice, es claro que la disposición acusada es inconstitucional, por cuanto la materia allí regulada tiene reserva legal. Como lo dejó establecido la Sentencia C-723 del 3 de agosto de 2004, la función de dictar normas generales sobre educación y, concretamente, la relativa al retiro de la carrera administrativa por calificación no satisfactoria en el desempeño del empleo, es materia exclusiva del legislador, de acuerdo con lo previsto en los artículos 114, 125 y 150, numeral 23, de la C.P.

“Y como las normas que sirvieron de fundamento al Decreto 2582 de 2003 fueron declaradas inexecutables, el mismo vicio de inexecutable es predicable de éste.

*“En conclusión, si los fundamentos jurídicos del decreto reglamentario son inconstitucionales por vulnerar el principio de reserva de ley contenido en el artículo 150 de la C.P., **sin lugar a***

dudas, el decreto vulnera la norma superior por estar sustentada en normas inconstitucionales, que le transfieren una competencia reservada exclusivamente al legislador.

“Las anteriores razones son suficientes para considerar que las pretensiones del actor están llamadas a prosperar”. (Subrayas y negrillas fuera del texto).³

3. PROCEDIMIENTO Y PLAZOS PARA LA EMISIÓN DE BONOS PENSIONALES

El demandante considera que el artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995, tal como quedó modificado por el artículo 14 del Decreto N° 1474 de 1997, contraría la esencia de los artículos 12, 18 y 25 del Decreto N° 1299 de 1994, porque no establece el mismo plazo estipulado en el artículo 18 ibídem⁴, con lo cual propicia confusión respecto del momento en el cual la demora en la emisión del bono debe generar los intereses moratorios estipulados en el mismo artículo y porque condiciona la emisión del bono a la autorización del beneficiario para negociarlo o invertirlo en acciones de empresas públicas; condiciones que aparecen estipuladas en los artículos 12 y 25 del Decreto N° 1299 de 1994, como requisitos para acceder a una pensión antes de la fecha de redención del bono, pero no como condiciones para su emisión.

Al referirse al plazo para la emisión de bonos pensionales el citado artículo 18 del Decreto N° 1299 de 1994 precisa que el Gobierno Nacional determinará el plazo dentro del cual deberán emitirse los bonos pensionales y los que se emitan por fuera del mismo generarán a cargo del emisor un interés moratorio equivalente al previsto en el inciso 5o. del artículo 10 de ese Decreto.

El artículo 14 del Decreto N° 1474 de 1997, modificadorio del artículo 52 del Decreto N° 1748 de 1995, establece un procedimiento para la emisión del bono pensional y señala términos en los que se debe cumplir cada etapa.

Así entonces después de presentar la respectiva solicitud ante el emisor, se establece la historia laboral del afiliado y la verificación respectiva (30 días hábiles); cuando el emisor requiera a un empleador o contribuyente para que

³ Sección Segunda. Sentencia de 22 de noviembre de 2007. Radicación número: 11001-03-25-000-2005-00160-01(7430-05). Consejero ponente: JAIME MORENO GARCIA

confirme la información laboral, éste debe responder en un plazo máximo de treinta (30) días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciba el requerimiento, el emisor puede prorrogar dicho término, en otro tanto, cuando exista una solicitud debidamente justificada; el emisor elabora una liquidación provisional del bono y la hace conocer de la administradora, para cuyo efecto cuenta con un plazo de treinta (30) días a partir de la fecha en que, habiendo recibido la primera solicitud, la información laboral se encuentre confirmada o no haya sido objetada por el empleador y las entidades que deben asumir las cuotas parte: dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha en que la Entidad administradora reciba la liquidación provisional, se la hará conocer al beneficiario.

La norma que se viene comentando señala además que a partir de la primera liquidación provisional, el emisor atenderá cualquier solicitud de reliquidación formulada con base en hechos nuevos, que hubiesen sido confirmados directamente por el empleador o por el contribuyente, o que le sean certificados por los mismos y no sean objetados en el término previsto para el efecto en la misma norma y precisa que en ningún caso la liquidación provisional constituirá una situación jurídica concreta; confirmada la información laboral, o, certificada y no objetada, los bonos se expiden dentro del mes siguiente a la fecha en que el beneficiario manifieste por escrito, por intermedio de la administradora, su aceptación del valor de la liquidación siempre que se cumplan los requisitos señalados en la misma norma; los plazos señalados en la disposición referida, se reducen a la mitad, cuando se trate de emitir bonos de personas que hubiesen fallecido o son declaradas inválidas.

El trámite previsto en la norma en análisis contempla varias situaciones particulares, no referidas en las normas generales expedidas por los Legisladores ordinario y extraordinario, cuya composición detallada facilitan el desarrollo y aplicación de tales normas y en esa medida la Sala no encuentra que el Gobierno Nacional hubiese excedido su facultad reglamentaria al contemplar las diferentes eventualidades que se pueden presentar cuando se trata de establecer el procedimiento y plazos para la emisión del bono pensional.

El establecimiento de un trámite para la emisión de tales instrumentos de deuda pública y los plazos que las autoridades y funcionarios deben cumplir en cada una

⁴ Declarado exequible por la Corte Constitucional en sentencia C-611 de 13 de noviembre de 1996. M. P. Dr. Fabio Morón Díaz.

de las etapas respectivas no evidencian la infracción que el actor endilga a los artículos 12, 18 y 25 del Decreto N° 1299 de 1994, por cuanto lo que hace la norma reglamentada es disponer sobre la forma y manejo en que se recopila y verifica la información laboral necesaria para la emisión del bono, así mismo y llegado el caso escuchar y decidir las reclamaciones que puedan formular los beneficiarios y demás interesados frente a la liquidación que consideren no se aviene a una historia laboral, o a los soportes que la puedan respaldar y fijar un término que deben cumplir tanto el emisor como la administradora y el afiliado.

Se equivoca el actor cuando sostiene que el artículo 18 del Decreto N° 1299 de 1994 establece un término para la emisión del bono, pues lo que en realidad hace esa norma es otorgarle facultades al Gobierno para señalar el plazo dentro del cual se deben emitir los bonos pensionales y en desarrollo de tal precepto, la norma demandada (art. 14. Decreto 1474/97) señaló términos de treinta (30) días para emisión del bono provisional y de un (1) mes para la bono definitivo y si, como establece la misma norma reglamentada, el bono pensional no se expide en ese lapso genera los intereses moratorios equivalentes a los previstos en el inciso 5° del artículo 10 del Decreto 1299 de 1994.

No se evidencia infracción de las normas señaladas en la demanda por exigir la solicitud del bono pensional, porque, como señaló la apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el artículo 20 del Decreto 656 de 1994, reglamentado por el Decreto N° 1748 de 1995, consagra tal requisito en los siguientes términos:

*“.. Corresponde a las sociedades que administren fondos de pensiones adelantar, por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos **de solicitud de emisión de bonos pensionales** y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su exigibilidad.*

*“**Las solicitudes de emisión de bonos pensionales deberán ser presentadas a la entidad previsional correspondiente** dentro de los seis (6) meses inmediatamente siguientes a la vinculación del afiliado que tenga derecho a dicho beneficio, y hasta tanto sean emitidos efectivamente deberán efectuar un seguimiento trimestral al trámite de su emisión. Para estos efectos, los afiliados deberán suministrar a las administradoras la información que sea necesaria para tramitar las solicitudes y que se encuentre a su alcance. En todo caso, las administradoras estarán facultadas para solicitar las certificaciones que resulten necesarias, las cuales serán de obligatoria expedición por parte de los destinatarios.*

“Las solicitudes de pago de bonos pensionales deberán ser presentadas por la administradora a la cual se haya formulado una solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por personas que hayan cumplido la edad establecida para obtener la garantía de pensión mínima del Estado. Tratándose de personas que se hayan pensionado por vejez con anterioridad a dicha edad y se hayan acogido a la modalidad de retiro programado, la solicitud de pago del bono pensional será presentada por la administradora que se encuentre pagando la pensión al momento de cumplirse todos los requisitos señalados para la redención del título.

“La solicitud de pago de un bono para atender una pensión de invalidez, sobrevivencia o vejez por cumplimiento de la edad para acceder a una pensión mínima deberá ser presentada dentro de los veinte (20) días hábiles siguientes a la decisión de la administradora acerca del cumplimiento por parte del solicitante de los requisitos para acceder a la pensión. Tratándose de personas que hayan obtenido una pensión de vejez con anterioridad a dicha edad, la solicitud de pago del bono deberá presentarse por la entidad que tenga a su cargo el pago de la pensión al momento en que el pensionado cumpla esa edad.

“En todo caso, el seguimiento del proceso de pago efectivo de los bonos pensionales se adelantará por las entidades que tengan a su cargo el pago de la respectiva pensión”. (subrayas y negrillas fuera del texto.

Corolario de lo expuesto es que el actor no logró demostrar que el artículo 14 del Decreto N° 1474 de 1997 infringió las disposiciones constitucionales y legales citadas en la demanda, lo cual constituye razón suficiente para, en cuanto se refiere a esta norma, denegar las pretensiones de la demanda.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A:

Declárase la nulidad del artículo 8 del Decreto N° 1474 de 30 de mayo de 1997, *“Por el cual se derogan, modifican y adicionan algunos artículos del decreto reglamentario 1748 de 1995 y se dictan otras disposiciones”*.

Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

Cópiese, notifíquese y ejecutoriada esta providencia archívese el expediente.

La anterior decisión fue discutida y aprobada en sesión de la fecha.

Cúmplase.

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

GUSTAVO GÓMEZ ARANGUREN

GERARDO ARENAS MONSALVE

LUÍS RAFAEL VERGARA QUINTERO

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA