

Sentencia T-1087/06

ACCION DE TUTELA CONTRA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA-Procedencia excepcional para ordenar emitir el bono pensional

BONOS PENSIONALES-Demora en emisión impide acceso a pensión de jubilación

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-Reglas para determinar valor base

FACULTADES EXTRAORDINARIAS-Exceso en el ejercicio y desconocimiento del requisito de precisión

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

BONOS PENSIONALES Y SALARIO BASE DE LIQUIDACION PARA LA PENSION DE VEJEZ-Situaciones consolidadas antes de la sentencia C-734 de 2005/BONOS PENSIONALES Y

SALARIO BASE DE LIQUIDACION PARA LA PENSION DE VEJEZ-No puede aplicarse en forma retroactiva la sentencia C-734/05

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Requisitos para la expedición del bono pensional y reconocimiento de la pensión de jubilación/REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-Respeto de condiciones establecidas

En el caso que se estudia, esta Sala subraya 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 (año 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. Argüir como lo hace la entidad accionada, que el problema del accionante se soluciona reliquidando el bono pensional que ya había sido emitido con el salario devengado, es cambiar las reglas de juego vigentes al momento del traslado del afiliado, que como se dijo, es la ocasión que define la normativa aplicable al momento de liquidar el bono pensional. En punto a la petición de la entidad accionada de que se integre el contradictorio con la empresa Colfondos, la Sala considera que en el presente caso la conformación del litis consorcio no es necesaria en tanto el problema fundamental que suscita la demanda apunta a la violación del debido proceso en cabeza de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda. Ello, porque lo que realmente se cuestiona, como se explicitó, es si el procedimiento adoptado por la OBP era el que correspondía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia. Con base en las circunstancias analizadas, propias de este caso concreto, considera la Sala que la tutela debe prosperar por las siguientes razones: (i) se ha presentado una demora significativa, en la tramitación del bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda, lo cual ha impedido continuar con el procedimiento de reconocimiento de la pensión de vejez del señor, que por lo tanto se configura en una amenaza al derecho a la seguridad social del accionante en conexidad con

el derecho al mínimo vital y (ii) se ha violado el debido proceso del actor al verse sometido a una interpretación errada de una sentencia de la Corte Constitucional que cambia e ignora las normas aplicables a su caso.

Referencia: expediente T-1428216

Acción de tutela instaurada por Jorge Enrique Combariza contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil seis (2006).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Alvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos proferidos por la Sala Civil del H.Tribunal Superior de Bogotá y la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en la acción de tutela instaurada por Jorge Enrique Combariza Melo contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

I. ANTECEDENTES

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

El ciudadano Jorge Enrique Combariza Melo, formuló acción de tutela contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por la violación a sus derechos fundamentales de igualdad, seguridad social, a la pensión de vejez y especialmente debido proceso, fundamentado en los siguientes hechos:

1. La demanda

Señala el accionante, que el día 28 de diciembre de 1995 diligenció el formulario de traslado del Instituto de Seguros Sociales a Colfondos. Decisión que tomó de conformidad con lo señalado en las leyes que regían la pensión de vejez y los bonos pensionales en el Régimen de Ahorro Individual a esa fecha.

A partir de ese momento, adquirió el derecho al bono pensional Tipo A modalidad 2, de acuerdo a lo señalado en el literal h) del artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 2° del Decreto 1299 del 28 de Junio de 1994, como quiera que cumplió con el requisito de cotización de más de 150 semanas al Instituto de Seguros

Sociales, exigidos en la norma mencionada.

Una vez firmada su afiliación, procedió a diligenciar el formato de solicitud de bono pensional por traslado a un fondo de pensiones, donde informó a COLFONDOS acerca de los periodos cotizados con el Instituto de Seguros Sociales así como también acerca del salario que devengaba a junio 30 de 1992, ya que de acuerdo al artículo 5º. del Decreto 1299 de 1994, con base en éste se calcularía el valor de su bono pensional.

Luego de entregar dicha información, la AFP COLFONDOS inició el proceso de liquidación, reconocimiento y emisión de su bono pensional, de acuerdo al artículo 20 del Decreto 656 de 1994, para lo cual solicitó al empleador CITIBANK, certificación donde se evidenciara el salario devengado a junio 30 de 1992 o el inmediatamente anterior a dicha fecha, en aplicación a los artículos 27 y 28 del Decreto 1748 de 1995.

En este orden de ideas, su empleador CITIBANK presentó las certificaciones solicitadas en mayo 4 de 1998, agosto 14 de 1998, noviembre 23 de 2000, marzo 9 de 2001 y marzo 2 de 2004, previa solicitud de Colfondos, certificaciones que eran procesadas por COLFONDOS para continuar el trámite de emisión ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, de acuerdo a los requisitos señalados por esa Oficina para confirmar el salario sobre el cual se debía liquidar el bono.

Finalmente, una vez enviados por COLFONDOS el día 11 de mayo de 2004 los soportes del salario a junio 30 de 1992, se evidenció que no era \$665.070, como lo reflejaban las liquidaciones enviadas por el ISS a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, sino \$1.905.000. Por lo tanto, dicha dependencia procedió a incluir la modificación en la liquidación del bono, certificación que se firmó manifestando su acuerdo el día 12 de julio de 2004.

Señala el accionante, que el día 27 de agosto de 2004 fue emitido el bono pensional liquidado con la suma de \$1'303.800, salario base a junio 30 de 1992, de acuerdo al artículo 5º. del Decreto 1299 de 1994, norma aplicable a su caso teniendo en cuenta que se trasladó de régimen en 1995 y la norma citada fue declarada inexecutable, en forma ultractiva el 14 de julio de 2005.

Posteriormente y teniendo en cuenta que el artículo 64 de la Ley 100 de 1994 exige como único requisito para acceder a una pensión de vejez en el régimen

de ahorro individual, es que el capital de la cuenta más el bono pensional de un afiliado sea suficiente para financiar una pensión mensual superior al 110 % del salario mínimo legal mensual vigente, el día 24 de octubre de 2004, decidió solicitar ante Colfondos la pensión de vejez a sabiendas de que cumplía tal requisito.

Mediante comunicación de fecha 23 de febrero de 2005, la AFP COLFONDOS solicitó a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda la expedición del bono pensional, para proceder con la negociación del mismo.

El día 9 de marzo de 2005, la Oficina de Bonos pensionales del Ministerio de Hacienda solicitó al Instituto de Seguros Sociales que certificara si la historia laboral con la cual fue emitido el cupón principal, corresponde con la que el ISS reconocerá su cuota parte en dicho bono, para así poder expedirlo. Paralelo a dicho procedimiento, la AFP COLFONDOS solicitó a dicha entidad el reconocimiento en mención, mediante derechos de petición presentados en mayo 2 de 2005, 8 de abril de 2005 y 27 de septiembre de 2005.

Ante la falta de respuesta del Instituto de Seguro Social y existiendo una clara violación al derecho de petición, el accionante interpuso una acción de tutela ante dicha entidad a fin de obtener el reconocimiento de la cuota parte requerida, exigida para la expedición del bono pensional por parte de Ministerio de Hacienda.

Mediante Resolución número 01654 del 22 de Noviembre de 2005 el Instituto de Seguro Social reconoció la cuota parte financiera del Bono Pensional Tipo A Modalidad 2, por valor de \$14.273.000,00. Considera el accionante que el ISS en una mala aplicación de la sentencia C-734 de 2005 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable el Artículo 5 del Decreto 1299 de 1994, liquidó el bono pensional teniendo en cuenta un total de 9.045 días y un salario a 30 de junio de 1992 de \$665.070,00 y no la que se utilizó para la emisión del mismo que tuvo en cuenta 9.016 días con un salario a junio 30 de 1992 de \$1.303.800,00, previamente certificado en dicho proceso de emisión.

Señala el accionante, que para el proceso de emisión del bono pensional el número de semanas cotizadas lo certifica directamente el Instituto de Seguros Sociales al Ministerio de Hacienda, y en cuanto al salario, ya se había certificado en forma idónea su valor ante la entidad competente - OBP.

Además de lo anterior, el demandante pone de presente que el 2 de agosto de 2005 mediante comunicación suscrita por el Doctor Gustavo Riveros Aponte, Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda, esa Oficina solicita a COLFONDOS como medida transitoria abstenerse de negociar los bonos Tipo A Modalidad 2 liquidados con salario de máxima categoría, y de solicitar su expedición o entrega al Depósito Central de Valores DECEVAL.

Recuerda el actor, que la Corte Constitucional no emitió ningún pronunciamiento acerca de la retroactividad de la sentencia C-734 de 2005 por lo cual, “de acuerdo a los principios generales de la Administración de Justicia no pueden ni el Seguro Social ni el Ministerio de Hacienda, con base en su propio criterio, dar aplicación retroactiva a la misma para que no sea negociado mi bono pensional, pues de acuerdo a la ley el mismo se encuentra emitido y por lo tanto puede ser negociado con el propósito de obtener su pensión de vejez.” Además de lo anterior, anota, que el proceso de negociación del bono se había iniciado con anterioridad a la sentencia C-734 de 2005, y por dilaciones en la respuesta de las entidades antes mencionadas no pudo llegar a su finalización, dilatarlo más, por medio de la aplicación retroactiva de la sentencia de la Corte, es arbitrario y viola su debido proceso.

Indica finalmente, que la AFP COLFONDOS, por medio de comunicación DBP-BP-2113-06, presentó derecho de petición ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público a fin de solicitar la expedición del bono pensional con el salario con el cual fue emitido.

En último término el accionante concreta sus pretensiones así:

Primera: Que se ordene a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público proceder con el reconocimiento de la cuota parte financiera del bono pensional con el salario de \$1.303.800, que fue previamente certificado y con el cual fue emitido su bono pensional de acuerdo a la normatividad vigente en ese momento, ya que desde el mes de Diciembre de 2005 el ISS le entregó a esta última el archivo masivo de las cotizaciones efectuadas por los afiliados con posterioridad al 1º. de Enero de 1995, razón por la cual, dicha entidad ya tiene toda la información requerida para gestionar dicho reconocimiento.

Segunda: Que se ordene a la Oficina de Bonos Pensionales -OBP- del Ministerio de Hacienda y

Crédito Público expedir la constancia de emisión de mi bono pensional por el valor con que el mismo fue emitido, es decir \$1.303.080, teniendo en cuenta que desde el momento de la solicitud de negociación el mismo se encuentra en firme de acuerdo al Artículo 59 de Decreto 1748 de 1995 y realizar la entrega del mismo a Deceval, ya que como lo dije anteriormente, al momento de mi traslado a la AFP COLFONDOS y también al momento de emisión de mi bono pensional el artículo 5º. del Decreto 1299 de 1994 se encontraba vigente. Lo anterior comoquiera que necesita llevar hasta su finalización el proceso de reconocimiento de su pensión de vejez ante la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentra afiliado.

2. Pruebas relevantes allegadas al expediente

Aparecen en el expediente las siguientes pruebas que se aprecian relevantes para la solución del tema propuesto:

- A folio 46, copia formulario de vinculación a Colfondos.
- A folio 45, formato de solicitud de bono pensional por traslado a un fondo de pensiones.
- A folio 38, certificado del Citibank de fecha 23 de noviembre de 2000.
- A folio 37, certificado Citibank de fecha 9 de marzo de 2001.
- A folios 34 a 36, comunicaciones emitidas por Colfondos.

- A folio 28, historia laboral para emisión de bono pensional firmada en acuerdo.

- A folio 25, carta de recepción de documentos para solicitud de pensión de fecha 25 de octubre de 2004, junto con carta de autorización de negociación de bono pensional de fecha 25 de octubre de 2004

- A folio 17, comunicación de fecha 2 de Agosto de 2005, emitida por el doctor Gustavo Riveros Aponte, Jefe de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

- A folio 7, Resolución No 01654 del 22 de noviembre de 2005, emitida por el Instituto de Seguros Sociales.

II. INTERVENCIÓN DE LA OFICINA DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA

La intervención de la Oficina de Bonos del Ministerio de Hacienda, realizada mediante escrito de 15 de junio de 2006, puede resumirse en los siguientes puntos:

2. La sentencia C-734 de 2005, a partir de su comunicación, “expulsó del ordenamiento el literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994 y revivió, a partir de esa fecha, los contenidos del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 relativos a la “base de cotización” para el cálculo del cupón principal del bono pensional, que habían sido derogados por el citado literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994, cuando éste habló de “salario devengado” en este aspecto.”

3. Entiende la OBP que la sentencia C-734 de 2005 puede ser asimilada a un hecho normativo materialmente legislativo, aunque derivado de una sentencia de la Corte, en la medida en que pone en vigencia nuevamente ese contenido del artículo 117, que había sido subrogado por el literal a) del artículo 5° del Decreto 1299 de 1994.

4. Por lo tanto, la AFP COLFONDOS S.A., debe solicitar nuevamente la liquidación del cupón principal del bono pensional del señor JORGE ENRIQUE COMBARIZA MELO. Una vez se reliquide, debe solicitar nuevamente la emisión con el salario base correcto, es decir, \$665.070.00.

5. De la misma forma, señala que debe integrarse el litisconsorcio necesario con la AFP COLFONDOS.

III. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de primera instancia

Mediante la sentencia de 21 de junio de 2006, la Sala Civil del H. Tribunal Superior de Bogotá negó la tutela interpuesta tras sostener que es la entidad accionada la competente para estudiar el cumplimiento de los requisitos para la emisión del bono pensional. Sostuvo igualmente que debe en este caso la administradora de pensiones solicitar la reliquidación del cupón principal del bono del afiliado, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, incluyendo el salario base correcto, es decir, con el que cotizó a junio 30 de 1992 al ISS y seguir todo el trámite de ley, debiendo entonces, el administrado, someterse a esos requisitos.

2. Sentencia de segunda instancia

Proferida por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia mediante sentencia de tres de agosto de 2006 confirma la decisión que negó el amparo solicitado, sosteniendo que la presente acción no puede prosperar, toda vez que lo pretendido por el accionante es que el juez constitucional ordene a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público reconocer al actor su bono pensional, solicitud que es inviable, por cuanto son pretensiones que, en varias oportunidades se ha puntualizado, desbordan la órbita restringida y excepcional de la tutela.

Textualmente, el fallo sostuvo que “en el presente asunto, según lo informó a esa instancia el Ministerio de Hacienda, acusado, como el bono pensional inicialmente no fue calculado con el salario correcto, el cupón principal del mismo debe liquidarse nuevamente, para ello, corresponde a la AFP Colfondos S.A. solicitar la reliquidación del bono pensional, y una vez anulado, la citada entidad administradora deberá gestionar la emisión del aludido bono con el salario base correcto”.

Señaló, igualmente, que para que la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público pueda atender las pretensiones del accionante, se requiere que de manera previa, la AFP

COLFONDOS agote el trámite de reliquidación del bono del afiliado en forma correcta y completa; que una vez efectuado lo anterior, dentro de los términos de ley, proceda a emitir y expedir el cupón principal del bono objeto de la acción de tutela. A juicio del fallador de segunda instancia, la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda no ha sido negligente en su deber de emitir el mencionado bono, pues los anteriores requisitos deben cumplirse previamente a su expedición, ya que es preciso la anulación del mismo, precedida de la correspondiente petición. Es por las razones expuestas que la Corte Suprema de Justicia considera, que el fallo de primera instancia debe ser confirmado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

1. Competencia

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y por la escogencia del caso por la Sala de Selección.

2. Problema jurídico

El presente caso esta relacionado con la emisión¹ de un Bono² Tipo A, modalidad 2 que corresponde emitir a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda³. Debe la Corte precisar si la actitud de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda en aplicar equivocadamente la sentencia de la Corte Constitucional, en punto al cálculo para la liquidación de bonos pensionales, vulneró los derechos fundamentales del accionante.

3. Procedencia de la acción de tutela para exigir la emisión de bonos pensionales. Generalidades del caso concreto

Recientes fallos de la Corte Constitucional⁴ que han reiterado las líneas generales de la procedibilidad de la acción de tutela, cuando mediante ésta se busca la emisión de bonos pensionales, han recordado la sólida doctrina de esta Corporación⁵ en el sentido de que, cuando la dilación en la emisión del bono pensional impide el acceso a la pensión de jubilación, procede excepcionalmente la acción de tutela para lograr la protección del derecho a la seguridad social por conexidad con el derecho al mínimo vital y el derecho a la dignidad humana. Esta Corporación ha sostenido:

“(…) que en aquellos casos en los que la liquidación y remisión de bonos pensionales constituye fundamento para que se consolide y reconozca una pensión de jubilación, procede excepcionalmente la acción de tutela para proteger derechos como la vida, el del mínimo vital y la seguridad social de quien cumpliendo con los requisitos de ley para obtenerla, queda sometido a una prolongada e indefinida espera con ocasión del trámite para la expedición del bono pensional” (cita de la sentencia original; subraya fuera del texto original).⁶

En efecto, esta Corporación en numerosas oportunidades ha concedido la tutela por demora en la emisión del bono pensional en los casos en los que la dilación perjudica derechos fundamentales de quien ha alcanzado los requisitos establecidos por la ley para solicitar la pensión y sin embargo no se le concreta el reconocimiento efectivo del mencionado derecho.⁷ Así, la Corte ha sostenido que “(…) la tramitación del bono pensional, cuando es

paso previo al reconocimiento de la pensión, debe ser pronta y las Entidades (Administradora, Emisora, Contribuyente) deben conjuntamente actuar, dentro de los principios de eficacia y celeridad”.⁸

Igualmente se ha considerado de forma reiterada⁹ que la tutela no debe ser el mecanismo para obtener la expedición o pago del bono pensional cuando se la utiliza para pretermittir el trámite administrativo correspondiente o cuando se solicita la tutela del derecho de petición, sin que el accionante hubiera presentado una solicitud expresa a la entidad encargada de emitir el bono.

4. Bonos pensionales tipo A, modalidad 2: no puede ampararse el emisor en una equivocada interpretación de la sentencia C-734 de 2005. Los efectos pro futuro de las sentencias de inexequibilidad y la situación de las personas que libremente optaron por pasar del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público sostuvo en su intervención dentro del presente proceso, que a raíz de la sentencia C-734 de 2005 se cambió la fórmula aplicable para el cálculo de los bonos pensionales y en consecuencia los mismos deben emitirse con el salario base de cotización.

Esta tesis ha sido controvertida por varias sentencias de la Corte que en este caso deben reiterarse y por lo tanto, se precisarán una vez más (i) las normas básicas sobre bonos pensionales para mostrar que son instrumentos típicos de un régimen de transición entre el sistema con prima media con prestación definida, anterior a la Ley 100 de 1993, y el sistema de ahorro individual con solidaridad, creado por dicha Ley; (ii) se señalará lo que decidió la Corte en la sentencia C-734 de 2005 para indicar que la ratio decidendi de la inexequibilidad fue un vicio de competencia y no un vicio de fondo, y que dicho fallo rige hacia el futuro; (iii) y finalmente, se indicará cuál es el régimen aplicable para la emisión de bonos pensionales

en el caso del señor Combariza.

5. Los bonos pensionales como instrumentos para hacer efectivo un derecho en la transición de un sistema a otro

La definición y regulación de los bonos pensionales precisa que estos son instrumentos diseñados para hacer efectivos los derechos de quienes optaron libremente por trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

“Modalidad 2 (bonos de). Nombre dado a los bonos tipo A que se expiden a favor de los trabajadores cuya primera vinculación laboral válida se inició antes del 1 de julio de 1992.

“Tipo A (bonos pensionales). Designación dada a los bonos regulados por el Decreto-Ley 1299 de 1994 que se expiden a aquellas personas que se trasladen al régimen de ahorro individual con solidaridad”.

Cuando se trata de Bonos Pensionales y Cuotas Partes a Cargo de la Nación, cuya redención ocurrirá en una fecha posterior,¹⁰ el artículo 121 de la Ley 100 de 1993 establece:

“La Nación expedirá un instrumento de deuda pública nacional denominado Bono Pensional, de la naturaleza y con las características señaladas en los artículos anteriores, a los afiliados al Sistema General de Pensiones, cuando la responsabilidad corresponda al Instituto de Seguros Sociales, a la Caja Nacional de Previsión Social, o a cualquiera otra caja, fondo o entidades del sector público sustituido por el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional, y asumirá el pago de las cuotas partes a cargo de estas entidades.

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

En cuanto a la determinación de la fecha base -FB- y el salario base para proceder a la liquidación de los Bonos Tipo A modalidad 2, los mismos se encuentran establecidos en los artículos 27 y 28 del decreto 1748 de 1995. Por su parte, el Decreto 1299 de 1994 establece las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales.¹¹ En su artículo 3º. se establecen las reglas para determinación del valor base del bono pensional, para cuyo cálculo se toma como referente el salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia, de que trata el artículo 5º. del mismo Decreto.

En el artículo 5º. se establecen las reglas para la liquidación de la pensión de vejez de acuerdo a la condición del cotizante. Así, el literal a) del artículo 5º. establecía que

“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”.

El anterior literal fue declarado inexecutable por parte de la Corte Constitucional mediante Sentencia C-734 de 2005 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. Al respecto, la Corte sostuvo:

“Cabe destacar, además, que el contenido material de la norma acusada, esto es, la definición del salario base de cotización para 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, fue regulado directa e integralmente por el propio Congreso de la República en el texto de la ley habilitante, con lo cual se descarta de plano que dicho tema pudiera estar incluido en el ámbito material de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por intermedio del numeral 5° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

“En efecto, la misma Ley 100 de 1993, en varias de sus disposiciones se ocupa integralmente del tema contenido en el literal a) del artículo 5° del decreto-Ley 1299 de 1994, así: (i) de manera general, en el artículo 21, al definir éste cual es el salario o ingreso base de liquidación para todas las pensiones previstas en dicha ley (entre las que se incluye por supuesto la pensión de vejez), y señalar que corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos diez (10) anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si éste fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia. Y, concretamente, (ii) tratándose de la definición del salario base de cotización para 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, es el artículo 117 el que regula la materia, pues al referirse al valor de los bonos pensionales, señala que para reconocer la pensión de vejez se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase 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 dicha fecha.

“Las normas mencionadas y su coincidencia temática puede ser apreciada con mayor claridad en el siguiente cuadro comparativo en el que se transcribe el contenido de los artículos 21 y 117 de la Ley 100 y el literal a) del artículo 5° del Decreto-ley 1299 de 1994:

Ley 100 de 1993

Decreto 1299 de 1994

ARTICULO 21. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere

inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expide el DANE.

ARTICULO 117. Valor de los Bonos Pensionales. Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:

a) Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase 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 dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE:

b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:

Cuarenta y cinco por ciento, más un 3 % por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3 % por cada año que faltará para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.

La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90 % del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de 15 salarios mínimos legales mensuales.

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.

Y concluye:

“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 propuesto en su contra por el demandante” (Subraya por fuera del texto original).

Como lo precisó la sentencia T-147 de 2006, la ratio decidendi del fallo transcrito, 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, 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.¹³

Así, es preciso subrayar que en la parte resolutive 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.¹⁴ La sentencia T- 147 de 2006, al analizar las situaciones pasadas consolidadas identificó dos hipótesis: (i) la primera es la de aquellas personas a las cuales se les emitió el bono antes de la sentencia C-734 de 2005; (ii) 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.

En efecto, dentro del sistema de seguridad social se previó que quienes cumplan con determinados requisitos tienen derecho a un bono pensional¹⁵ con las características en él definidas (Artículo 116 de la Ley 100 de 1993),¹⁶ a saber:

“ARTÍCULO 116. CARACTERÍSTICAS. Los bonos pensionales tendrán las siguientes características:

“a) Se expresarán en pesos;

“b) Serán nominativos;

“c) Serán endosables en favor de las entidades administradoras o aseguradoras, con destino al pago de pensiones;

“d) Entre el momento de la afiliación del trabajador y el de redención del bono, devengarán, a cargo del respectivo emisor, un interés equivalente a la tasa DTF, sobre saldos capitalizados, que establezca el Gobierno y,

“e) Las demás que determine el Gobierno Nacional”.

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 previstas por el legislador en los artículos 117 de la Ley 100 de 1993 y 3º. 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.¹⁷ Sobre la importancia de la estabilidad de las reglas de juego, la Corte afirmó en sentencia C-754 de 2004:

“Un Estado social de derecho (CP art. 1º) debe proteger la seguridad jurídica de los trabajadores y de los futuros pensionados, quienes, en función de los principios de confianza legítima y de interdicción a la arbitrariedad, tienen derecho a que las reglas para acceder a la pensión no sean variadas abruptamente en forma desfavorable. Y es que en una democracia constitucional, la seguridad jurídica debe existir no sólo para los inversionistas y para los agentes económicos, a fin de disminuir los costos de transacción y favorecer la inversión y el desarrollo económico, sino también, y tal vez especialmente, para los trabajadores y los ciudadanos, quienes deben tener confianza en que las reglas que amparan sus derechos no serán modificadas intempestivamente por las autoridades. Siendo la seguridad jurídica y los principios de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad inherentes a la idea misma de Estado de derecho (CP art. 1º), es indudable que las personas tienen derecho a una estabilidad razonable de las normas relativas a la protección de sus derechos constitucionales. Así como es importante para que exista desarrollo económico que exista estabilidad en las reglas sobre propiedad y contratos, es igualmente importante, para asegurar la paz social y la legitimidad de las instituciones, que exista también estabilidad en las normas que protegen los derechos fundamentales y en especial los derechos pensionales. La protección de la seguridad jurídica y de la confianza legítima y el mandato de progresividad y el principio de la conservación de la condición más beneficiosa implican entonces que, en principio, la ley no puede modificar súbitamente en forma desfavorable a un trabajador las reglas que gobiernan el acceso a las pensiones y su monto, incluso si dicho trabajador no ha adquirido todavía el derecho a la pensión, por no haber cumplido las condiciones previstas por la ley para tal efecto” (M.P.: Alvaro Tafur Galvis. S.V. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Rodrigo Uprimny Yepes, S.P.V: Jaime Araújo Rentería. Subraya por fuera del texto original)

De lo anterior han concluido las sentencias T-147 de 2006 y T-910 de 2006 que no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005, puesto 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. Tampoco puede sostenerse que exista un vacío normativo para hacer efectivo el derecho a la emisión del bono pensional, habida cuenta de que la norma declarada inexecutable estuvo vigente hasta la sentencia C-734 de 2005, a la cual no le pueden conferir efectos retroactivos las autoridades administrativas.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

Debe aplicar la Corte la doctrina mencionada al caso concreto con el siguiente análisis:

6. Caso concreto

Lo realmente acaecido en el caso objeto de revisión puede resumirse así:

El señor Jorge Enrique Combariza Melo solicitó el amparo de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social, a la pensión de vejez y al debido proceso, que adujo vulnerados por las acciones y omisiones de la entidad accionada, para lo que pidió se ordene a la referida Oficina de Bonos Pensionales proceda al reconocimiento de la cuota parte financiera de su bono pensional, con salario de \$1'303.800.00, de acuerdo con la legislación vigente al momento de su solicitud y se expida la constancia de su emisión.

Sostuvo en su demanda, que el 28 de diciembre de 1995, diligenció su traslado del Instituto de los Seguros Sociales a la AFP Colfondos, por lo que a partir de ese momento adquirió el derecho al bono pensional Tipo A Modalidad 2, como quiera que cumplió con el requisito de cotización de más de 150 semanas al referido instituto.

Posteriormente, llenó el formato de solicitud del aludido bono a Colfondos quien de acuerdo con la certificación que obtuvo de su empleador acerca del salario devengado, con el cual se haría el cálculo de rigor, envió la información a la oficina acusada, la que el 27 de agosto de 2004 emitió el bono pensional con la suma de \$1'303.800.00, como salario base a 30 de junio de 1992.

Al tener en cuenta que el régimen al cual se había afiliado le permitía acceder a una pensión de vejez con el capital de la cuenta de ahorro individual más el bono pensional, presentó la respectiva solicitud el 24 de octubre de 2004 a la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos, quien a su vez, el 23 de febrero de 2005, solicitó a la accionada la expedición del referido bono para proceder con la respectiva negociación.

El 31 de mayo de 2005, la AFP Colfondos rechazó su solicitud de pensión de vejez, con fundamento en que la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda no había expedido el certificado de depósito de su bono, por lo tanto, no contaba con el capital suficiente para el reconocimiento de la pensión; mediante tutela contra el ISS, obtuvo que por resolución No. 01654 de 22 de noviembre de 2005 se le reconociera la cuota parte financiera exigida por la oficina accionada para la expedición del bono pensional.

El 2 de agosto de 2005, el jefe de la oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda solicitó a Colfondos como medida transitoria, abstenerse de negociar los bonos como el del

accionante y de solicitar su expedición o entrega al Depósito Central de Valores, lo que en criterio del accionante contraría lo señalado por la Corte Constitucional, pues le dio un efecto retroactivo a la sentencia C-734 de 2005.

La AFP Colfondos por medio de comunicación DBP-BP-2113-06 presentó derecho de petición ante la accionada para solicitar la expedición de su bono pensional con el salario con el cual había sido emitido anteriormente.

El Jefe de la Oficina accionada allegó un escrito al expediente, donde explicó que el bono pensional del señor Combariza será redimido normalmente el 25 de enero de 2011, luego de cumplir 62 años de edad y completar 1000 semanas de vinculación laboral válida; en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la edad no es determinante como requisito para obtener derechos pensionales, pero la norma prevé que los aludidos bonos se hacen exigibles hasta cuando los beneficiarios hombres cumplan la referida edad; la AFP, quien conoce el trámite a seguir, debe solicitar la reliquidación del bono pensional del accionante por cuanto el cupón principal del mismo a cargo de la Nación fue calculado con un salario base superior a la máxima categoría del ISS, por lo tanto este cupón no está en firme; después debe solicitar su liquidación provisional y posterior emisión con la historia laboral correcta. Solicitó, por tanto, desestimar las pretensiones ya que no ha incumplido con sus obligaciones ni ha desconocido derecho alguno del beneficiario del bono.

A su turno, el Instituto del Seguro Social confirmó en su escrito lo dicho por la entidad accionada, precisando que actuó de acuerdo a lo ordenado por la Corte Constitucional, en la sentencia C-734 de 14 de julio de 2005.

El H. Tribunal Superior de Bogotá y la H. Corte Suprema de Justicia, a través de las sentencias que son objeto de revisión, negaron por improcedente el amparo reclamado, por cuanto es la entidad accionada la competente para estudiar el cumplimiento de los requisitos

para la emisión del bono pensional, máxime cuando la entidad acusada es clara en afirmar que, contrario a lo dicho por el accionante, su bono pensional no está en firme, por lo tanto, no existe derecho adquirido, debiendo en este caso la administradora de pensiones solicitar la reliquidación del cupón principal del bono del afiliado, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, incluyendo el salario base correcto, es decir, con el que cotizó a junio 30 de 1992 al ISS y seguir todo el trámite de ley, debiendo entonces, el administrado, someterse a esos requisitos; es por ello que concluyeron que no puede predicarse ninguna vulneración o amenaza a los derechos fundamentales invocados.

Como ya se expuso, la Corte considera que la controversia suscitada en este caso gira en torno a la forma como se debe realizar la liquidación del bono pensional del señor Combariza, toda vez que la OBP, a partir de una interpretación propia sobre los alcances de la Sentencia C-734 de 2005, afirma que como ingreso base de liquidación se debe usar el salario cotizado al 30 de junio de 1992 y no el devengado en esa misma fecha, al tenor de lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, que resultaría ser la norma aplicable como consecuencia de la declaratoria de inexecuibilidad del literal a) del artículo 5 del Decreto 1229 de 1994.

Estima la Corte en primer lugar, que en el presente caso, en cuanto a la violación de los derechos, cabe advertir que la acción de tutela procede tanto frente a violaciones de derechos fundamentales como ante amenazas claras y graves de los mismos. Así lo dice expresamente el Artículo 86 de la Carta Política y lo ha desarrollado la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

De acuerdo con los hechos que motivaron la presente acción de tutela, se trata de una persona de 55 años de edad, que no demostró durante el trámite de la acción de tutela que la falta de reconocimiento del bono pensional estuviera vulnerando alguno de sus derechos fundamentales. En consecuencia, no se constata que exista una actual vulneración del derecho a la seguridad social que pueda afectar por conexidad el derecho al mínimo vital.

No obstante lo anterior, considera esta Sala de Revisión, que en el presente proceso existe una amenaza al derecho a la seguridad social del señor Combariza en conexidad con el derecho al mínimo vital, ya que el Ministerio de Hacienda ha manifestado insistentemente que no puede proceder a la emisión del bono pensional con la normatividad que le es aplicable al accionante y que es la que permite calcular correctamente el valor del bono pensional que le corresponde. Debe tenerse en cuenta que desde la solicitud elevada por la AFP COLFONDOS en relación con la emisión del bono ha transcurrido año y medio sin que la OBP haya dado trámite a la misma. Es decir, la posición del Ministerio ha demorado el procedimiento de reconocimiento de la pensión de vejez del accionante, dilación que de continuar puede provocar que en el futuro el accionante no cuente con ingresos para cubrir el mínimo vital. En consecuencia, considera esta Sala que la tutela en el presente caso es procedente por el aspecto mencionado y por las razones que a continuación se expondrán.

El señor Combariza optó por trasladarse el 28 de diciembre de 1995 del ISS a la AFP COLFONDOS.¹⁹ Las autoridades administrativas pueden corroborar si a la fecha del traslado, el señor Combariza reunía los requisitos para la emisión de los bonos pensionales conforme a las normas vigentes en el momento en que adquirió dicho derecho por mandato de la ley.²⁰

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

En el caso que nos ocupa está probado, que el señor Combariza cotizó en el régimen de prima media hasta diciembre de 1995, fecha en la cual se trasladó al régimen de ahorro individual, en consecuencia, es evidente que los efectos de la declaratoria de inexequibilidad del literal a) del artículo 5º. del Decreto 1229 de 1994 no le son aplicables, y por lo tanto la liquidación de su bono pensional debe hacerse con base en lo dispuesto en dicha normatividad.

Así entonces, al margen de la declaratoria de inconstitucionalidad que se produjo en el año 2005, sobre el literal a) del artículo 5º. del Decreto 1299 de 1994, lo cierto es que al momento del traslado del accionante (año 1995) 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.

Con todo, la OBP insiste en que la declaratoria de inexecutable del literal a) del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994 mediante 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 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.

La situación anterior a la sentencia C-734 de 2005 era la siguiente: 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. Como lo sostuvo la sentencia T-147 de 2006, no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y por ende 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. Quiere decir que para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 y el momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de 2005) el literal a) del artículo 5º es plenamente aplicable.

La sentencia T- 910 de 2006²², lo explicó así:

“De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 hasta el 14 de julio de 2005 tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como 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 el literal a) establece que el 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”

Al igual que lo resuelto en el caso de la sentencia T-910 de 2006,²³ en donde la OBP aplicando su misma tesis llegó a expedir en ese caso un segundo bono pensional sobre la base de cotización, la Sala se aparta de los argumentos expuestos por la OBP del Ministerio de Hacienda según la cual la declaratoria de inexecutable del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 implicó que cambiara la base de liquidación de los bonos de

quienes se trasladaron durante su vigencia. Se resume: 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. Darle un efecto retroactivo a una sentencia de la Corte que nunca lo consideró así, es violar el debido proceso del accionante y generarle graves consecuencias en el monto de la futura pensión de vejez.

En el caso que se estudia, esta Sala subraya 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 Combariza (año 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.

Por lo tanto, argüir como lo hace la entidad accionada, que el problema del accionante se soluciona reliquidando el bono pensional que ya había sido emitido con el salario devengado, es cambiar las reglas de juego vigentes al momento del traslado del afiliado, que como se dijo, es la ocasión que define la normativa aplicable al momento de liquidar el bono pensional.

Finalmente, en punto a la petición de la entidad accionada de que se integre el contradictorio con la empresa Colfondos, la Sala considera que en el presente caso la conformación del litis consorcio no es necesaria en tanto el problema fundamental que suscita la demanda apunta a la violación del debido proceso en cabeza de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda. Ello, porque lo que realmente se cuestiona, como se explicitó, es si el procedimiento adoptado por la OBP era el que correspondía de conformidad con las normas vigentes sobre la materia.²⁴

Con base en las circunstancias analizadas, propias de este caso concreto, considera la Sala que la tutela debe prosperar por las siguientes razones: (i) se ha presentado una demora significativa, en la tramitación del bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda, lo cual ha impedido continuar con el procedimiento de reconocimiento de la pensión de vejez del señor Combariza, que por lo tanto se configura en una amenaza al derecho a la seguridad social del accionante en conexidad con el derecho al mínimo vital y (ii) se ha violado el debido proceso del actor al verse sometido a una interpretación errada de una sentencia de la Corte Constitucional que cambia e ignora las normas aplicables a su caso.

Por todo lo anterior, y teniendo en cuenta el salario base devengado por el accionante certificado por el CITYBANK,²⁵ la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá emitir y pagar el Bono Tipo A Modalidad 2, aplicando para ello la legislación vigente para el momento en el que el beneficiario se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. REVOCAR por las razones expuestas en esta decisión, la sentencia proferida por la Corte suprema de Justicia.

Segundo. ORDENAR, a la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que, con base en la certificación enviada por el Citibank proceda a liquidar, emitir y pagar el bono pensional del señor JORGE ENRIQUE COMBARIZA, con sujeción a los procedimientos legales establecidos para tal fin, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la presente providencia.

Tercero. ORDENAR, que tanto el ISS para efectos de lo anteriormente dispuesto, como la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para la emisión del bono pensional, tengan en cuenta las consideraciones de la parte motiva de esta providencia en cuanto a la normatividad aplicable en el caso del accionante, de tal modo que el bono se liquide con base en el salario devengado al 30 de junio de 1992.

Cuarto. Líbrense por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado Ponente

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

2 En relación con la clasificación de los bonos pensionales, en la sentencia T-1035 de 2001 se afirmó: “(...) en materia de bonos pensionales establece el artículo 118 de la Ley 100 de 1993 que existen tres tipos a saber: i) Bonos pensionales expedidos por la Nación, ii) Bonos pensionales expedidos por las Cajas, Fondos o entidades del sector público que no sean

sustituidas por el Fondo de Pensiones Públicas del nivel Nacional; y los iii) Bonos pensionales expedidos por empresas privadas o públicas, o por cajas pensionales del sector privado que hayan asumido exclusivamente a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones y cuya denominación genérica de bono pensional se complementará con el nombre de la entidad emisora”. (M.P.: Jaime Córdoba Triviño).

3 El Artículo 46 de la Decreto 1748 de 1995 establece: “La oficina de bonos pensionales, OBP. La oficina de obligaciones pensionales u oficina de bonos pensionales, que para efectos de este decreto se abreviará como OBP, es la responsable de liquidar, expedir y administrar todos los bonos pensionales cuya emisión corresponda a la Nación.

Adicionalmente, el cálculo de cualquier bono pensional que contenga cuotas (...).”.

4 Sentencias T-147 de 2006 y T-910 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

5 Sentencias T-671, T-773, T-775, T-887, y T-1565 de 2000; T-136 de 2001 entre otras.

6 Sentencia T-050 de 2004. M.P.: Dr. Jaime Córdoba Triviño. En esta tutela el accionante elevó derecho de petición ante la entidad demandada con el fin de solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por haber cumplido los requisitos de ley, solicitud que fue negada por estar pendiente la liquidación del bono pensional por parte del Municipio de San Vicente entidad territorial en la que el accionante prestó sus servicios.

7 En la Sentencia T-1130 de 2004, la Corte analizó el caso de una accionante que había solicitado su pensión de vejez desde 1998 y que a la fecha de presentación de la acción de tutela (julio 7 de 2004) no había sido reconocida por no haber sido emitido el bono pensional correspondiente estando vencidos los términos para el reconocimiento de la pensión, habiendo sido dilatado el mismo por 4 años. En éste caso la Corte ordenó expedir el bono y proceder al reconocimiento de la pensión de vejez solicitada por la accionante. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

8 Sentencia T-1130 de 2004. M.P.: Humberto Antonio Sierra Porto.

9 Sentencias T-671 de 2000 M.P. Alejandro Martínez; T-1103 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-1119 de 2001 M.P. Jaime Córdoba Triviño y, T-1124 de 2001 M.P. Alfredo Beltrán Sierra). Citas del fallo T-589 de 2004; y Sentencia T-596 de 2005. M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

10 Ver decretos 1748 de 1995, 1474 de 1997, 1513 de 1998.

11 El Artículo 1 del Decreto 1299 de 1994 establece el campo de aplicación del mismo de la siguiente manera: “Artículo 1. Definición y campo de aplicación. Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones.

“El presente Decreto establece las normas necesarias para la emisión de los bonos pensionales, su redención, la posibilidad de negociarlos y las condiciones de los bonos pensionales, cuando éstos deban expedirse a los afiliados del Sistema General de Pensiones que se trasladen del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad”.

12 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 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 Lynett).

14 En efecto en la parte resolutive de la sentencia C-735 de 2005 se dispuso: “Declarar INEXEQUIBLE el literal a) de artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994.”

15 De acuerdo con el Artículo 115 de la Ley 100 de 1993, en la parte pertinente, “Los bonos pensionales constituyen aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones”.

16 En el Artículo 13 del Decreto Ley 1299 de 1994 se fijaron características adicionales de los bonos pensionales.

17 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.

18 Esto sin perjuicio de los requisitos que se deben acreditar a fin de que se reconozca el bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual, que actualmente se encuentran previstas en el Artículo 2 del Decreto 1299 de 1994, que establece:

“Artículo 2o. Requisitos para el reconocimiento del bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual.

“Los afiliados al Sistema General de Pensiones, que seleccionen el régimen de ahorro individual con solidaridad para efectos del reconocimiento del bono pensional, deberán acreditar alguno de los siguientes requisitos:

“a). Que estén cotizando o hubieren efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las Cajas o Fondos del sector público;

“b). Que estén prestando servicios o hubieren prestado servicios al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos del orden nacional, departamental, municipal o distrital, con vinculación contractual o legal y reglamentaria;

“c). Que estén prestando servicios mediante contrato de trabajo con empleadores del sector privado que tenían a su cargo el reconocimiento y pago de las pensiones, siempre que la vinculación laboral se encontrare vigente a la fecha de expedición de la Ley 100 de 1993 se hubiere iniciado con posterioridad a la misma fecha;

“d). Que estén afiliados o hubieren estado afiliados a cajas de previsión del sector privado que tuvieron a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones legales.

“PARAGRAFO 1o. Los afiliados de que trata el literal a del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas continuas o discontinuas, no tendrán derecho a bono.

“Para efecto de contabilizar las semanas previstas en el presente párrafo se tendrá en cuenta, la suma del tiempo durante el cual el trabajador estuvo cotizando al ISS, a alguna caja o fondo de previsión del sector público, prestando servicios como servidor público, vinculado mediante contrato de trabajo a una empresa o empleador del sector privado que

tenía a su cargo el reconocimiento y pago de pensiones, o afiliado a una caja o fondo de previsión del sector privado.

Produced by the free evaluation copy of TotalHTMLConverter

19 Folio 1 de la demanda.

20 En lo pertinente, el Artículo 115 de la Ley 100 de 1993, declarado exequible por la Corte mediante sentencia C-506 de 2001 (M.P.: Álvaro Tafur Galvis), establece:

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

“a) Que hubiesen efectuado cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales o las cajas o fondos de previsión del sector público;

“b) Que hubiesen estado vinculados al Estado o a sus entidades descentralizadas como servidores públicos;

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

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

“PARÁGRAFO. Los afiliados de que trata el literal a) del presente artículo que al momento del traslado hubiesen cotizado menos de ciento cincuenta (150) semanas no tendrán derecho a bono”.

21 Ver Sentencia T-147 de 2006, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

23 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

24 En el mismo sentido, la sentencia T- 910 de 2006 M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

25 El Decreto 1748 de 1995, en su artículo 28 autoriza a tener en cuenta el salario reportado

por el empleador en caso de que el ISS señale no tener información al respecto. Es lo que procede aplicar en este caso.