



Sentencia 00290 de 2018 Consejo de Estado

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

CIRCULARES ADMINISTRATIVAS - Naturaleza jurídica / CONTROL JURISDICCIONAL DE CIRCULARES- Desarrollo jurisprudencial / CONTROL JURISDICCIONAL DE CIRCULARES- Procedencia / CONTROL JURISDICCIONAL DE ACTOS DEL SERVICIO - Improcedencia

Esta Sala considera que debe prevalecer la tesis restrictiva frente al criterio ilimitado o al «[...] ensanchamiento del ámbito del control judicial» de las actuaciones de la administración que plantea la sección primera, porque el inciso 3º del artículo 84 del CCA prevé que toda persona puede solicitar la nulidad de actos administrativos (no de actos de la administración), entre los cuales «[...] También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro», disposición que fue recogida textualmente por el artículo 137 del CPACA, que establece la nulidad como medio de control de los actos administrativos (no de actos de la administración) de carácter general, cuando dispone que «[...] también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación de registro». (...) No se trata simplemente de conocer sobre la legalidad de toda clase de actos o manifestaciones de la administración con independencia de su objeto, pues corresponde a cada juez examinar el verdadero alcance del acto de la administración censurado, para establecer su efecto útil y verificar si su contenido produce efectos jurídicos y vinculantes frente a los ciudadanos, de tal manera que sean verdaderos actos administrativos que crean situaciones jurídicas susceptibles de invalidarse por las causas generales (expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió), que están expresamente contenidas tanto en el artículo 84 del CCA, como en el artículo 137 del CPACA.

NOTA DE RELATORÍA. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014, expediente: 05001 23 33 00 2012 00533

01

EXPEDICIÓN DE BONOS PENSIONALES / BONOS PENSIONALES TIPO A -

Definición / BONOS PENSIONALES TIPO A - Modalidades /

Los bonos tipo A son aquellos que se causan cuando el afiliado se traslada del régimen de prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, se expedirán a favor de este y están destinados exclusivamente a financiar las prestaciones económicas del sistema de seguridad social en pensiones. son sumas de dinero que representan tiempos de servicio que se llevan a su cuenta de ahorro individual, para la conformación del capital necesario para financiar su correspondiente pensión. Estos bonos tipo A se dividen en tres modalidades, según lo dispuso el Decreto ley 1299 de 1994:
i) Bonos A de modalidad 1: a favor de quienes ingresaron por primera vez a la fuerza laboral después de 30 de junio de 1992.
ii) Bonos A de modalidad 2: a favor de quienes ingresaron por primera vez a la fuerza laboral antes de 1 de julio de 1992.
iii) Bonos A pseudo modalidad 1: a favor de quienes presentan más de un traslado al régimen de ahorro individual durante su vida laboral (múltiples trasladados entre regímenes)

BONOS PENSIONALES- Liquidación

El valor de los bonos pensionales representa los aportes (privados o públicos) que los empleadores debieron realizar desde la fecha en que el trabajador inició su primera vinculación laboral válida hasta la fecha en que se trasladó al régimen de ahorro (fecha de corte).(...) frente al salario base a tener en cuenta para liquidar los bonos pensionales tipo A modalidad 2 existen tres formas que dependen de la norma vigente a la fecha que se produce el traslado al régimen de ahorro individual, así:i) Quienes se trasladaron entre el 1º de abril de 1994 (entrada en vigor de la Ley 100 de 1993) y el 21 de junio de 1994 (un día antes de la fecha de expedición del Decreto ley 1299 de 1994), se liquida para la categoría 51 sobre la suma de \$665.070, que era el salario máximo asegurable vigente para la fecha base (30 de junio de 1992). ii) Quienes se trasladaron entre el 22 de junio de 1994 (fecha de expedición del Decreto ley 1299 de 1994) y el 13 de julio de 2005 (un día antes de ser dictada la sentencia C-734 de 2005 que declaró inexequible la letra a del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994), se liquida con el salario devengado y reportado para la fecha base (30 de junio de 1992). ii) Quienes se trasladaron a partir del 14 de julio de 2005 (fecha de la sentencia C-734 de 2005 que declaró inexequible la letra a del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994), se liquida para la categoría 51 sobre la suma de \$665.070, que era el salario máximo asegurable vigente para la fecha base (30 de junio de 1992). NOTA DE RELATORÍA: Sobre la inexequibilidad del literal a) del artículo 5 del Decreto ley 1299 de 1994 , Constitucional ,sentencia C-734 de 2005

SOPORTE DE LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES DEL SALARIO BASE PARA SOLICITAR LA LIQUIDACIÓN DE LOS BONOS PENSIONALES DE CATEGORÍA 51 DEL ISS / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA / SENTENCIA DE INEXEQUIBILIDAD- Efecto / SENTENCIA DE NULIDAD - Efecto

La Sala concluye que en aplicación del artículo 66 del Código Contencioso Administrativo, el instructivo 4 del 2002 expedido por la OBP ha perdido su fuerza ejecutoria, porque mediante sentencia C-734 de 2005 se declaró la inexequibilidad de la letra a del artículo 5 del Decreto ley 1299 de 22 de junio de 1994, por violación de los artículos 113, 121 y 150 (numeral 10) de la Constitución Política, no solo por haber regulado una materia para la cual no le fueron concedidas las facultades extraordinarias, sino además por haber modificado las reglas que definieron el ingreso base de cotización de la pensión que fueron establecidas en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, razón suficiente para aplicar el principio general de derecho «*accesorium non dicit, sed sequitur suum principalei*», porque el mismo vicio de inexequibilidad afecta el instructivo demandado, en cuanto al contenido relacionado con el decreto que le sirvió de fundamento. Igual suerte corre la temática relacionada con lo dispuesto en el Decreto 1474 de 30 de mayo de 1997, que modificó el numeral 1 del artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, por haber sido declarado nulo a través de sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por esta misma sección. NOTA DE RELATORÍA: Sobre la nulidad del artículo 8 del Decreto 1474 de 1997,Consejo de Estado ,sentencia de 4 de agosto de 2010, C.P Bertha Lucía Ramírez de Páez, rad: 11001-03-25-000-2003-00268-01(2523-03

CONTROL DE LEGALIDAD DE ACTO ADMINISTRATIVO CON PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA – Procedencia

La Sala precisa que resulta viable el estudio de legalidad del instructivo demandado, en tanto con la declaratoria de inexequibilidad y nulidad de las normas que le sirvieron de fundamento, no se compromete la validez de los efectos surtidos en el tiempo en que estuvo vigente, durante el cual se pudieron consolidar situaciones jurídicas particulares que pueden verse afectadas si la disposición está viciada de nulidad

SALARIO BASE PARA LA EMISIÓN, NEGOCIACIÓN Y/O PAGOS DEL BONO PENSIONAL / SALARIO DE COTIZACIÓN / SALARIO DEVENGADO / DOCUMENTACIÓN ADICIONAL / PÉRDIDA DE FUERZA EJECUTORIA DEL ACTO ADMINISTRATIVO / SANCIÓN POR NO REPORTE DEL SALARIO DE LOS TRABAJADORES POR LOS EMPLEADORES – Consagración legal / FACULTAD DE CONTROL DE LEGALIDAD OFICIOSA POR EL JUEZ - Aplicación / NO EMISIÓN DEL BONO PENSIONAL POR FALTA DE TRÁMITES - Improcedencia / EMISIÓN DE BONO PROVISIONAL- Procedencia

Durante la fecha en que el instructivo aquí demandado se expidió (30 de diciembre de 2002) y la declaratoria de inexequibilidad (14 de julio de 2005) la OBP desbordó sus competencias, porque mientras 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, que en armonía con el artículo 20 de la Ley 90 de 1946, correspondía a las categorías fijadas para esa época, en el acto demandado se extiende al salario devengado, por ello, en consideración a que la base de liquidación ya había sido definida por el legislador, resulta contrario y por fuera de las facultades de la OBP, imponer requisitos adicionales a los establecidos en la ley, por lo que se extralimitó en sus competencias, tal como lo afirma el accionante, (...) el instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, expedido por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es nulo, no solo en los apartes indicados por el demandante, sino en su integridad, en uso de su facultad oficiosa del juez respecto del control de legalidad del acto administrativo objeto de censura, porque: (i) las normas con base en las cuales se expidió se declararon inconstitucionales o fueron objeto de anulación, modificadas o derogadas, razón por la que ha perdido su fuerza ejecutoria frente a los asuntos que aquellas normas regulaban; (ii) la OBP excedió sus facultades al imponer requisitos adicionales, que no estaban contemplados en el artículo 117 de la ley 100 de 1993 ni eran indispensables, al

exigir soportes y documentos que no eran requeridos, comoquiera que reguló asuntos por fuera de los parámetros establecidos en la ley; (iii) las sanciones a que se hace referencia en el instructivo censurado no tienen fundamento legal, por cuanto las únicas vigentes al momento de la expedición del acto demandado, son las contenidas en el reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales; y (iv) tampoco tiene justificación legal, la no emisión del bono pensional, como lo indica el instructivo censurado, por cuanto según el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 se puede expedir de manera provisional y hay un término adicional de un mes para su emisión definitiva, cuando se necesiten adelantar trámites adicionales, el cual inclusive se puede reajustada en cualquier momento.

NORMA DEMANDADA.: INSTRUCTIVO 4 DE 2002.MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Nulo)

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011- ARTÍCULO 137 / DECRETO LEY 1299 DE 1994 / LEY 100 DE 1993- ARTÍCULO117 / DECRETO 3366 DE 1997-ARTÍCULO 1 / DECRETO 1748 DE 1995 - ARTÍCULO 28 / Decreto 1474 de 1997 / Decreto 113 de 1998 / DECRETO 1513 DE 1998/ Decreto 1748 de 1995 / Decreto 246 de 2004

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN B

Consejero ponente: CARMELO PERDOMO CUETER

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018)

Radicación número: 11001-3-25-000-2011-00290-00(1087-11)

Actor: HUMBERTO JAIRO JARAMILLO VALLEJO

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFCINA DE BONOS PENSIONALES (OBP)

Acción: Nulidad

Tema: Nulidad instructivo 4 de 2002 de la oficina de bonos pensionales, sobre soportes, negociación, emisión y pago máxima categoría del Instituto de Seguros Sociales (51)

Agotado el trámite procesal de instancia y como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, la Sala se ocupa de dictar sentencia de mérito dentro del proceso del epígrafe.

I. ANTECEDENTES

1.1 La acción (ff. 82 a 108). El señor Humberto Jairo Jaramillo Vallejo, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código **Sentencia 00290 de 2018 Consejo de Estado** **3** **EVA - Gestor Normativo**

Contencioso Administrativo (CCA), demanda a la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público - oficina de bonos pensionales (OBP), en la que pide la anulación del instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, relacionado con «[...] los soportes que deben mantener las Administradoras de Fondos Pensionales y enviar copia para la emisión, negociación y/o pago de bonos pensionales liquidados con un salario base que supera la máxima categoría del ISS (51)».

Relata el demandante que el director de la OBP de la entidad accionada, en uso de las funciones conferidas por el artículo 5 del Decreto reglamentario 1689 de 2002, expidió el instructivo objeto de control de legalidad.

Cita como vulnerados los artículos 76 de la Ley 90 de 1946; 16 y 259 del Código Sustantivo del Trabajo (CST); 37, 60, 61 y 62 del Acuerdo 224 de 1966 del consejo directivo del Instituto de Seguros Sociales (ISS), aprobado por el Decreto 3041 de la misma anualidad; 32 del Decreto 433 de 1971; 24 del Decreto legislativo 1650 de 1977; 2º, 26 y 29 del Decreto reglamentario 2665 de 1988; 64, 65, 72 y 78 del Acuerdo 44 de 1989 emanado del consejo nacional de seguros obligatorios, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año; y 52 del Código de Régimen Político y Municipal; y el Decreto 2610 de 1989, que aprobó el Acuerdo 48 del consejo nacional de seguros sociales obligatorios, por el cual se estableció la tabla de categorías vigentes para el 30 de junio de 1992.

Arguye que el jefe de la OBP al expedir el instructivo demandado se extralimitó en su facultad reglamentaria, porque impuso requisitos adicionales para efectos de redimir el bono pensional, obligaciones no contenidas en la norma sustantiva que dijo reglamentar, es decir, que no le compete a los entes administrativos cambiar, interpretar, adicionar requisitos o imponer sanciones que la norma original no contempla.

Planteó en su concepto de violación, lo siguiente:

Que la Ley 90 de 1946¹, en su artículo 20, dispuso que los asegurados serían agrupados por categorías de salarios y si la remuneración supera la cuantía límite de base más alta, este no se considera como excedente para efecto de las contribuciones, ni los beneficios del seguro social obligatorio.

Que el Acuerdo 224 de 1996 del consejo directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, en relación con los riesgos de invalidez, vejez y muerte, reiteró en su artículo 37, la forma como se establece el límite máximo del salario asegurable, y mantuvo la agrupación de los asegurados por categorías; le asignó al ISS la función de que al comprobar que el número de asegurados de la categoría superior fuere igual o mayor del quince por ciento (15%) de la población asegurada cotizante, elevaría el límite máximo, de modo que dicha proporción no excediera de un diez por ciento (10%).

Que el Decreto legislativo 433 de 1971 derogó el artículo 20 de la Ley 90 de 1946, pero en su artículo 32 reafirmó la división de los cotizantes en categorías de acuerdo con sus ingresos y fijó para cada categoría un ingreso o salario de base. Además, en su artículo 60, dejó sin efecto la función de elevar el límite máximo citado en el anterior párrafo, cuando dispuso «[...] El salario máximo asegurable no podrá ser inferior a veintidós (22) veces el salario mínimo legal», lo que a su vez fue eliminado por el artículo 24 del Decreto legislativo 1650 de 1977, que facultó al Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios para que determinara en sus reglamentos el salario máximo asegurable, que en el artículo 2 del Decreto 2665 de 1998 definió, en su letra g), el salario mensual de base, como «[...]el que corresponde a la tabla de categorías, según el salario mensual reportado por el patrono, para efectos de los aportes y liquidación de prestaciones económicas».

Advirtió que el artículo 64 el Acuerdo 44 de 1989, aprobado por el Decreto 3063 del mismo año, determinó que no toda novedad que el patrono reportaba al ISS afectaba el monto de los aportes, ni incidía en los derechos y obligaciones derivados de la afiliación, en armonía con lo dispuesto en el artículo 77 eiusdem, que prevé que las sanciones en que incurren los «patronos» por las omisiones en el suministro de la información, surgen a la vida jurídica, cuando conllevan la disminución en las prestaciones que le hubieren correspondido al trabajador o a sus derechohabientes.

Concluye el demandante que la única sanción² que se puede aplicar a aquellas empresas que incumplen con los reportes del salario real de sus empleados, es la de carácter económico a favor del ISS previsto en el reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos³, luego excede su potestad el ente demandado cuando en el instructivo impone sanciones tales como: «[...] Sin dichos soportes la OBP no puede emitir el bono pensional» o «Si el bono fue negociado, el Ministerio de Hacienda adelantará las acciones pertinentes contra los actores que incidieron en el error» respecto del empleador que no demuestra los soportes de salario por encima de la categoría 51.

Asimismo, que no es válido dar una instrucción que desconoce las normas aplicables a 30 de junio de 1992, por cuanto el ISS al cumplir lo dispuesto en el Decreto 2610 de 1989, solamente aceptaba que se realizaran aportes por el valor máximo que para ese entonces era la categoría 51, equivalente a \$665.070.

Por último, cita el actor apartes de la sentencia de 31 de marzo de 2009, proferida por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor Gustavo José Gnecco Mendoza, radicado 32349, que reiteró la jurisprudencia de esa Corporación respecto del salario base de liquidación del bono pensional al 30 de junio de 1992, en relación con «[...] aquél que se tomó de referencia para efectuar los aportes, por ser el máximo asegurable bajo el sistema existente a la fecha mencionada, de acuerdo con las tablas de categorías y aportes contemplados en el decreto 2610 de 1989, esto es, la categoría 51, equivalente a la suma de \$665.070», que se reitera en el fallo de 18 de octubre de 2005 (expediente 1036) de la Corte Constitucional.

1.2 Actuación procesal. Mediante auto de 29 de septiembre de 2011, se admitió la demanda y negó la suspensión provisional del acto demandado, al considerar que de su simple lectura, frente a las normas citadas como vulneradas, no se observó flagrante violación de preceptos superiores⁴.

1.3 Contestación de la demanda (ff. 136 a 155). La apoderada de la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público⁵ contestó oportunamente y alegó la improcedencia del cargo por no ajustarse a las normas que lo fundamentan.

Adujo que las tablas de categorías y aportes del ISS sobre las que los empleados cotizaban, quedaron eliminadas⁶ a partir de 1º de abril de 1994, con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, las cotizaciones se liquidan con base en el salario devengado por el afiliado.

Sobre los bonos pensionales, manifestó que el artículo 117 de la misma Ley 100 de 1993, en sus incisos 5º y 6º de la letra b), dispuso que el gobierno establecería la metodología, procedimiento y plazos para su expedición. En concordancia con ello, se expidió el Decreto 1748 de 1995, en cuyo artículo 27⁷ fijó como fecha base (FB) el 30 de junio de 1992, o la fecha en que finalizó su última vinculación válida anterior a esa data y para su cálculo, según el artículo 28 *eiusdem*, los trabajadores que cotizaban al ISS en la FB, se toma el último salario mensual devengado y reportado a dicha entidad, con anterioridad a esa fecha, salvo prueba en contrario.

Sobre las pruebas para determinar el salario base (SB), el ministerio demandado afirmó que se presumen auténticas, mientras no se tachen de falsas⁸ y son de dos clases:

LA PRINCIPAL: constituida por la información que reporta el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL en el archivo laboral masivo debidamente certificado por el Presidente de ese Instituto, información que se encuentra acreditada con las copias de las planillas ALAS que presentaron los empleadores al ISS a junio 30 de 1992, documental que reposa en sus archivos físicos.

LA SUBSIDIARIA: Constituida por otros documentos:

- Oficio expedido por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL en donde informa que en sus archivos físicos no reposa documental alguna que permita acreditar la información de SALARIO DEVENGADO reportado por el empleador a nombre del trabajador a junio 30 de 1992

- Certificación del empleador en donde conste el SALARIO DEVENGADO Y REPORTADO por el INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL a junio 30 de 1992.

Dijo que el tema de bonos pensionales fue reglamentado por los Decretos 1299 de 1994, 1748,1474 y 1513 de 1997 y 3798 de 2003, y que mediante el artículo 46 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 19 del Decreto 1513 de 1998, se dispuso que la oficina de bonos pensionales (OBP) es la responsable de liquidar, expedir y administrar todos aquellos cuya emisión corresponda a la Nación, y de revisar y aprobar los que contengan cuotas partes a cargo de esta, para lo que establecería el procedimiento y condiciones respectivas.

Afirmó que la OBP expidió el 30 de diciembre de 2002 el instructivo 4 dirigido a las administradoras de fondos de pensiones, en el que «[...] recopila las normas vigentes sobre salario base para el cálculo de los bonos pensionales de aquellos afiliados que a junio 30 de 1992 devengaban un salario superior a la máxima categoría de cotización al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, \$665.070, equivalentes a 10 salarios mínimos legales mensuales a esa fecha, y sus empleadores cumplían con las obligaciones derivadas de la seguridad social al ISS mediante el sistema ALA (Planilla de Autoliquidación de Aportes)» y acopia «[...] las normas vigentes a junio 30 de 1992 que reglamentaban el tema de las cotizaciones y reporte de salarios al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, que los empleadores estaban obligados a cumplir para la fecha en mención y que el Sistema General de Pensiones creado por la Ley 100 de 1993 convalida a través de lo reglamentado por el artículo 1748 de 1995», en relación con la responsabilidad del emisor y de terceros.

Por otro lado, arguyó que de conformidad con los Decretos 2610 y 3063 de 1989, los empleadores que cotizaban al ISS estaban obligados a:

- Efectuar el pago de las cotizaciones al ISS a nombre de sus trabajadores conforme a la tabla de categorías salariales, en donde la máxima categoría correspondía a la categoría 51 limitada a 10 salarios mínimos (\$665.070).
- Reportar al ISS el salario que realmente devengaban sus empleados así éste superara la máxima categoría de la tabla de cotizaciones (categoría 51), como se lo ordenaban los artículos 19 y 76 del Decreto 3063 de 1989.

Explicó que según en la planilla de autoliquidación de aportes (ALA)⁹, todos los patronos estaban obligados a reportar el salario realmente devengado por sus trabajadores, así superara el de la máxima categoría, conforme al artículo 76 del Decreto 3063 de 1989¹⁰, y la consecuencia por incumplir esta obligación, se consagra en el artículo 72¹¹ *eiusdem*, luego, no son de recibo los argumentos de la demanda, por cuanto se desconoce la responsabilidad pecuniaria a cargo del empleador, que se mantiene en el artículo 50 del Decreto 1748 de 1995¹².

Que la OBP, con la recopilación de normas sobre el salario base a 30 de junio de 1992, no creó requisitos para la emisión de los bonos pensionales, dado que las citadas constancias o soportes ya estaban contemplados por la normativa vigente ni estableció nuevas sanciones.

Sostuvo que se debe contextualizar todo el contenido del instructivo 4 porque cuando afirma: «[...] sin dichos soportes la OBP no pueden emitir el bono pensional», hace referencia a la imposibilidad de liquidación y emisión del bono pensional al usar un salario base superior a la máxima categoría del ISS en la fecha base, y al decir «[...] si el bono fue negociado, el Ministerio de Hacienda adelantará las acciones pertinentes contra los actores que incidieron en el error», alude al artículo 56 del Decreto 1748 de 1995¹³.

Alegó que antes de la creación de los bonos pensionales ya se tenían contempladas las sanciones para los empleadores que no cumplieran con su responsabilidad, en los artículos 72 del Decreto 3063 de 1989 y 26 del Decreto 2665 de 1988 y que el salario base para calcular los bonos de sus afiliados sería el devengado y reportado al ISS a 30 de junio de 1992, conforme a lo reglamentado en los Decretos 2610 y 3063 de 1989, lo que consecuentemente «[...] invalida la certificación que para el efecto expida el empleador sobre [el] salario devengado por el trabajador a junio 30 de 1992 que no se ajuste a lo informado al ISS porque viola flagrantemente el artículo 28 del decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 8 del decreto 1474 de 1997, norma que consagra el salario base para el cálculo del bono».

Relacionó una serie de oficios al interior de esa cartera que refiere al tema de bonos pensionales y cita apartes de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 15 de mayo de 2006, expediente 27291, donde se precisa que el bono pensional de los afiliados al sistema general de pensiones creado por la Ley 100 de 1993 será fiel reflejo de la forma como el empleador del beneficiario del bono haya cumplido con las obligaciones a su cargo consagradas en la normativa vigente a 30 de junio de 1992 (Decretos 2610 y 3063 de 1989), y en consecuencia la disminución en el valor del bono pensional por causa del incumplimiento de cualquiera de las normas vigentes a esa fecha será responsabilidad exclusiva de quien la causó, es decir, el empleador (ff.136 a 155).

1.4 Auto de pruebas. Mediante providencia de 16 de septiembre de 2012 (ff. 157 y 158), se tuvieron como pruebas los documentos allegados con la demanda y su contestación. No se decretaron otras por tratarse de una controversia en derecho.

1.5 Alegatos de conclusión. Con auto de 10 de mayo de 2012 (f. 160), se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y recibir concepto del Ministerio Público, oportunidad en el que el demandante guardó silencio.

1.5.1 La apoderada de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público solicitó desestimar la presente acción de nulidad y reiteró que el instructivo demandado recopila las normas que consagran el salario base para liquidar los bonos pensionales de aquellas personas que a 30 de junio de 1992, devengaban un salario superior a la máxima categoría de cotización del ISS, que no es otro que el «*reportado*» por el empleador en la planilla de autoliquidación de aportes (ALA) o la planilla de reporte de novedades, las que reposan en los archivos físicos del ISS y que conforme al principio de la buena fe, se presumen ajustadas a los artículos 19 y 76 del Decreto 3063 de 1989, en armonía con las normas del actual sistema general de pensiones, artículo 117 de la Ley 100 de 1993, reglamentado por el numeral 1 del artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 8 del Decreto 1474 de 1997.

Agregó que la obligación del empleador de reportar al ISS el salario realmente devengado, cuando este fuera superior a la máxima categoría de cotización se encuentra en el artículo 72 del Decreto 3063 de 1989, ratificada por el artículo 50 del Decreto 1748 de 1995, luego «*nemo auditur propiam turpitudinem allegans*», nadie puede alegar en su favor su propia torpeza o culpa (ff. 161 a 171).

1.5.2 La procuradora tercera delegada ante el Consejo de Estado pidió que la Sala se declare inhibida porque el instructivo demandado no es un acto que modifique situaciones particulares, solo centra el procedimiento que se debe seguir para tener los respectivos soportes para la emisión de este tipo de bonos pensionales; no se trata de un acto administrativo capaz de producir efectos jurídicos y, por ende, tampoco tiene fuerza vinculante frente a los administrados.

Señaló que el instructivo demandado se refiere de manera específica a los soportes que deben mantener los fondos de pensiones para la emisión, negociación y/o pago de bonos pensionales liquidados con un salario base que supera la máxima categoría del ISS (51), obligaciones respecto de documentos y/o trámite que están plenamente establecidos en los artículos 19, 72 y 76 del Decreto 3063 de 1989, luego, el instructivo 4 de 2002 es tan solo una instrucción, razón por la cual, inclusive, sin su existencia, ya era obligación tener y/o acreditar dichos documentos para efectos del cálculo del bono pensional liquidados con un salario

que supera la máxima categoría del ISS, es decir, más de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes al 30 de junio de 1992, que en nada riñe con los derechos de los trabajadores y las obligaciones de los empleadores de reportar el salario real devengado por el empleado (ff. 173 a 187).

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1 Competencia. Conforme a la preceptiva del numeral 1 del artículo 128 del Código Contencioso Administrativo (CCA)¹⁴, en armonía con los artículos 13¹⁵ y 14 del Acuerdo 58 de 1999¹⁶, expedido por la sala plena de esta Corporación, la sección segunda del Consejo de Estado es competente para conocer del presente asunto, porque el acto censurado se expidió por una autoridad del orden nacional y es de naturaleza laboral, por cuanto lo que se discute corresponde a un tema relacionado con la expedición de los denominados bonos pensionales.

2.2 Problema jurídico. Corresponde a la Sala determinar si el instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, expedido por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, está incurso en causal de nulidad por falta de competencia, ya que el jefe de la oficina de bonos pensionales (OBP) de esa cartera se excedió en sus facultades al imponer a los empleadores y administradoras de fondos de pensiones obligaciones y sanciones no contenidas en la norma sustantiva.

Para resolver el problema jurídico se abordarán los siguientes temas:

- i) Contenido del instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002.

- ii) Naturaleza del acto demandado y su control jurisdiccional.
- iii) Marco normativo y jurisprudencial de los bonos pensionales tipo A-2.
- iv) La obligación de reportar el salario devengado por el empleado al ISS y las sanciones por no cumplirla.
- v) La competencia de la oficina de bonos pensionales (OBP) del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. v) Análisis del caso concreto.

2.3 Contenido del instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002. El demandante pide la anulación del instructivo 4 de 2002 de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y señala que los incisos que se resaltan son los apartes violatorios:

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO OFICINA DE BONOS PENSIONALES INSTRUCTIVO N° 4

Diciembre 30 de 2.002

El presente instructivo recuerda las normas vigentes sobre el tema y deja sin efecto en su totalidad el contenido de las disposiciones, circulares o comunicaciones anteriores de la OBP sobre el mismo particular.

DIRIGIDO A: LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES

ASUNTO: INSTRUCTIVO SOBRE LOS SOPORTES QUE DEBEN MANTENER LAS ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y ENVIAR COPIA A LA OBP, PARA LA EMISIÓN, NEGOCIACIÓN Y/O PAGO DE BONOS PENSIONALES, LIQUIDADOS CON UN SALARIO BASE QUE SUPEREA LA MÁXIMA CATEGORÍA DEL ISS (51).

La Oficina de Bonos Pensionales debe verificar la existencia de los soportes suficientes que respalden el salario base con el cual fueron liquidados los bonos pensionales de las personas que, a fecha base, cotizaban al ISS en la categoría 51. Estos soportes son los mismos que se deducen de las normas vigentes y de la reglamentación interna del ISS.

Por medio de este instructivo la OBP quiere regular el procedimiento que se está adelantando desde el mes de julio de 2.001 y el cual fue comunicado a las Administradoras en su momento.

En caso de que en el archivo laboral masivo certificado por el ISS aparezca un salario de cotización superior a la máxima categoría del ISS, la OBP lo dará por válido.

Con base en lo anterior, informamos el procedimiento que deben realizar las Administradoras para el envío a la OBP de los soportes (Reporte de novedades, microfichas de autoliquidación o relación mensual del sistema ALA) cuando efectúen una solicitud de emisión, negociación o redención de los bonos pensionales en mención.

NORMATIVIDAD VIGENTE

- ARTICULOS 19, 72 Y 76 DEL DECRETO 3063 DE 1989.

- LITERAL A DEL ARTICULO 5° DEL DECRETO 1299 DEL 22 DE JUNIO DE 1.994.
- NUMERAL 1° DEL ARTICULO 28 DEL DECRETO 1748 DEL 12 DE OCTUBRE DE 1.995 MODIFICADO POR EL ARTICULO 8° DEL DECRETO 1474 DEL 30 DE MAYO DE 1.997.
- ARTICULO 48 DEL DECRETO 1748 DEL 12 DE OCTUBRE DE 1.995 MODIFICADO POR EL ARTICULO 20 DEL DECRETO 1513 DEL 4 DE AGOSTO DE 1.998 Y ACLARADO POR EL ARTICULO 2° DEL DECRETO 13 DEL 9 DE ENERO DE 2.001.
- ARTICULOS 50, 56 Y 59 DEL DECRETO 1748 DEL 12 DE OCTUBRE DE 1.995
- INCISO 2° DEL ARTICULO 17 DE LA LEY 549 DEL 28 DE DICIEMBRE DE 1.999.

ANTECEDENTES

NORMATIVIDAD SOBRE SALARIO BASE

a 30 de junio de 1.992 existían disposiciones que obligaban a los patronos a reportar el salario real devengado por los trabajadores, aún cuando dicho salario superara la máxima categoría de cotización (artículos 19 y 76 del Decreto 3063 de 1.989).

El artículo 5º del Decreto 1299 de 1.994, en el literal a) establece que el salario base para liquidar bonos pensionales de personas que estaban cotizando al ISS al 30 de junio de 1.992, o a la fecha base que se tuvo en cuenta para liquidar el bono pensional, será el salario devengado con base en normas vigentes a dicha fecha y que haya sido reportado al ISS (Coherentemente el legislador generó un vínculo indisoluble entre "devengado" y "reportado").

El reporte de novedades del empleador constituye documento soporte contable de los patronos y, por tanto, éste debe conservarlo por el tiempo que exige la ley (artículo 60 del Código de Comercio). Si bien el certificado del empleador sobre salario devengado es válido de acuerdo con el Decreto 1474 de 1.997, éste debe estar fundamentado en las planillas de liquidación y reporte de novedades, los cuales reposan en los archivos del ISS, y en los archivos de la empresa.

El artículo 8 del Decreto 1474 de 1997 que modificó el artículo 28 del decreto 1748 de 1.995, dice: "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 2 y 3 siguientes de este artículo. Esto último siempre que el salario certificado por el empleador sea compatible con el salario reportado sobre la cual aportaba al ISS. Esto es, que corresponda al rango de salarios sobre el cual cotizaba. De lo contrario no se tomará en cuenta el certificado del empleador".

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

Para los bonos calculados con un salario base superior a la categoría máxima del ISS (categoría 51, con un salario de \$665.070,00 al 30 de junio de 1992), la OBP, en defensa de los dineros públicos, puede revisar en cualquier época que existan todos los soportes legales con los cuales se

constituyó por parte de la AFP el salario base. Tal revisión se puede efectuar incluso después de redimido el bono.

I - PROCEDIMIENTO PARA BONOS QUE NO SE HAN EMITIDO

De acuerdo con las normas vigentes, las Administradoras de Fondos de Pensiones deben enviar copia a la OBP y además conservar en sus archivos los documentos que le sirvieron de soporte para determinar el salario base de las personas que, cotizaban al ISS en la categoría 51, a junio 30 de 1.992 o antes si para esa fecha se encontraban vacantes.

Sin dichos soportes la OBP no puede emitir el bono pensional.

A junio 30 de 1.992 las empresas reportaban al ISS por el sistema tradicional o por el sistema ALA. En los dos casos el ISS debe tener los soportes correspondientes.

Si la empresa reportaba por el sistema tradicional, el ISS debe tener en sus archivos físicos las planillas de reporte de novedades. Inclusive, puede tener esas planillas microfilmadas o en medio magnético.

Para las empresas que reportaban por el sistema ALA el ISS debe tener el medio magnético con el cual hicieron el reporte, y además las microfichas de dichos reportes.

Veamos a continuación el procedimiento según la forma como reportaba la empresa al ISS:

1 - PARA EMPLEADORES QUE REPORTABAN AL ISS POR EL SISTEMA TRADICIONAL

En principio cada beneficiario, por intermedio de su Administradora, solicita al ISS la planilla de novedades de sus afiliados, sin embargo la OBP se reserva el derecho de solicitarle directamente al ISS la información que considere pertinente.

De común acuerdo con el ISS la certificación se solicita por intermedio de la Administradora a la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS (comunicación del ISS VP-GNHL N° 203770 del 24 de junio de 2.002 y circular interna 206166 del ISS del 10 de septiembre de 2.002).

a) Si el ISS encuentra en sus archivos en cualquier medio (original, fotocopia , microficha, scanner, digitado en medio magnético, etc) copia de la planilla de novedades, o copia de los datos de la planilla de novedades, inmediatamente anterior a junio 30 de 1.992, donde aparece el salario devengado y reportado, según el Decreto 3063 de 1.989, le enviará copia de dicha prueba a la AFP y esta la hará llegar a la OBP.

La AFP liquidará el bono pensional con el salario reportado en la planilla de novedades, y en este caso no procede la certificación del empleador.

b) Si el ISS manifiesta que no tiene o no encontró en ese momento o que no está disponible la información que fue reportada en su momento por el empleador en la planilla de novedades, el empleador “ expedirá una en tal sentido ”(ver circular interna del ISS N° 206166 del 10 de septiembre de 2.002)

Nótese que la certificación del empleador adquiere el carácter de “subsidiario” cuando el ISS hace llegar la constancia con el salario “devengado y reportado”.

En ese caso el empleador deberá hacerle llegar a la Administradora copia de la planilla de novedades que debe mantener en sus archivos por ser un soporte contable, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 60 del Código de Comercio. Si el empleador suministra copia de la planilla la AFP liquidará el bono tomando como salario base el que aparece reportado en la planilla.

Si eventualmente el empleador, por cualquier motivo, no posee en sus archivos dicho soporte contable, ni físicamente, ni microfilmado, ni en medio magnético, ni en scanner, así lo debe manifestar explícitamente y expedir una certificación de lo que a junio 30 de 1.992 (o antes si a esa fecha se encontraba vacante), ese beneficiario en particular devengaba y así se reportó al ISS en su momento. Además en dicha certificación el empleador debe manifestar explícitamente que la información es válida para calcular el bono pensional de un afiliado en particular.

La OBP se reserva el derecho de confrontar por todos los medios posibles, si la información suministrada por el empleador sobre el " salario devengado y reportado " es correcta y coherente.

Si eventualmente, e inclusive con posterioridad a la emisión del bono, el ISS encuentra en sus archivos, en cualquier medio, prueba del salario devengado y reportado, esa institución se la hará llegar a la OBP y a la Administradora. Si la prueba aportada no coincide con la suministrada por el empleador, la OBP previa verificación y previa solicitud por parte de la AFP, le informará a ésta última, procederá a anular el bono y a emitir uno nuevo, si dicho bono no se encuentra en firme.

Si el bono fue negociado, el Ministerio de Hacienda adelantará las acciones pertinentes contra los actores que incidieron en el error.

CONSTANCIA DEL EMPLEADOR:

Para darle validez a la constancia del empleador donde certifica el salario devengado y reportado, tiene que existir previamente la comunicación del ISS reglamentada en la circular N° 206166 del 10 de septiembre, de ese Instituto. Si el ISS no contesta por escrito no puede dársele validez a la certificación del empleador.

La certificación del empleador no es una constancia de todos los dineros que recibió de la empresa a junio 30 de 1.992. La norma dice que " el empleador expedirá una en tal sentido ". Se entiende que "en tal sentido" se refiere al "salario devengado y reportado al ISS con anterioridad a esa fecha".

En la página Web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (www.minhacienda.gov.co) se presentan dos modelos de certificación sugeridos por la OBP para que sean tenidos en cuenta por los empleadores en el momento de expedir la misma.

La fecha de la certificación expedida por el empleador debe ser posterior a la de la comunicación del ISS donde dice que para esa persona en particular no dispone en ese momento de la planilla de novedades.

Únicamente para empresas que hayan sido "liquidadas" y donde sea imposible ubicar la sede donde se encuentran los archivos, se aceptan certificaciones anteriores.

En caso de que el beneficiario solicite directamente la constancia al ISS debe presentar a la Administradora la constancia del ISS junto con la certificación del empleador sobre "salario mensual devengado y reportado al ISS", y es deber de la Administradora verificar dichas certificaciones de acuerdo con lo estipulado en el artículo 48 del Decreto 1748 /95 modificado por el artículo 20 del Decreto 1513/98 y aclarado por el artículo 2 del Decreto 13 de 2.001.

EXPEDIENTE DEL BENEFICIARIO:

Las Administradoras deben tener en el expediente del beneficiario de un bono liquidado con un salario base superior al de la máxima categoría del ISS a junio 30 de 1992, los siguientes antecedentes fijados implícitamente en el artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 8 del Decreto 1474 de 1997:

a) Copia de la comunicación de la AFP o del beneficiario dirigida al Instituto donde solicitan constancia sobre el "salario devengado y reportado", para este afiliado en particular a junio 30 de 1992. (O antes, si para esa fecha se encontraba vacante).

b) Comunicación del ISS donde certifica el salario devengado y reportado. O en su defecto, constancia del ISS donde diga que no posee tal planilla de novedades, en los términos de la circular N° 206166 del 10 de septiembre de 2.002.

c) Como para este caso la empresa reportaba al ISS por el sistema tradicional, si el ISS, expide la certificación anterior, se acepta acreditar fotocopia de la relación de novedades, presentada por el empleador al ISS en su momento. Si en dicha planilla aparece explícitamente el sueldo en los términos del Decreto 3063 de 1.987, se aceptará como devengado y reportado.

d) Con posterioridad a la expedición de la constancia del ISS, y si el empleador certifica por escrito, no tener lo solicitado en el literal c), éste último debe expedir un certificado de lo "devengado y reportado" al ISS, según el numeral 1 del artículo 8 del Decreto 1474 de 1.997. (ver ejemplo página Web del Ministerio de Hacienda y Crédito Público: www.minhacienda.gov.co).

2 - PARA EMPLEADORES QUE REPORTABAN AL ISS POR EL SISTEMA ALA.

Para trabajadores de empresas que reportaban al ISS por el sistema ALA, según el ISS, reposan en su poder todas la microfichas de la autoliquidación. A la fecha el Instituto ha hecho llegar a la OBP fotocopia de algunas autoliquidaciones del sistema ALA.

Según lo convenido con el ISS, para el caso de las empresas que reportaban por el sistema ALA no se requiere la "constancia del ISS", pues de acuerdo con lo fijado en los artículos 19 y 76 del Decreto 3063 de 1.989, los empleadores (patronos) estaban obligados a reportar el salario real devengado por los trabajadores, aun cuando dicho salario superara la máxima categoría del ISS.

Tal y como se ha hecho en todos los casos, el salario que aparece en la microficha de autoliquidación se toma como "salario devengado y reportado" al ISS, en los términos del Decreto 3063 de 1.989.

Los bonos pensionales deben liquidarse tomando como salario base el que aparece en la fotocopia de la microficha de la relación mensual del sistema ALA.

En el oficio VP-GNHL N° 203770 del 24 de junio de 2.002 dirigido a esta Oficina por la Doctora Elena Mesa Zuleta, en esa época Gerente Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del ISS, y único vocero oficial de esa entidad ante la OBP, en los temas relacionados con certificaciones de salario base para calcular bonos pensionales, manifiesta de manera clara:

"En reuniones celebradas con la Oficina de Bonos Pensionales, se definió que se tendrá como soporte para determinar el salario base de cotización, la información reportada por los empleadores en el sistema ALA, para lo cual el ISS está preparando la información con la que cuenta en sus archivos y hacer entrega masiva a la OBP".

En el momento en el cual la AFP solicite la emisión del bono con el salario que aparece en la "microficha" de sistema ALA, la OBP procederá a

emitirlos y no habrá ninguna restricción para eventual negociación.

II - PROCEDIMIENTO PARA BONOS QUE YA ESTAN EMITIDOS

La misión tanto de la OBP, como de la Administradoras de pensiones, es el evitar que queden en firme o se rediman bonos en los cuales existan dudas sobre el salario base tomado para su cálculo.

1 - PARA EMPLEADORES QUE REPORTABAN AL ISS POR EL SISTEMA TRADICIONAL

Actualmente estos bonos, a pesar de haberse emitido, no pueden negociarse hasta tanto no se sustente con documentos o pruebas la forma como se constituyó el salario base.

La OBP conjuntamente con el ISS, están haciendo grandes esfuerzos para ubicar las planillas de novedades inmediatamente anteriores a junio 30 de 1.992.

La OBP está desarrollando dos tareas simultáneas:

De una parte le ha escrito a todas las empresas cuyos empleados o empleados tienen un bono A emitido con un salario que supera la máxima categoría del ISS a la fecha base, solicitándoles copia de la planilla de novedades inmediatamente anterior a junio 30 de 1.992.

De otra parte, el Ministerio de Hacienda contrató un grupo de personas que se dieron a la tarea de ubicar los reportes de novedades mencionados, en las bodegas y archivos del ISS.

Por su parte el ISS está adelantando gestiones tendientes a ubicar ya sea la planilla física del reporte de novedades o esa misma información en medio magnético o microfilmada.

En la práctica el procedimiento es similar al descrito en la parte I numeral 1 de este instructivo.

Si aparece la planilla de novedades, de ahí se toma el salario devengado y reportado de acuerdo con el Decreto 3063 de 1.989, y no procede la certificación del empleador.

Si la OBP no logró ubicar el reporte de novedades por cualquier medio y si el ISS de acuerdo con la Circular N° 206166, responde por escrito que no tiene a su disposición la planilla de novedades, entonces, de acuerdo con la norma se le da validez a la certificación del empleador.

Si el salario certificado por el empleador como "devengado y reportado" en la fecha base coincide con el salario base con el cual fue liquidado el bono, la OBP le comunicará al Depósito Central de Valores (Deceval) que con respecto a ese bono puede recibir instrucciones de parte de la Administradora.

Así mismo, le comunicará a la AFP para que proceda de acuerdo con la decisión del beneficiario.

Si con posterioridad al proceso anteriormente descrito, el ISS o la OBP ubican los soportes que prueban que el salario certificado por el

empleado no es el correcto, procederá a anular el bono si este no ha sido negociado.

Si el bono ya se encuentra en firme, adelantará las acciones pertinentes contra quienes incurrieron en el error.

Si el bono fue redimido habrá anulación con reintegro.

Si el salario que aparece en el reporte de novedades, o el certificado por el ISS, o el certificado por el empleador como "devengado y reportado" en la fecha base no coincide con el salario base con el cual fue liquidado el bono, la OBP procederá a anular de acuerdo con el artículo 17 de la ley 549 de 1.999.

La administradora deberá comunicar a cada beneficiario que el bono fue anulado.

2 - PARA EMPLEADORES QUE REPORTABAN AL ISS POR EL SISTEMA ALA.

Actualmente estos bonos, a pesar de haber sido emitidos no pueden negociarse hasta tanto no se sustente o se aporten los soportes con los cuales se configuró el salario base.

De acuerdo con el ISS, y según el decreto 3063 de 1.989, "el salario devengado y reportado "fue el que 'reportaron' los empleadores en la autoliquidación a fecha base".

El procedimiento es similar al descrito en la parte I numeral 2 de este instructivo.

La OBP y el ISS han adelantado tareas sobre el tema. La OBP, directamente en las instalaciones del ISS, fotocopió las microfichas de la autoliquidación a fecha base de los beneficiarios con un salario que a fecha base supera la máxima categoría del ISS.

Así mismo, y de acuerdo con la comunicación VP. GNHL. GALA N° 22 del 23 de julio de 2.002 firmada por la Doctora Elena Mesa Zuleta, ese Instituto empezó a suministrar a la OBP fotocopia de las microfichas.

a) Si el salario con el cual la Administradora liquidó el bono, coincide con el que aparece reportado en la microficha, la OBP procederá a darle instrucciones al Depósito Centralizado de Valores (Deceval) para que atienda la instrucción de la Administradora. Así mismo, comunicará esta decisión a la Administradora.

b) Si el salario con el cual la Administradora liquidó el bono no coincide con el que fue reportado por el empleador en su autoliquidación, y cuya copia aparece en las microfichas del ISS, la OBP procederá a anular y le comunicará a la Administradora, para que esa entidad, de acuerdo con el artículo 17 de la ley 549 de 1.999, le informe al beneficiario.

3 - PARA LOS BONOS NEGOCIADOS

En el caso de los bonos negociados tanto de sistema ALA como tradicional, la OBP procederá en esencia según lo descrito anteriormente. Como en este caso el bono está en firme, no puede anularse. No obstante, la OBP, independientemente de la obligación que tiene la Nación frente al legítimo tenedor del bono, procederá a adelantar las acciones contra quienes incurrieron en el error, de acuerdo con el artículo 59 del Decreto 1748 de 1.995.

4 - PARA LOS BONOS DE REDENCIÓN ANTICIPADA O CUANDO SE CUMPLA LA FECHA DE REDENCIÓN NORMAL

a) Redención Anticipada:

Si no se han cumplido los requisitos descritos anteriormente, la OBP no dará por recibida la solicitud de redención anticipada o emisión más redención. Por lo tanto, los términos empezarán a correr para la OBP a partir de la fecha en que la solicitud haya sido realizada con los soportes descritos en este instructivo.

Si por cualquier motivo (generalmente tutelas) la OBP se ve obligada a redimir inmediatamente el bono sin que la Administradora haya suministrado los soportes descritos en este instructivo, y posteriormente una vez obtenidos dichos documentos, se concluya que el salario base es incorrecto, la Administradora procederá a reintegrar los valores actualizados y capitalizados a la fecha de consignación y a solicitar una nueva emisión con el salario correcto.

Si la redención anticipada se efectúa para “devolución de saldos”, es responsabilidad de la Administradora recuperar los dineros pagados. b) Redención Normal:

Periódicamente la OBP le está recordando a las Administradoras sobre los bonos en mención, cuya fecha de redención normal está próxima a cumplirse.

Independientemente de que la OBP recuerde o no, la Administradora debe estar pendiente que para las próximas redenciones normales de los bonos descritos, se haya cumplido con el suministro de los soportes mencionados en este instructivo.

Si llegada la fecha de redención normal la AFP no ha aportado los soportes, la OBP de todas maneras ordenará el pago del bono bajo la responsabilidad de la Administradora. Si con posterioridad al proceso anteriormente descrito, el ISS o la OBP ubican los soportes que prueban que el salario certificado por el empleador no es el correcto, la Administradora procederá a reintegrar los valores actualizados y capitalizados a la fecha de consignación y a solicitar una nueva emisión con el salario correcto. La administradora deberá comunicar a cada beneficiario que el bono fue anulado.

Sobre recordar que en los casos anteriores, especialmente en la Devolución de Saldos, la Administradora debe obrar con mucha prudencia en la solicitud de Redención, si no está segura de que el salario base es el correcto.

GUSTAVO RIVEROS APONTE Jefe Oficina de Bonos Pensionales (sic para toda la cita).

2.4 Naturaleza jurídica de las circulares y su control jurisdiccional de legalidad. Sobre la naturaleza jurídica de las circulares, el Consejo de Estado, en sus diferentes salas, ha comparado los actos administrativos ordinarios con aquellos de carácter informativo o instructivo, en los cuales no hay decisiones que produzcan efectos jurídicos nuevos, en el sentido de crear, modificar o extinguir una situación jurídica¹⁷, de cara al control judicial sobre aquellos.

La sección primera de esta Corporación, en sentencia de 25 de septiembre de 2003¹⁸, reiteró la jurisprudencia de la misma sección proferida en el año 2000¹⁹, e hizo referencia a que el control judicial de las circulares está condicionado a que estas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado. En esa oportunidad, dijo:

Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, en una circular o carta de instrucción, se expidan

decisiones, que son verdaderos Actos Administrativos, en tal caso se deben reconocer, y pueden ser demandables por vicios en su formación, ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, lo cual ocurre con demasiada frecuencia”²⁰

De la misma manera, la jurisprudencia del Consejo de Estado, en reiteradas ocasiones ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. “Pero si en las circulares de servicio, o con ocasión de ellas, se adoptan nuevas prescripciones, no comprendidas en disposiciones precedentes, se trata de actos administrativos ordinarios, que crean situaciones jurídicas, susceptibles de invalidarse por las causas generales.”²¹

Y en reciente providencia emanada de esta Sala se manifestó sobre el particular: “Esa posibilidad de demandar las circulares de servicio está condicionada a que las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, para efectos de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces la circular no será un acto pasible de demanda”²².

La misma sección mantuvo el criterio en sentencia de 9 de marzo de 2009²³, al estimar que las circulares, pueden ser o no demandables, lo que depende de su contenido. Sobre el particular, explicó:

Las instrucciones o circulares administrativas, son actos jurídicos de la Administración en sentido lato, susceptibles de ser impugnados ante la jurisdicción de lo contencioso-administrativa, dependiendo básicamente de su contenido. En efecto, esta Corporación ha señalado en reiteradas oportunidades, que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cuando contengan una decisión emanada de una autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y de producir efectos vinculantes frente a los administrados, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, no serán susceptibles de demanda.

☒ En ese sentido, mediante providencia del 3 de febrero de 2000, esta Sala manifestó: “El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados”. (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 5236 del 3 de febrero de 2000. C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta).

Por otra parte, la sección cuarta de esta Corporación, en fallo de 4 de febrero de 2010, expediente 16853, al referirse sobre las circulares que expide la DIAN, adujo que se puede demandar su anulación, en la medida en que generen efectos jurídicos sobre el contribuyente o ciudadano. Al respecto sostuvo:

De acuerdo con el inciso 3 del artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, son demandables en acción de nulidad, las circulares deservicio y los actos de certificación y registro. Al respecto ha precisado la Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues, si se limitan a reproducir el contenido de otras normas, o las decisiones de otras instancias, o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios, sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial.

Existen dos tipos de circulares, las externas y las internas. Las externas buscar orientar o dirigir la actuación de los particulares o administrados. Las internas buscan instruir a los funcionarios de la dependencia administrativa sobre el procedimiento que deben seguir en el desarrollo de sus actividades, en el cumplimiento de sus funciones, instrucciones que en un momento dado pueden llevar a que el funcionario tome decisiones que pueden tener un efecto jurídico sobre el administrado o el contribuyente tratándose de la Dian, efecto que podría no estar contemplado por una ley o decreto, caso en el cual la circular puede ser demandada ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Igual sucede con las circulares externas, pues estas pueden contener instrucciones u orientaciones que lleven al administrado a tomar unas decisiones que afecten sus propios intereses, afectación que ninguna ley o norma ha previsto, por tanto, es factible demandar la nulidad de dicha circular.

Asimismo, la sección segunda de esta Colegiatura, en sentencia de 17 de mayo de 2012²⁴, mantuvo la tesis restrictiva en el sentido de que las circulares o cartas de instrucción, como actos del servicio en donde se adopten decisiones, son verdaderos actos administrativos y se pueden demandar eventualmente por vicios en su formación por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de estas o por error de técnica administrativa. Acerca del tema expresó:

3. El carácter jurídico de las Circulares Administrativas.

[...]

Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados.

No obstante puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátese de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.

Con auto de 31 de marzo de 2014, la subsección A de esta sección del Consejo de Estado, al resolver una solicitud de suspensión provisional²⁵, mantuvo la tesis del control judicial restrictivo sobre las circulares respecto de si estas contienen una decisión capaz de producir efectos jurídicos, por expresa voluntad unilateral de la administración. Dijo lo siguiente:

Esta Corporación, con base en una línea jurisprudencial definida²⁶, ha señalado que las circulares administrativas no tienen control judicial ante la Jurisdicción Contenciosa cuando reproducen el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o cuando solo brindan orientaciones o instrucciones a sus subalternos, ni las que tienen por objeto dar a conocer conceptos del superior jerárquico sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas.

Siguiendo la misma orientación jurisprudencial son demandables conforme a la teoría del acto administrativo las circulares de servicio que contengan una decisión capaz de producir efectos jurídicos, expresada en la voluntad unilateral de la Administración, en la cual vincule a los administrados por una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o por una situación de carácter subjetivo, individual y concreta.

En el mismo sentido, la subsección B de la sección segunda de esta Colegiatura ha examinado el caso de la solicitud de nulidades de circulares, en las sentencias proferidas el 20 de marzo de 2013²⁷ y 10 de julio de 2014²⁸, en las que se abordó el tema de fondo al considerar que lo esencial para distinguir un acto administrativo de una simple manifestación de la administración, es que el primero contenga una decisión, no importa que la manifestación del Estado se la llame circular, instrucción, certificado, etc.

No obstante, esta línea jurisprudencial consolidada sufrió una alteración, por la decisión proferida el 27 de noviembre de 2014 por la sección primera, de cara a las reformas introducidas por la Ley 1437 de 2011, al pronunciarse sobre el control judicial de las circulares. Allí se señaló que toda circular, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa se encuentra sujeta al control de los jueces, en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho. Estimó esa sección²⁹:

a) Razones para el cambio y sus implicaciones: un control judicial más amplio y acorde con el espíritu del Estado de Derecho.

Pese a la validez de la interpretación tradicional, la Sala estima que a la vista del cambio operado en el orden contencioso administrativo a partir de la entrada en vigor del CPACA y de las visibles transformaciones en los modos de actuación de la Administración, cada vez más proclive al uso de instrumentos blandos o atípicos (desde la perspectiva clásica del acto administrativo), resulta procedente replantearse esta postura. El alcance restrictivo del control judicial a cargo de los jueces de la Administración prohijado por la línea jurisprudencial en cuestión, así como el efecto de crear una suerte de inmunidad jurisdiccional a favor de actos que pese a ser expresión de la función administrativa presentan solo efectos orientativos, instructivos o informativos al interior de la Administración (ad intra) o hacia los particulares (ad extra), y el hecho de encerrar un desconocimiento de la regla hermenéutica según la cual todos los enunciados jurídicos deben interpretarse de tal forma que produzcan un efecto útil y que esta clase de interpretaciones debe preferirse sobre aquellas que supongan una redundancia en las disposiciones de la ley, llevan a la Sala al convencimiento de que es preciso replantearse dicha posición y entender que en virtud de lo previsto por el artículo 137 CPACA toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido, es susceptible de control judicial.

[...]

...en aras de una más efectiva garantía del principio de Estado de Derecho y de una mayor materialización del propósito perseguido por el legislador al definir la efectividad de los derechos y la preservación del orden jurídico como objeto de la jurisdicción (artículo 103 CPACA) y a los "actos (...) sujetos al derecho administrativo" como parte del ámbito de sus competencias (artículo 104 CPACA), y en virtud de la interpretación literal y sistemática de lo previsto por el párrafo 3º del artículo 137 CPACA y de las consideraciones antes expuestas sobre la predilección de la hermenéutica que promueva el efecto útil de las disposiciones normativas que controlan el ámbito de actuación del contencioso administrativo, entiende la Sala que toda clase de circulares, con independencia de su objeto, por ser expresión del ejercicio de la función administrativa a cargo de las autoridades que la expiden, se encuentra sujeta al control de los jueces de la Administración.

En criterio de la Sala esta postura responde a los requerimientos que el principio de Estado de Derecho eleva a la jurisdicción contenciosa en la realidad administrativa actual y consulta mejor que la línea jurisprudencial anterior los propósitos de la reforma legal de 2011, en tanto viabiliza un verdadero ensanchamiento del ámbito del control judicial de las actuaciones de la Administración, ya no controlables solo en tanto que actos administrativos, sino en cuanto manifestaciones de la función administrativa. El hecho de carecer las circulares de efectos jurídicos directos por no crear, modificar ni extinguir situaciones jurídicas determinadas en nada impide su control judicial, no solo por ser éste un dato indiferente a la luz de los principios de supremacía constitucional (artículo 4 de la Constitución) y de legalidad (artículos 6, 121, 122 y 123 Ibidem) que rigen por igual las distintas expresiones de la función administrativa y que a voces del artículo 103 del CPACA sirven de motores que impulsan la actividad del contencioso (junto con la protección de los derechos), sino también -y especialmente- a la luz de las nuevas circunstancias en las que opera la Administración en la actualidad.

[...]

Para la Sección Primera del Consejo de Estado el contencioso administrativo no puede dar la espalda a las nuevas realidades en que opera la Administración (de escenarios complejos e inciertos, que formulan una permanente necesidad de colaboración tanto inter e intra- administrativa como con el sector privado) ni a las nuevas lógicas que rigen parte de sus actuaciones (más promocional y cooperativa que coercitiva y unilateral). De aquí que sea natural ajustar sus posturas a la pluralidad de modelos regulativos adaptados hoy por las autoridades administrativas como forma de responder a los desafíos que plantea esta notable transformación en el obrar del sujeto de control. En consecuencia, y aun cuando ello suponga llevar el escrutinio judicial fuera de su escenario tradicional de fiscalización de actos administrativos -y justamente por eso o con esa finalidad-, una posición que pudo ser funcional y pacífica durante muchos años puede ser revaluada ante la evidencia del creciente recurso de las autoridades a estas formas de decisión y de los riesgos que su exclusión del control genera para el Estado de Derecho. Máxime cuando la propia legislación contencioso administrativa parece ser consciente de esta realidad y en los artículos 103 y 104 el CPACA ensancha deliberadamente el objeto de la jurisdicción.

Visto lo anterior, esta Sala considera que debe prevalecer la tesis restrictiva frente al criterio ilimitado o al «[...] ensanchamiento del ámbito del control judicial» de las actuaciones de la administración que plantea la sección primera, porque el inciso 3º del artículo 84 del CCA prevé que toda persona puede solicitar la nulidad de actos administrativos (no de actos de la administración), entre los cuales «[...] También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro», disposición que fue recogida textualmente por el artículo 137 del CPACA, que establece la nulidad como medio de control de los actos administrativos (no de actos de la administración) de carácter general, cuando dispone que «[...] también puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación de registro».

Una circular comporta de acto de carácter general y dentro de este universo encontramos las instrucciones, las directivas, los conceptos, etc.,

que se refieren a explicaciones agrupadas, organizadas y expuestas de diferentes maneras de acuerdo con los asuntos parcialmente considerados, para orientar, controlar, evaluar, interpretar y coordinar las actuaciones y funciones de la administración³⁰, que, en principio, no crean, modifican o extinguen situaciones jurídicas, pues de lo contrario, independientemente del nombre que adopten, serían actos administrativos.

Estos actos no contienen normas jurídicas, sino instrucciones, reproducciones, orientaciones o parámetros que se expediten por las autoridades administrativas para señalar con sencillez, de manera técnica o práctica, la debida aplicación de las disposiciones legales ya existentes que aseguren el buen funcionamiento de la administración. Lo anterior obliga a concluir que son actos materiales que pueden tener o no alcance jurídico.

Así las cosas, la Sala entiende que cuando la ley se refiere a circulares de servicio no alude a toda circular administrativa, cualquiera que sea su contenido como lo plantea la sección primera, bajo el argumento de que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011, frente al artículo 83 del CCA, se refirió a que la jurisdicción contencioso-administrativa ejerce control sobre actos sujetos al derecho administrativo y eliminó la frase «acto administrativo» que traía la norma precedente, toda vez que para efectos del control judicial que tienen como máximo objetivo la preservación del orden jurídico, la antigua acción de nulidad (artículo 84 del CCA), hoy medio de control (artículo 137 del CPACA), clara y expresamente aluden al unísono a actos administrativos, luego no se «[...] alarga el radio de cobertura del control a cargo de la justicia administrativa más allá de las simples manifestaciones unilaterales de la Administración capaces de producir efectos jurídicos directos», como reza la sentencia en cita, pues el legislador mantuvo el rango del control judicial sobre los actos administrativos y no los actos de la administración.

Concluye la Sala que no se trata simplemente de conocer sobre la legalidad de toda clase de actos o manifestaciones de la administración con independencia de su objeto, pues corresponde a cada juez examinar el verdadero alcance del acto de la administración censurado, para establecer su efecto útil y verificar si su contenido produce efectos jurídicos y vinculantes frente a los ciudadanos, de tal manera que sean verdaderos actos administrativos que crean situaciones jurídicas susceptibles de invalidarse por las causas generales (expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió), que están expresamente contenidas tanto en el artículo 84 del CCA, como en el artículo 137 del CPACA.

No se trata de que se configure la «[...] *inmunidad de ciertas manifestaciones de la función administrativa frente al poder jurisdiccional*», como lo rotula la sección primera en su providencia, porque la efectividad del control jurisdiccional no se logra o se mide con garantizar que todos tengan control de legalidad, sino que este sea real y efectivo sobre las verdaderas manifestaciones de voluntad unilaterales, capaces de producir efectos jurídicos, porque no toda expresión de la administración es un acto administrativo, pues algunos se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones susceptibles de control judicial, como de otrora se ha sostenido por esta Sala.

Lo anterior, marca una diferencia muy importante que el legislador quiso mantener, al no modificar el inciso que antes se leía en el artículo 84 del CCA, y que permanece en el artículo 137 del CPACA, que se refirió a la posibilidad de demandar en nulidad las circulares del servicio, puesto que de no ser así, estas hubieran quedado inmersas en el ámbito de los actos administrativos generales.

Reitera la Sala que si las circulares o las cartas de instrucción tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio; razones suficientes para no acoger el cambio jurisprudencial que se propone y mantener la tesis restrictiva al respecto.

2.5 Marco normativo y jurisprudencial de los bonos tipo A modalidad 2.

2.5.1 Los bonos pensionales. El tema de la expedición de bonos pensionales³¹ no ha sido pacífico administrativa ni judicialmente, más tratándose de los denominados bonos tipo A, que representan alrededor del 90% de los bonos existentes o que deban existir.

2.5.2 Liquidación de los bonos pensionales tipo A modalidad 2. El valor de los bonos pensionales representa los aportes (privados o públicos) que

los empleadores debieron realizar desde la fecha en que el trabajador inició su primera vinculación laboral válida hasta la fecha en que se trasladó al régimen de ahorro (fecha de corte)³².

Entre otros aspectos álgidos de la liquidación de este tipo de bonos pensionales (tipo A modalidad 2) y que es de interés al caso *sub judice*, es el relacionado con la determinación del salario base de quienes cotizaban al ISS en la categoría 51, que era la máxima, antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, pues así tuviera una remuneración superior, la cotización se hacía sobre una base máxima de \$665.070 pesos m/cte.³³.

Esto ha ocasionado dificultades metodológicas al momento de liquidar el señalado bono pensional (tipo A modalidad 2), por las diferencias entre el salario realmente devengado, el reportado por el empleador en las planillas ALA y el valor sobre el cual efectivamente cotizó, frente a quienes se encontraban cesantes o vinculados a 30 de junio de 1992, pues el artículo 117³⁴ de la Ley 100 de 1993 los diferenció, cuando dispuso:

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, y [...].

Es decir, que para los que estuvieran afiliados activos al 30 de junio de 1992 se tenía en cuenta la base de cotización (por categorías) y para quienes estuvieran cesantes, sería el último salario devengado; así fueron liquidados los bonos pensionales expedidos en esa época, lo que sin lugar a dudas vulneró los artículos 13 y 53 de la Constitución Política.

Entonces en uso de sus facultades reglamentarias³⁵, por las cuales se debía establecer la metodología, procedimientos y plazos para la expedición de los citados bonos pensionales, con el fin de zanjar esas diferencias, el Gobierno expidió el Decreto ley 1299 de 1994³⁶, en cuyo artículo 5º, preceptuó la forma de determinar el salario base de acuerdo con la situación particular del afiliado, así:

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

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

De la anterior norma se colige que se unificó el criterio, en el sentido de que el salario o ingreso base de liquidación sería para los afiliados activos el devengado reportado al 30 de junio de 1992 o el último salario o ingreso reportado si la persona ya no cotizaba.

Sin embargo, esta letra a) del artículo 5º del Decreto ley 1299 de 1994 se declaró inexcusable por la Corte Constitucional, en sentencia C-734 de 2005³⁷, por vicios de forma en su expedición, al encontrarla constitucional por exceso del ejercicio de las facultades extraordinarias, en razón a que el Gobierno «[...] violó los artículos 113, 121 y 150 numeral 10º 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»; fallo que no tuvo efectos retroactivos.

En consecuencia, se continuó con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 21 *eiusdem*, que definió el ingreso base para liquidar las pensiones como el «[...] promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado» y la OBP reliquidó los bonos

pensionales de los afiliados que a la fecha base (30 de junio de 1992) se encontraban afiliados al ISS que pertenecen a la categoría máxima (51) con base en la suma de \$665.070, esto es, sobre la cual se hacían las cotizaciones.

Por otra parte, en la sentencia T-1036 de 2005³⁸, la Corte Constitucional sostuvo que la liquidación de la pensión y los aportes y cotizaciones con base en un salario distinto al real, no se justifica e implica desconocer el mandato de igualdad y el principio de primacía de la realidad en las relaciones laborales; no obstante, bajo una interpretación restrictiva de los efectos proyectados con la declaración de inexequibilidad, con el propósito de garantizar el equilibrio financiero del sistema de seguridad social, aquellas se debían realizar con los límites máximos impuestos por la ley. En este caso, la Corte le ordenó a la OBP emitir el bono del accionante con el salario base (\$665.070), es decir, sobre el salario cotizado, ya que era jurídicamente inadmisible tomar el salario devengado a 30 de junio de 1992, toda vez que era superior al límite máximo del salario asegurable en esa época.

Luego, en sentencia T-147 de 24 de febrero de 2006, la misma Corte Constitucional hizo referencia a que la sentencia C-734 de 2005 que declaró inexequible la letra a del artículo 5 del Decreto ley 1299 de 1994, no era de aplicación retroactiva, por lo tanto, los afiliados que se habían trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad antes de la fecha de declaratoria de inconstitucionalidad, tenían derecho a que su bono pensional se liquidara bajo la normativa preexistente al traslado. En este caso, la Corte le ordenó a la OBP emitir el bono del accionante con el salario efectivamente devengado y reportado a 30 de junio de 1992, criterio reiterado en los fallos T-801 de 2009³⁹, T-910, T- 920⁴⁰, T-1087 y T-379 de 2006⁴¹. En esta última, inclusive, se previno a la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público (OBP), que, en lo sucesivo, debía aplicar los criterios señalados por la Corte Constitucional en lo relativo a los efectos de la sentencia C-734 de 2005.

Para cumplir lo anterior, el 6 de septiembre de 2007, el Gobierno expidió el Decreto 3366 de 1997, con el cual reglamentó el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, en el que previó:

Artículo 1º. Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia de personas que estaban cotizando a alguna caja fondo o entidad a fecha base. De conformidad con los criterios señalados por la Corte Constitucional en relación con la Sentencia C-734/05, en el caso de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con anterioridad al 14 de julio de 2005, y que a fecha base se encontraban cotizando a alguna caja, fondo o entidad, los bonos pensionales Tipo "A" modalidad 2 se liquidarán y emitirán tomando como salario base 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.

En el caso de las personas que se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con posterioridad al 14 de julio de 2005 se tomará el salario cotizado a la respectiva caja, fondo o entidad.

Artículo 2º. Vigencia. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 27 de septiembre de 2007⁴², proferida en el expediente T-303069, frente al caso de un bono pensional que en principio se liquidó con base en el salario devengado y reportado al ISS al 30 de junio de 1992, pero que luego fue anulado por la OBP y reliquidado con el salario base cotizado a 30 de junio de 1992 (\$665.070) por los efectos de la sentencia C-734 de 2005, adujo que como el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual el 1º de febrero de 1998, es decir, antes de la declaratoria de inexequibilidad de la letra a) del artículo 5º del Decreto ley 1299 de 1994, aquel debía liquidarse según las normas vigentes para la época en que se realizó el traslado de régimen pensional, esto es, con el salario devengado y reportado al ISS a esa fecha.

Y la misma Corte Suprema de Justicia, al resolver un recurso de casación, en sentencia de 22 de septiembre de 2009⁴³, proferida dentro de un proceso ordinario laboral en el que el demandante reclamaba a su favor una diferencia en la liquidación del bono pensional, reiteró su precedente⁴⁴ y concluyó que la norma aplicable respecto del salario base de liquidación para este tipo de bonos es la vigente al 30 de junio de 1992 (Decreto 2160 de 1989), que imponía un máximo asegurable de \$665.070, correspondiente a la categoría 51, que era el tope sobre el que el ISS permitía a los empleadores hacer sus aportes.

Se colige entonces, que frente al salario base a tener en cuenta para liquidar los bonos pensionales tipo A modalidad 2 existen tres formas que

dependen de la norma vigente a la fecha que se produce el traslado al régimen de ahorro individual, así:

i) Quienes se trasladaron entre el 1º de abril de 1994 (entrada en vigor de la Ley 100 de 1993) y el 21 de junio de 1994 (un día antes de la fecha de expedición del Decreto ley 1299 de 1994), se liquida para la categoría 51 sobre la suma de \$665.070, que era el salario máximo asegurable vigente para la fecha base (30 de junio de 1992).

ii) Quienes de trasladaron entre el 22 de junio de 1994 (fecha de expedición del Decreto ley 1299 de 1994) y el 13 de julio de 2005 (un día antes de ser dictada la sentencia C-734 de 2005 que declaró inexequible la letra a del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994), se liquida con el salario devengado y reportado para la fecha base (30 de junio de 1992).

ii) Quienes se trasladaron a partir del 14 de julio de 2005 (fecha de la sentencia C-734 de 2005 que declaró inexequible la letra a del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994), se liquida para la categoría 51 sobre la suma de \$665.070, que era el salario máximo asegurable vigente para la fecha base (30 de junio de 1992).

2.5.3 Pruebas y soportes del salario devengado por el empleado con miras a la expedición del bono pensional. En vigencia de la Ley 100 de 1993, se expidió el Decreto 1748 de 12 de octubre de 1995⁴⁵, que respecto del salario base indicó en su artículo 28 lo siguiente:

Artículo 28. SALARIO BASE -SB- 1. Para trabajadores que cotizaban al ISS en FB⁴⁶, 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.

Esta disposición se modificó por el artículo 8 del Decreto 1474 de 30 de mayo de 1997, que fue declarado nulo por la sección segunda del Consejo de Estado, en sentencia de 4 de agosto de 2010⁴⁷, al considerar que la norma perdió su fuerza ejecutoria en virtud de la declaratoria de inexequibilidad de una de las disposiciones que le sirvieron de fundamento y estimó:

[...] se concluye que si la Corte Constitucional declaró inexequible el literal a) del artículo 5º 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 8º 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 inexequibilidad referida desapareció una de las disposiciones que le sirvieron de fundamento como es el literal a) del artículo 5º 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 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.

Y el mismo decreto antes citado, en su artículo 48, modificado por el artículo 20 del Decreto 113 de 4 de agosto de 1998, dispuso en lo atañedero a las certificaciones en el trámite de los bonos pensionales, lo siguiente:

Artículo 48. Entidades Administradoras

a) El ISS respecto de los bonos tipo B;

- b) La AFP a la cual esté afiliado el trabajador, respecto a los bonos tipo A, y;
- c) Las compañías de seguros, en el caso de los planes alternativos de pensiones.

Corresponde a las entidades administradoras adelantar por cuenta del afiliado pero sin ningún costo para éste, las acciones y procesos de solicitud de bonos pensionales y de pago de los mismos cuando se cumplan los requisitos establecidos para su redención. Las administradoras estarán obligadas a verificar las certificaciones que expidan las entidades empleadoras o cajas, de tal manera que cuando sean recibidas por el emisor, sólo sea necesario proceder a la liquidación provisional del bono y a la solicitud de reconocimiento de las cuotas partes, de acuerdo con lo previsto en el artículo 52.

Así mismo, el afiliado también podrá solicitar directamente las certificaciones, las cuales deberán ser previamente verificadas por la administradora.

Las entidades administradoras quedan eximidas de allegar certificaciones, y el empleador de suministrarlas individualmente, cuando el bono vaya a ser calculado por la OBP, siempre que la información esté incluida en el último archivo laboral masivo que se haya entregado a esta oficina, salvo cuando el trabajador solicite expresamente una certificación individual más amplia.

Las entidades empleadoras deberán establecer un procedimiento interno de emisión de certificaciones que permita su verificación y garantice su seguridad. El procedimiento deberá contener al menos los siguientes aspectos:

- a) La entidad deberá numerar las certificaciones expedidas;
- b) Las certificaciones expedidas deberán registrarse en un archivo interno de la entidad;
- c) El representante legal de la entidad deberá designar, bajo su responsabilidad, un funcionario competente para la emisión de certificaciones. Así mismo, los destinatarios de la información podrán solicitar al representante legal el nombre y documento de identidad de los funcionarios que hubieran estado facultados para expedir las certificaciones ya recibidas.

Las Administradoras deberán mantener en sus archivos, utilizando los medios idóneos que garanticen su conservación, las diferentes certificaciones que sirvieron de base para las solicitudes de bono pensional que realizaron a los emisores. El emisor podrá solicitarlas en cualquier momento. Dichos documentos deberán conservarse por lo menos durante veinte (20) años contados a partir de la expedición del bono pensional.

Parágrafo. Dentro del plazo establecido para la liquidación provisional y expedición del bono, el emisor podrá, si lo considera conveniente, solicitar directamente a los empleadores la confirmación de información o recibir directamente certificaciones. En caso de que no reciba la confirmación certificada en el término de un (1) mes, se entenderá que la información anteriormente certificada es correcta.

Esa norma se aclaró por el artículo 2º del Decreto 13 de 9 de enero de 2001⁴⁸, en lo concerniente a la verificación de las certificaciones, así:

Artículo 2º-Verificación de certificaciones. Para efectos de la verificación a que se refiere el artículo 48 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 20 Decreto 1513 de 1998, las entidades administradoras deberán constatar que las certificaciones cumplen los requisitos formales indicados por dicha disposición, y que su contenido sea congruente con la información que posee la administradora. Para este efecto las administradoras podrán solicitar además de lo señalado por el literal c) del artículo 48 del Decreto 1748 de 1995 modificado por el artículo 20

del Decreto 1513 de 1998, el facsímil de la firma autorizada.

Artículo 3º- Certificado de información laboral. Las certificaciones de tiempo laborado o cotizado con destino a la emisión de bonos pensionales o para el reconocimiento de pensiones que se expidan a partir de la fecha de entrada en vigencia del presente decreto, deberán elaborarse en los formatos de certificado de información laboral, que serán adoptados conjuntamente por los ministerios de Hacienda y Crédito Público y de Trabajo y Seguridad Social, como únicos válidos para tales efectos.

Ahora bien, los artículos 50, 56 y 59 del citado Decreto 1748 de 1995, en lo referente a la emisión del bono, preceptuaron:

Artículo 50. RESPONSABILIDADES DEL EMISOR Y DE TERCEROS. El emisor de cualquier bono responde por la correcta aplicación de todas las fórmulas matemáticas contenidas en el presente decreto.

Por la veracidad de la información sobre la cual se basó el cálculo, responden, civil, fiscal y administrativamente, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, los empleadores, entidades administradoras, afiliados y, en general, cualquier tercero que haya certificado información que incida en el cálculo del bono.

Cuando se determine judicialmente la responsabilidad de un afiliado a una AFP, ésta queda autorizada para debitar de su cuenta de ahorro individual la suma que sea necesaria.⁴⁹

[...]

Artículo 56. VARIACION EN EL VALOR DEL BONO. Cuando el valor de un bono emitido aumente, por efecto de una reclamación, se expedirá un bono complementario por la diferencia. Si el valor disminuye, se anulará el bono vigente y se expedirá uno por el nuevo valor.⁵⁰

Artículo 59. BONOS EN FIRME. Un bono pensional queda en firme en el momento en que su primer beneficiario autorice su negociación o su utilización para adquirir acciones de empresas públicas, si es el caso.

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

La historia laboral procedente de un archivo masivo certificado, que fue utilizada para un bono emitido sólo podrá ser modificada con el consentimiento del afiliado⁵¹.

Visto lo anterior, se concluye que se estableció la necesidad de mantener el archivo de los soportes del salario devengado por el trabajador por un tiempo prudencial y a cargo de las administradoras que deben verificar las certificaciones que expidan los empleadores, en cuanto están legalmente autorizadas para adelantar los procedimientos de solicitud de bonos pensionales.

2.6 La obligación de reportar el salario devengado por el empleado al ISS y las sanciones por no cumplirla. Sobre la obligación de reportar el salario devengado por el empleado para el 30 de junio de 1992, de conformidad con la norma vigente se debía cumplir de acuerdo con lo estipulado en los artículos 19, 72 y 76 del Decreto 3063 de 1989⁵², que ordenaba reportar la totalidad de los ingresos del trabajador, así:

Artículo 19. SALARIO A REPORTAR. Para efectos de las cotizaciones y aportes, constituye salario no sólo la remuneración fija u ordinaria, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie que implique retribución de servicios, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en los días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, comisiones y, en general, el conjunto de factores que lo constituyen de acuerdo con los

artículos 127, 128, 129, 130 y 131 del Código Sustantivo del Trabajo, y artículo 8º del Decreto reglamentario 617 de 1954 del mismo estatuto legal, incluyendo el auxilio de transporte.

El valor del salario en especie se deberá incorporar en el promedio del salario reportado al ISS, salvo el caso del trabajador del servicio doméstico que cotiza sobre el salario en dinero.

Parágrafo. El reporte, por parte del patrono de un salario diferente al realmente devengado o el no reporte de las variaciones del salario, dará lugar a que se le apliquen las sanciones previstas en el respectivo Reglamento de Sanciones, Cobranzas y Procedimientos.

[...]

Artículo 25. OBLIGACIONES DE LOS PATRONOS REGISTRADOS. Los patronos registrados estarán obligados con el ISS:

[...]

3. A suministrar al ISS todos los informes que con carácter reservado se les solicite.

4. A reportar todas las novedades de que trata el Capítulo IX de este Reglamento.

[...]

14. A cumplir con las obligaciones establecidas en los Reglamentos del ISS.

15. A las demás señaladas en la ley y en los Reglamentos.

Parágrafo. Los patronos que obstaculicen las labores de los funcionarios designados por el ISS o no suministraren oportunamente la información solicitada, incurrirán en las sanciones contempladas en los respectivos Reglamentos.

[...]

Artículo 64. NOVEDADES. Son los datos que junto con los respectivos documentos exigidos en los Reglamentos de los Seguros Sociales y por el Instituto, se deben reportar y suministrar a esta entidad, para los procesos de afiliación, registro, adscripción y clasificación de las empresas. Así mismo se entiende por novedad, toda información que afecte el monto de los aportes, los períodos de cotización, la oportunidad en el otorgamiento de las prestaciones económico-asistenciales, el derecho y obligación correlativos a dichas prestaciones, la cuantía de las prestaciones económicas y, en general todo lo que pueda incidir en los derechos y obligaciones derivados de los Seguros Sociales.

Cuando una novedad sea indispensable para determinar la existencia de un derecho a una prestación, su reporte constituye requisito indispensable para que se conceda la prestación correspondiente o se suspenda la otorgada.

Toda novedad deber suministrarse al ISS en forma veraz y oportuna, para que produzca los efectos buscados con la misma.

[...]

Artículo 72. INSCRIPCION O REPORTE INEXACTO EN CUANTO A LA CUANTIA DEL SALARIO. El patrono que no haya informado al Instituto el salario real del trabajador dando lugar a que se le disminuyan las prestaciones económicas que le pudieren corresponder a dicho trabajador o a sus derechohabientes en caso de muerte, deberá cancelar al beneficiario el valor de la diferencia que resulte entre la cuantía liquidada por el Instituto con base en el salario asegurado y la que le hubiere correspondido en caso de haberlo reportado correctamente, sin perjuicio de la

sanción a que hubiere lugar.

[...]

Artículo 76. NOVEDADES SOBRE CAMBIOS DE SALARIOS. Los patronos están obligados a informar al Instituto, tanto en la inscripción de sus trabajadores como en las relaciones mensuales de novedades los salarios reales devengados por éstos, aun cuando dichos salarios sobrepasen el límite superior de la máxima categoría señalada por el ISS.

De la lectura de las precitadas normas, deduce la Sala que los patronos, hoy empleadores, tenían la obligación de reportar los salarios reales devengados por sus trabajadores, sin importar la categoría a la cual correspondiera el salario asegurable, quiere decir que ello incluía a los empleados cuyo salario superaba el máximo legal, esto es, los de la categoría 51.

Las sanciones. Respecto de las sanciones por no cumplir la obligación de reportar el salario devengado por el empleado, mediante el Decreto 2665 de 26 de diciembre de 1988, se expidió el reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales, en el cual se establecieron multas para los empleadores y trabajadores, por incurrir en conductas sancionables⁵³, entre otras: (i) el pago de cotizaciones por salarios inferiores a los efectivamente percibidos, (ii) el incumplimiento o inexactitud en la remisión de las novedades, los informes y documentos que sean solicitados, y (iii) el incumplimiento de los reglamentos generales del ISS. La competencia⁵⁴ para imponer dichas sanciones reside en cabeza del director general o en quien este lo delegase.

En el capítulo II de esta norma, se preceptuaron las sanciones por incumplimiento en la obligación de informar, en los siguientes términos:

ARTICULO 26. REPORTE DE SALARIOS DIFERENTES A LOS REALES. El empleador que reporte un salario inferior o superior al que realmente devenga un trabajador o no reporte al ISS los cambios de remuneración o lo haga en forma inexacta, dando lugar a que se disminuyan o se aumenten indebidamente las prestaciones económicas a cargo del instituto, será sancionado con una multa hasta por cinco (5) veces la diferencia entre el valor del salario reportado y el que realmente devengaba el afiliado a la fecha del reporte.

Cuando el salario denunciado fuere superior al real, la prestación económica será reducida a la que realmente hubiere correspondido, y, el mayor valor cancelado, cuando fuere por concepto de pensión, se descontará de las mesadas pensionales siguientes. Cuando se trate de otra prestación diferente a pensión, se ordenará el cobro del mayor valor a través de facturación o autoliquidación, de los aportes mensuales patrono-laborales.

Cuando la cuantía del salario indebidamente reportado dé lugar a que se disminuyan las prestaciones económicas, será de cargo del patrono el pago de la diferencia que resulte entre la cuantía liquidada por el ISS con base en el salario asegurado y la que hubiera correspondido en caso de haberse informado el salario correcto. No obstante lo anterior, el Instituto podrá pagar la totalidad de la prestación en el caso de que el patrono le cancela previamente el capital constitutivo correspondiente al mayor valor de la prestación.

PARAGRAFO. Lo dispuesto en este artículo cuando los errores no se hubieren corregido en la próxima autoliquidación o facturación

[...]

ARTICULO 29. VIOLACION A LA OBLIGACION DE INFORMAR EN GENERAL. La omisión en informar las novedades y en general en no suministrar los datos que para fines del Seguro Social solicite el ISS, y cuando para el caso no se hubiere establecido una sanción especial, dará lugar a las siguientes sanciones:

I. Al empleador:

10. El empleador que no suministre al ISS dentro del plazo que se le señale, los datos o la documentación solicitados, tales como actas,

registros, materiales o muestras para análisis de laboratorio para el caso de Salud Ocupacional, o los informes o documentos que por razón de los Reglamentos le corresponda presentar, será sancionado así:

Cuando fuere requerido por escrito para que dentro de un plazo no mayor de quince (15) días, presente el informe o documentación correspondiente y no lo hiciere, se hará incuso en multas diarias sucesivas del cinco por ciento (85%) hasta el diez por ciento (10%) del salario mínimo mensual, hasta cuando cumpla con la obligación, sin exceder de trescientos mil pesos (\$ 300.000).

Las multas se causarán a partir del día siguiente a aquel en que venza el plazo señalado para rendir el informe o suministrar la documentación requerida.

2º. Al patrono que no informe al ISS dentro de los siete (7) días siguientes de su ocurrencia, las novedades que puedan incidir en los derechos y obligaciones tanto patrono-laborales como del ISS, se le aplicará como sanción, la establecida en el artículo [25](#) del presente Reglamento, siempre, cuando no se hubiere establecido para la respectiva conducta una determinada sanción.

Cuando la novedad no informada incida en la Clase y Grado de riesgo de una empresa, la omisión en su reporte, dará lugar a la revaluación de la Clase o Grado en que se encuentre ubicada la empresa.

La renuencia u omisión del patrono en el suministro de los datos solicitados, implicará, mientras se reportan, el que el ISS sin incurrir en responsabilidad alguna, utilice para efecto de las obligaciones y derechos inherentes a los Seguros Sociales, la última novedad informada al respecto, quedando de cargo del patrono y en la misma medida en que las suministra el ISS, las prestaciones que dependen del informe o dato solicitado y no reportado.

II. Al afiliado o asegurado:

El afiliado o asegurado que no suministre al ISS dentro del plazo señalado, los datos o la documentación que se le soliciten, será sancionado, así

Cuando fuere requerido por escrito para que dentro de un plazo no mayor de quince (15) días, presente el informe o documentación correspondiente y no lo hiciere, se hará incuso en multas diarias sucesivas equivalentes al diez por ciento (810%) de su salario o pensión diaria hasta cuando cumpla con la obligación impuesta, sin exceder de trescientos mil pesos (\$ 300.000.). El ISS quedará exonerado de toda responsabilidad u obligación, por los posibles derechos que se hubieren podido derivar del dato o documento no suministrado, tales como prestaciones económicas y de salud, tanto para el afiliado como para el derechohabiente, sin perjuicio de la suspensión de los servicios a que hubiere lugar.

III. A Terceros:

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, diferente al empleador o al asegurado, que impida al funcionario competente o al debidamente autorizado por el ISS, acceso a la información o que no suministre al ISS los datos que le solicite, con carácter reservado y con fines del Seguro Social, o, que impida al funcionario competente, acceso a la información y, requerido para que lo haga, no lo hiciere en un término de quince (15) días, será sancionada, a partir del vencimiento del plazo, con una multa de uno hasta diez (10) salarios mínimos mensuales sin exceder de trescientos mil pesos (\$ 300.000).

Las correspondientes investigaciones se podían adelantar de oficio o a solicitud de la parte interesada, entre otros, sobre los documentos presentados al ISS y las cuantías o variaciones de salarios. El conocimiento a prevención⁵⁵ por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social o el Ministerio de Salud, estaba reservado únicamente para violaciones de normas que reglamentan la salud ocupacional.

Adicionalmente, cabe anotar que en los párrafos de los artículos 19 y 25 y el artículo 72 del Decreto 3063 de 1989⁵⁶, ya citado, se hace referencia a que la omisión o inexactitud en el reporte del salario, da lugar a la aplicación de las sanciones previstas en el reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos.

2.7 La competencia de la oficina de bonos pensionales (OBP). En relación con la autoridad que expidió el instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, resulta oportuno precisar que el Decreto ley 1299⁵⁷ de 22 de junio de 1994⁵⁸ preceptuó en su artículo 24 que le corresponde al «[...] Ministerio de Hacienda y Crédito Público el reconocimiento, liquidación, emisión y pago de los bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación [...] y para tal finalidad se crea en la dirección general del tesoro nacional, la oficina de obligaciones pensionales que tendrá como función desarrollar las actividades relacionadas con el reconocimiento, liquidación y emisión de bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación», para lo cual ordenó en su parágrafo primero que: «[...] Las funciones contempladas en el presente artículo serán realizadas por las entidades que tenían a su cargo el reconocimiento de las pensiones, hasta tanto se organice la oficina de obligaciones pensionales prevista en el mismo y a más tardar el 1 de marzo de 1995».

Posteriormente, se expidió⁵⁹ el Decreto 1748 de 12 de octubre de 1995⁶⁰, que dispuso en su artículo 46 la creación de la oficina de bonos pensionales, así:

ARTÍCULO 46. 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 partes a cargo de la Nación, deberá ser revisado y aprobado por la OBP.

En todo caso, cualquier emisor de bonos, deberá reportar a la OBP el valor y demás características de los bonos que liquide provisionalmente o expida. También reportará cuál es la entidad que administra el encargo fiduciario, cuando el emisor esté obligado a constituirlo. Para efectos del Artículo 22 del decreto 1299 de 1994, la OBP reportará lo pertinente a las entidades que ejerzan la inspección, control y vigilancia del emisor.

La OBP establecerá el procedimiento y condiciones para todo lo referente a este Artículo.

La precitada norma fue modificada por el artículo 19 del Decreto 1415 de 1998, en los siguientes términos:

ARTICULO 19. El inciso segundo del artículo 46 del Decreto 1748 de 1995 quedara así:

'En todo caso, cualquier emisor de bonos deberá reportar a la OBP el valor y demás características de los bonos que expida o haya expedido, tengan o no cuotas partes a cargo de la Nación. También reportará cuál es la entidad que administra el encargo fiduciario o patrimonio autónomo, cuando el emisor esté obligado a constituirlo. Para efectos del artículo 22 del Decreto 1299 de 1994, la OBP reportará lo pertinente a las entidades que ejerzan la inspección, control y vigilancia del emisor'.

Adiciónase los siguientes incisos al artículo 46 del Decreto 1748 de 1995:

"Así mismo, la OBP constituirá autoridad técnica sobre la materia y actuará como mediador entre los emisores, contribuyentes y entidades administradoras de bonos pensionales cuando quiera que se presenten discusiones entre estos en razón del valor del bono o el método utilizando para su cálculo. La opinión de la OBP no será vinculante para el emisor, quien emitirá bajo su responsabilidad los bonos y cuotas partes con fundamento en el cálculo que considere adecuado.

Cuando la OBP sea parte en las discusiones mencionadas en el inciso anterior, emitirá bajo responsabilidad los bonos o cuotas con fundamento en el cálculo que considere adecuado.

En cualquiera de los dos eventos anteriores, si se llegare a determinar administrativa o judicialmente un mayor valor en contra del emisor, éste deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de mora autorizada por la Superintendencia Bancaria en la fecha de pago.

Para fines de cruce de información entre la OBP y el ISS, la OBP deberá informar mensualmente al ISS sobre todas las solicitudes de emisión de bono que haya admitido. Por su parte, el ISS deberá informar con la misma periodicidad a la OBP sobre todas las solicitudes de pensión que haya admitido”.

Ahora bien, para la fecha de expedición del instructivo demandado, según el artículo 5 del Decreto 1689 de 2002⁶¹, la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público tenía asignadas las siguientes funciones:

1. Reconocer, liquidar, emitir, expedir, pagar y anular los bonos pensionales y cuotas partes de bonos a cargo de la Nación.
2. Recibir las solicitudes presentadas por las administradoras de fondos de pensiones y por las aseguradoras para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, verificar el cumplimiento de los requisitos legales para el otorgamiento del citado beneficio y reconocer y pagar la garantía de pensión mínima de los afiliados al régimen de ahorro individual de conformidad con el artículo 4º del Decreto 832 de 1996 o las normas que lo modifiquen o adicionen.
3. Desempeñarse como autoridad técnica en materia de bonos pensionales, y actuar como mediador entre los emisores, contribuyentes y entidades administradoras de bonos pensionales cuando quiera que se presenten discusiones entre estos en razón del valor del bono o el método utilizado para su cálculo de acuerdo con lo estipulado en el artículo 19 del Decreto 1513 de 1998 o las normas que lo modifiquen o adicionen.
4. Adelantar las acciones de cobro contra las demás entidades pagadoras de pensiones a las cuales hubiere estado afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional por las cuotas partes de bono que a ellas corresponda.
5. Cumplir con las obligaciones legales de los emisores de títulos valores en materia de negociación de bonos pensionales.
6. Participar en coordinación con la Dirección General de Tecnología en la elaboración del plan de desarrollo tecnológico de la Oficina de Bonos Pensionales.
7. Administrar la información de bonos pensionales a cargo de la Nación.
8. Administrar el proceso funcional y operativo del sistema de información de bonos pensionales y cuotas partes a cargo de la Nación.
9. Adelantar las actividades presupuestales conducentes a la emisión y al pago de bonos pensionales, cuotas partes y garantías de pensión mínima.
10. Atender las reclamaciones y consultas de asuntos de su competencia que sean presentadas por el Instituto de Seguros Sociales, las Administradoras de Fondos de Pensiones, las autoridades judiciales y los particulares.
11. Presentar a la Dirección General del Tesoro Nacional las proyecciones, análisis y evaluaciones del fondo de reservas para bonos pensionales.

12. Proponer la celebración de los contratos para la agencia, emisión edición, colocación, garantía, administración y servicio de los bonos pensionales a cargo de la Nación, de conformidad con el artículo 127 de la Ley 100 de 1993 o de las normas que lo modifiquen o adicionen.

13. Proponer la celebración de los contratos de auditoría externa para efectos de la emisión de los bonos pensionales o cupones de los mismos a cargo de la Nación.

14. Emitir conceptos jurídicos y atender los asuntos legales relacionados con las funciones y operaciones de la Oficina de Bonos Pensionales, en coordinación con la Unidad Jurídica Asesora o la dependencia que haga sus veces en el Ministerio, cuando así se requiera.

15. Atender, previa delegación del Ministro de Hacienda y Crédito Público, las demandas y reclamaciones que se instauren en su contra en materia de bonos pensionales y cuotas parte a cargo de la Nación.

16. Representar al Ministro, previa delegación, en los Comités, Consejos y/o Juntas Directivas.

17. Atender las solicitudes y requerimientos que presenten las dependencias del Ministerio para el cumplimiento de las políticas, planes y programas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

18. Establecer la estadística de los Emisores de Bonos Pensionales del país, y de todos los bonos emitidos y por emitirse, tenga o no cuota parte la Nación.

19. Presentar los informes que requieran los órganos de control.

20. Realizar las demás que le sean asignadas de acuerdo con la naturaleza de las funciones de la Oficina.

Artículo 6°. El presente decreto rige a partir de la fecha de su publicación, deroga el Decreto 187 de 1995 y modifica en lo pertinente el Decreto 1133 de 1999 y 2708 de 2001.

El citado artículo 5 fue derogado por el 60 del Decreto 246 de 2004, que estableció en su artículo 11 las funciones de la oficina de bonos pensionales y conservó en el numeral 14 la de emitir conceptos jurídicos y atender los asuntos legales relacionados con las funciones y operaciones de la dependencia en coordinación con la oficina asesora, cuando así se requiriera. Norma que igualmente fue derogada por el artículo 51 del Decreto 4646 de 2006, también derogado por el artículo 48 del Decreto 4712 de 2008 (modificado en su artículo 11 por el Decreto 192 de 3 de febrero de 2015⁶², que dispuso las funciones de la oficina de bonos pensionales que actualmente se encuentran vigentes).

2.8 Análisis del caso concreto. El objeto del instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, fue el de instruir a las administradoras de los fondos de pensiones (AFP) sobre los soportes que debían mantener y enviar a la OBP, para la emisión, negociación y/o pago de bonos pensionales, liquidados con un salario base que supere la máxima categoría del ISS (51), y dejó sin efectos la totalidad del contenido de las disposiciones, circulares o comunicaciones anteriores expedidas por dicha oficina sobre el mismo tema.

El citado instructivo tuvo la siguiente motivación:

La oficina de Bonos Pensionales debe verificar la existencia de soportes suficientes que respalden el salario base con el que fueron liquidados los bonos pensionales de las personas que, a fecha base, cotizaban al ISS en la categoría 51. Estos soportes son los mismos que se deducen de las normas vigentes y de las reglamentación interna del ISS.

Por medio de este instructivo la OBP quiere regular el procedimiento que se está adelantando desde el mes de julio de 2001 y el cual fue comunicado a las Administradoras en su momento.

En caso de que en el archivo laboral masivo certificado por el ISS aparezca un salario de cotización superior a la máxima categoría del ISS, la OBP lo dará por válido.

Con base en lo anterior, informamos el procedimiento que deben realizar las Administradoras para el envío a la OBP de los soportes (Reporte de novedades, microfichas de autoliquidación o relación mensual del sistema ALA) cuando efectúen una solicitud de emisión, negociación o redención de los bonos pensionales en mención.

En vista de lo anterior, la Sala considera que en el presente caso se requiere del examen armónico de todas las normas que le sirvieron de sustento y si bien es cierto que el instructivo demandado aparentemente contiene un «recordatorio» de las normas vigentes y de la reglamentación interna del ISS, concernientes a los soportes que respaldan la emisión, negociación y/o pago de bonos pensionales, liquidados con un salario base que supera la máxima categoría del ISS (51), también lo es que por los efectos que pueden tener esas instrucciones frente a las administradoras de fondos de pensiones y sus afiliados, en aquel se «regula el procedimiento» respecto de estas actuaciones.

Es por ello que para la Sala la circular demandada no es una simple actuación administrativa, sino un verdadero acto administrativo, a través del cual la OBP del Ministerio de Hacienda y Crédito Público fijó pautas obligatorias para esos trámites en lo atañedero a los soportes del salario base con los que fueron liquidados los bonos pensionales de las personas que al 30 de junio de 1992 cotizaban al ISS en su máxima categoría (51), razón por la cual es susceptible de control judicial para establecer si quien lo profirió se extralimitó o no en sus competencias, de acuerdo con los cargos formulados en la demanda.

Recuerda la Sala que si bien desde la expedición del Decreto 1299 del 22 de junio de 1994, la oficina de obligaciones pensionales u oficina de bonos pensionales está facultada para elaborar instructivos relacionados con las normas vigentes sobre la emisión, negociación y/o pago de los bonos pensionales, estos deben estar enteramente subordinados a la ley y decretos que la reglamenten, como ente operativo para su debida ejecución, sin extenderse más allá de lo que le fue autorizado legalmente, de tal manera que no puede restringir, ampliar o adicionar el contenido de la norma positiva en que se fundamenta.

Para descender al fondo del asunto, se cita expresamente, la normativa que le sirvió de fundamento a la OBP, para expedir el instructivo 4 de 2002, así:

NORMATIVIDAD VIGENTE

- ARTICULOS 19, 72 Y 76 DEL DECRETO 3063 DE 1989
- LITERAL A DEL ARTICULO 5º DEL DECRETO 1299 DEL 22 DE JUNIO DE 1994.
- NUMERAL 1º DEL ARTICULO 28 DEL DECRETO 1748 DEL 12 DE OCTUBRE DE 1995 MODIFICADO POR EL ARTICULO 8º DEL DECRETO 1774 DEL 30 DE MAYO DE 1997.
- ARTICULO 48 DEL DECRETO 1748 DEL 12 DE OCTUBRE DE 1995, MODIFICADO POR EL ARTICULO 20 DEL DECRETO 1513 DEL 4 DE AGOSTO DE 1998 Y ACLARADO POR EL ARTICULO 2º DEL DECRETO 13 DEL 9 DE ENERO DE 2001.

• ARTICULOS 50, 56 Y 59 DEL DECRETO 1748 DEL 12 DE OCTUBRE DE 1995

• INCISO 2º DEL ARTICULO 17 DE LA LEY 594 DEL 29 DE DICIEMBRE DE 1999 [sic para toda la cita].

Estima la Sala, como se examinó de manera general en el acápite del marco normativo y jurisprudencial de los bonos pensionales tipo A-2 que antecede, algunas de las normas en que se basa el acto administrativo demandado han salido del ordenamiento jurídico, así:

i) La letra a del artículo 5 del Decreto ley 1299 de 22 de junio de 1994 fue declarado inexequible mediante sentencia C-734 de 2005, por violación de los artículos 113, 121 y 150 (numeral 10) de la Constitución Política, no solo por haber regulado una materia para la cual no le fueron concedidas las facultades extraordinarias, sino además por haber modificado las reglas que definieron el ingreso base de cotización de la pensión que fueron establecidas en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

ii) El artículo 8 del Decreto 1474 de 30 de mayo de 1997, que modificó el numeral

1 del artículo 28 del Decreto 1748 de 12 de octubre de 1995, fue declarado nulo por esta misma Sala, en fallo de 4 de agosto de 2010, porque perdió fuerza ejecutoria en virtud de la declaración de inexequibilidad antes citada.

iii) El artículo 17 de la Ley 549 de 28 de diciembre de 1999 fue reglamentado parcialmente por el Decreto 3798 de 26 de diciembre de 2003, que introdujo importantes medidas en relación con la emisión de bonos pensionales, razón por la cual la OBP a partir del 1º de octubre de 2005 procesa los archivos con los cuales las AFP solicitan la expedición del bono pensional solo en medio

magnético, y desde el 1º de diciembre del 2006 cuenta con un nuevo sistema para la liquidación y expedición de los bonos pensionales, motivos por los cuales ha dictado nuevos instructivos⁶³ para la emisión de bonos pensionales tipo A, en los que se especifican las responsabilidades de todos los actores que participan en dicho procedimiento, conforme a las normas vigentes, es decir, del emisor de bonos pensionales, del cuotapartista o contribuyente de un bono pensional, de los empleadores públicos, de los empleadores privados, de las AFP, del beneficiario de un bono pensional y de terceros.

iv) Se expidió el Decreto 3366 de 2007, con el cual se reglamentó el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, que recogió los criterios señalados por la Corte Constitucional en lo referente a la sentencia C-734 de 2005, en el caso de las personas que se trasladaron al régimen de ahorro individual con anterioridad al 14 de julio de 2005, lo que afectó la base de liquidación de los bonos tipo A modalidad

2 y derogó con ello todas las disposiciones que le fueran contrarias.

v) La redención anticipada de bonos que se desarrolla en el numeral 4 del instructivo demandado fue objeto de modificación por el instructivo 5⁶⁴ de 2002, originario de la misma OBP, que en principio fue expresamente dejado sin vigencia por el instructivo 6 de 2005, pero luego fue modificado y actualizado en noviembre de 2013, el cual dejó «[...] sin efecto en su totalidad el contenido de otras comunicaciones de la OBP en particular».

De lo expuesto, la Sala concluye que en aplicación del artículo 66⁶⁵ del Código Contencioso Administrativo, el instructivo 4 del 2002 expedido por la OBP ha perdido su fuerza ejecutoria, porque mediante sentencia C-734 de 2005 se declaró la inexequibilidad de la letra a del artículo 5 del Decreto ley 1299 de 22 de junio de 1994, por violación de los artículos 113, 121 y 150 (numeral 10) de la Constitución Política, no solo por haber regulado una materia para la cual no le fueron concedidas las facultades extraordinarias, sino además por haber modificado las reglas que definieron el ingreso base de cotización de la pensión que fueron establecidas en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, razón suficiente para aplicar el principio general de derecho «*accesorium non dicit, sed sequitur suum principalei*»⁶⁶, porque el mismo vicio de inexequibilidad afecta el instructivo demandado, en cuanto al contenido relacionado con el decreto que le sirvió de fundamento⁶⁷.

Igual suerte corre la temática relacionada con lo dispuesto en el Decreto 1474 de 30 de mayo de 1997, que modificó el numeral 1 del artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, por haber sido declarado nulo a través de sentencia de 4 de agosto de 2010, proferida por esta misma sección.

Sin embargo, la Sala precisa que resulta viable el estudio de legalidad del instructivo demandado, en tanto con la declaratoria de inexequibilidad y nulidad de las normas que le sirvieron de fundamento, no se compromete la validez de los efectos surtidos en el tiempo en que estuvo vigente, durante el cual se pudieron consolidar situaciones jurídicas particulares que pueden verse afectadas si la disposición está viciada de nulidad, conforme lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación⁶⁸ y de la Corte Constitucional⁶⁹.

Considera la Sala que los cargos de la demanda se concretan en dos aspectos: (i) el salario base para la emisión, negociación y/o pagos del bono pensional (51), y (ii) las sanciones derivadas de la información que suministra el empleador.

Sobre el primer aspecto, la decisión de la Corte Constitucional incide en la que se adopta en el *sub lite*, en la medida en que no puede quedar vigente el instructivo demandado, en razón a que la norma que lo fundamentaba desapareció del mundo jurídico por regular lo relacionado con el salario base de liquidación, para lo cual no se le había otorgado competencia alguna, más allá de lo establecido en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Destaca la Sala que existen tres formas de liquidar el bono pensional, según la normativa vigente a la fecha en que se produce el traslado al régimen de ahorro: (i) quienes se trasladaron entre el 1º de abril de 1994 (entrada en vigor de la Ley 100 de 1993) y el 21 de junio de 1994 (un día antes de la fecha de expedición del Decreto ley 1299 de 1994), se liquida para la categoría 51 sobre la suma de \$665.070, que era el salario máximo asegurable vigente para la fecha base (30 de junio de 1992); (ii) quienes se trasladaron entre el 22 de junio de 1994 (fecha de expedición del Decreto ley 1299 de 1994) y el 13 de julio de 2005 (un día antes de la mencionada sentencia C-734 de 2005), se liquida con el salario devengado y reportado para la fecha base (30 de junio de 1992); y (iii) quienes se trasladaron a partir del 14 de julio de 2005, se liquida para la categoría 51 sobre la suma de \$665.070, que era el salario máximo asegurable vigente para la fecha base (30 de junio de 1992).

En este orden de ideas, durante la fecha en que el instructivo aquí demandado se expidió (30 de diciembre de 2002) y la declaratoria de inexequibilidad⁷⁰ (14 de julio de 2005) la OBP desbordó sus competencias, porque mientras 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, que en armonía con el artículo 20 de la Ley 90 de 1946, correspondía a las categorías fijadas para esa época, en el acto demandado se extiende al salario devengado, por ello, en consideración a que la base de liquidación ya había sido definida por el legislador, resulta contrario y por fuera de las facultades de la OBP, imponer requisitos adicionales a los establecidos en la ley, por lo que se extralimitó en sus competencias, tal como lo afirma el accionante, exigiéndole además a las AFP y usuarios documentación adicional a la necesaria para efectos de las liquidaciones de los bonos pensionales tipo A, razón por la cual habrá de declararse nulo el instructivo acusado, en los asuntos contrarios a lo dispuesto en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, en segundo lugar, frente a la acusación que hace el actor respecto de la ilegalidad de las sanciones que se imponen en dicho instructivo por cuanto exceden toda potestad reglamentaria, considera la Sala que le asiste razón, ya que las únicas conductas sancionables vigentes a la fecha de expedición del instructivo (30 de diciembre de 2002) eran las reguladas en el reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales (ISS) derivadas del (i) pago de cotizaciones por salarios inferiores a los efectivamente recibidos y (ii) el incumplimiento o inexactitud en la remisión de novedades, informes y documentos que fueran solicitados. Ello acarreaba la imposición de multas a favor del ISS y generaba la responsabilidad directa del empleador frente a las prestaciones sociales que se causaran a favor del trabajador. Es decir, que en ningún momento se previó otro tipo de sanciones a favor del Ministerio de Hacienda y Crédito Público o de la OBP, más allá de las contenidas en el reglamento señalado.

Tampoco encuentra la Sala justificación para la no emisión del bono pensional, como se indica en el instructivo 4 de 2002, puesto que, de acuerdo con el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997, se determinó el término de treinta (30) días para la emisión del bono provisional y un (1) mes para el bono definitivo, por manera que si hay necesidad de adelantar trámites relacionados con las certificaciones a que haya lugar, se debe hacer una liquidación provisional, la que inclusive puede ser reliquidada en cualquier momento.

Así las cosas, concluye la Sala que el instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, expedido por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público es nulo, no solo en los apartes indicados por el demandante, sino en su integridad, en uso de su facultad oficiosa del

juez respecto del control de legalidad del acto administrativo objeto de censura, porque: (i) las normas con base en las cuales se expidió se declararon inconstitucionales o fueron objeto de anulación, modificadas o derogadas, razón por la que ha perdido su fuerza ejecutoria frente a los asuntos que aquellas normas regulaban; (ii) la OBP excedió sus facultades al imponer requisitos adicionales, que no estaban contemplados en el artículo 117 de la ley 100 de 1993 ni eran indispensables, al exigir soportes y documentos que no eran requeridos, comoquiera que reguló asuntos por fuera de los parámetros establecidos en la ley; (iii) las sanciones a que se hace referencia en el instructivo censurado no tienen fundamento legal, por cuanto las únicas vigentes al momento de la expedición del acto demandado, son las contenidas en el reglamento de sanciones, cobranzas y procedimientos del Instituto de Seguros Sociales⁷¹; y (iv) tampoco tiene justificación legal, la no emisión del bono pensional, como lo indica el instructivo censurado, por cuanto según el artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 se puede expedir de manera provisional y hay un término adicional de un mes para su emisión definitiva, cuando se necesiten adelantar trámites adicionales, el cual inclusive se puede reajustada en cualquier momento.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, sala de lo contencioso administrativo, sección segunda, subsección B, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

1.º Declarase la nulidad del instructivo 4 de 30 de diciembre de 2002, expedido por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por medio del cual se dan directrices sobre «[...] los soportes que deben mantener las Administradoras de Fondos Pensionales y enviar copia para la emisión, negociación y/o pago de bonos pensionales liquidados con un salario base que supera la máxima categoría del ISS (51)», de conformidad con la motivación.

2.º Ejecutoriada esta providencia, por secretaría de la sección, cúmplase lo ordenado en el artículo 173 del CCA y archívese el expediente, previas las anotaciones que fueren menester.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Este proyecto fue estudiado y aprobado en sala de la fecha.

CARMELO PERDOMO CUÉTER

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ

CÉSAR PALOMINO CORTÉS

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

¹ Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Mediante el Decreto 2013 de 2012, publicado en el diario oficial 48.567 de 28 de septiembre de 2012, se suprime el Instituto de Seguros Sociales (ISS) y se ordena su liquidación.

² Artículo 76 del Acuerdo 44 de 1989.

³ Decreto 2665 de 1988.

⁴ Folios 111 a 126.

⁵ Facultada para representar judicial y extrajudicialmente al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, según resolución 3133 de 19 de octubre de 2010.

⁶ Ver el parágrafo 2º del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

⁷ Modificado por el artículo 8 del Decreto 1774 de 1997.

⁸ Artículo 289 del Código de Procedimiento Civil (CPC).

⁹ Ver manual titulado «Sistema de Autoliquidación de Aportes -ALA- Guía para el patrono» en la página 14, letra a y en la comunicación VP.GNHL GALA No.22 de 23 de julio de 2002, suscrito por la entonces gerente nacional de historia laboral del ISS.

¹⁰ «Artículo 76. NOVEDADES SOBRE CAMBIOS DE SALARIOS. Los patronos están obligados a informar al Instituto tanto en la inscripción de sus trabajadores como en las relaciones mensuales de novedades los salarios reales devengados por éstos, aun cuando dichos salarios sobrepasen el límite superior de la máxima categoría señalada por el ISS».

¹¹ «Artículo 72.- Inscripción o reporte inexacto en cuanto a la cuantía del salario. EL patrono que no haya informado al Instituto el salario real del trabajador, dando lugar a que se disminuyan las prestaciones económicas que le pudieren corresponder a dicho trabajador o a sus derechohabientes en caso de muerte, deberá cancelar al beneficiario el valor de la diferencia que resulte entre la cuantía liquidada por el instituto con base en el salario asegurado y la que le hubiere correspondido en caso de haberlo reportado correctamente, sin perjuicio de la sanción a que hubiere lugar».

¹² «RESPONSABILIDADES DEL EMISOR Y DE TERCEROS- El emisor de cualquier bono responde por la correcta aplicación de todas las fórmulas matemáticas contenidas en el presente decreto. Por la veracidad de la información sobre la cual se basó el cálculo, responden, civil, fiscal y administrativamente, sin perjuicio de las acciones penales a que haya lugar, los empleadores, entidades administradoras, afiliados y, en general, cualquier tercero que haya certificado información que incida en el cálculo del bono».

¹³ «Artículo 56. VARIACIÓN EN EL VALOR DEL BONO. Cuando el valor de un bono emitido aumente, por efecto de una reclamación, se expedirá un bono complementario por la diferencia. Si el valor disminuye, se anulará el bono vigente y se expedirá uno por el nuevo valor, siempre y cuando el bono no esté en firme. Si el bono estuviere en firme, el responsable de los hechos que determinaron la disminución responderá por las sumas que se determinen judicialmente...».

¹⁴ «ARTÍCULO 128. Competencia. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia: 1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden».

¹⁵ Modificado por el Acuerdo 55 de 2003 del Consejo de Estado.

¹⁶ «Para efectos de repartimiento, los negocios de que conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo un criterio de especialización y de volumen de trabajo, así:

Sección Segunda: 1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales».

¹⁷ Consejo de Estado, sección primera, consejera ponente: María Elizabeth García González, sentencia de 7 de abril de 2011, expediente: 11001-03-24-000-2007-00079-00, actor: María Patricia Velasco Sierra, demandado: Nación-Ministerio de Transporte.

¹⁸ Sentencia de 25 de septiembre de 2003, expediente: 2002-00092-01(7807), consejera ponente: Olga Inés Navarrete Barrero.

¹⁹ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 10 de febrero de 2000, C.P. Olga Inés Navarrete Barrero.

²⁰ PENAGOS, Gustavo. Op. Cit. Pag. 84.

²¹ Consejo de Estado, auto de abril 23 de 1975, citado por el doctor Gustavo Penagos. Op. Cit. Pág. 89.

²² Consejo de Estado, sección primera, expediente: 5064, M.P.: Manuel Urueta Ayola, sentencia de 14 de octubre de 1.999.

²³ Sentencia de 9 de marzo de 2009, expediente 2005-00285, consejero ponente: Rafael E. Ostau de Lafont Planeta.

²⁴ Consejo de Estado, sección segunda, consejero ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, sentencia de 17 de mayo de 2012, expediente: 11001-03-25-000-2008-00116-00(2556-08), actor: Jorge Octavio Rozo Valenzuela, demandado: Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de la Protección Social.

²⁵ Consejo de Estado, sección segunda, subsección A, consejero ponente: Luis Rafael Vergara Quintero, auto de 31 de marzo de 2014, radicado 11001-03-25-000-2013-01383-00 (3496-2013), actor: Mauricio Eljach Galofre, demandado: Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones), medio de control de nulidad.

²⁶ Sentencia de 20 de marzo de 2013, M.P.: Gerardo Arenas Monsalve, expediente: (1575-12); sentencia de 17 de mayo de 2012, M.P.: Víctor Hernando Alvarado, exp. (2556-08); sentencia de 19 de marzo de 2009, M.P.: Rafael Ostau de Lafont Pianeta, Exp.00285; sentencia de 3 de febrero de 2000, M.P.: Manuel Santiago Urueta, Exp 5236, entre otras.

²⁷ Consejo de Estado, sección segunda, subsección B, magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 20 de marzo de 20013, expediente: 08001-23-31-000-2010-00135-01 (1575-2012), actor: Édgar Enrique Gil Mora, demandado: Distrito Industrial y Portuario de Barranquilla,

²⁸ Consejo de Estado, sección segunda subsección B, magistrado ponente: Gerardo Arenas Monsalve, sentencia de 10 de julio de 2014, expediente: 08001-23-31-000-2009-00545-01 (2420-2011), actor: Sindicato de Empleados de Inspecciones de Policía y Comisarías de Familia del Distrito de Barranquilla "Seinspocodib", demandado: Distrito Especial Industrial y Portuario De Barranquilla.

²⁹ Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 27 de noviembre de 2014, expediente: 05001 23 33 00 2012 00533 01, actor: Asociación de Institutores de Antioquia (ADIDA), demandado: Departamento de Antioquia, medio de control de nulidad.

³⁰ Ver artículo 41 de la ley 489 de 1998.

³¹ Los bonos expedidos por la Nación son títulos representativos de deuda pública.

³² La denominada fecha de corte no es un término jurídico sino financiero e indica el punto hasta el cual debe realizarse un cálculo determinado. En bonos pensionales, conforme a la ley, la fecha de corte indica el punto hasta el cual debe realizarse el cálculo.

³³ Las tablas de categorías y aportes del ISS a junio de 1992 estaban reguladas por los Decretos 1825 de 1965, 1036 de 1972, 2680 y 2394 de 1974, 3090 de 1979, 2630 de 1983, 2879 de 1985 y 2610 de 1989.

³⁴ Ley 100 del 23 de diciembre de 1993, «por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones», reglamentada parcialmente por los Decretos 692 de 1994 , 1889 de 1994, 1748 de 1995, 1406 de 1999, 1530 de 1996, 2577 de 1999, 800 de 2003, 3667 de 2004 y modificada por el artículo 36 del Decreto 126 de 2010.

³⁵ En desarrollo del Decreto 1266 de 1994 y en uso de las facultades extraordinarias que le confiere el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

³⁶ Decreto 1299 de 12 de junio de 1994, «por el cual se dictan las normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales», reglamentado por el decreto Nacional 2337 de 1996.

³⁷ Sentencia de 14 de julio de 2005, sala plena de la Corte Constitucional.

³⁸ Sentencia de 18 de octubre de 2005, expediente T-1021958, acción de tutela instaurada por José Joaquín Castillo García contra la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el Seguro Social y Carulla Vivero S.A., Magistrado Ponente: Jaime Araujo Rentería.

³⁹ Sentencia de la Corte Constitucional T-801 del 25 de septiembre de 2006, expediente 1359741. El accionante satisfizo los requisitos legales necesarios para obtener sus pensión de vejez y no se le ha reconocido ni pagado, la cual se calcularía con base en un bono pensional liquidado por un valor muy inferior al que le correspondería de aplicarse lo dispuesto por el Decreto 1299 de 1994. Según los parámetros que la Corte ha fijado, y que en la providencia se reiteran, la declaratoria de inexequibilidad que la sentencia C-734 hizo de la letra a del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994 tiene efectos hacia futuro y no puede modificar las condiciones de liquidación de los bonos pensionales de aquellas personas que ya habían adquirido el derecho a la emisión del mismo, esto es, desde el momento en el cual se produjo el traslado de régimen. La oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público deberá emitir y pagar el bono tipo a modalidad 2 y aplicar 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.

⁴⁰ Dijo la Corte: «[...] 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 dos mil cinco 2005), el literal a) del Artículo 5 es plenamente aplicable. De forma que si la persona se trasladó entre el 28 de junio de 1994 y el 14 de julio de dos mil cinco 2005, tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la determinación del bono pensional se calcule como lo establecía el literal a) del Artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994, esto es, tomando en cuenta el salario devengado por el beneficiario del bono a 30 de junio de 1992».

⁴¹ CASTILLO CADENA, Fernando. Problemas Actuales de Seguridad Social - Los Bonos Pensionales.

Grupo Editorial Ibáñez, Bogotá, 15 de septiembre de 2009, p. 54.

⁴² Corte Suprema de Justicia, sala de casación penal-sala segunda de decisión de tutelas, magistrado ponente: Jorge Luis Quintero Milanés, aprobado acta 183.

⁴³ Corte Suprema de Justicia, sala de casación laboral, magistrados ponentes: Gustavo José Gnecco Mendoza y Eduardo López Villegas, acta 37, expediente: 32349.

⁴⁴ Ver sentencia de 23 de julio de 2009, expediente: 35913, en la que se reiteró el criterio expuesto en la del 31 de marzo de 2009, exp. 31.855.

⁴⁵ Decreto 1748 de 12 de octubre de 1995, “por el cual se dictan normas para la emisión, cálculo, redención y demás condiciones de los bonos pensionales y se reglamentan los Decretos leyes 656, 1299 y 1314 de 1994, y los artículos 115, siguientes y concordantes de la Ley 100 de 1993”.

⁴⁶ Fecha base para bonos tipo A.

⁴⁷ Consejo de Estado, sección segunda, consejera ponente: Bertha Lucía Ramírez de Páez, sentencia de 4 de

⁴⁸ Decreto 13 del 9 de enero de 2001, «Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 11, 117 y 128 de la Ley 100 de 1993, el Decreto-Ley 1314 de 1994 y el artículo 20 del Decreto-Ley 656 de 1994».

agosto de 2010, expediente: 11001-03-25-000-2003-00268-01(2523-03), actor: Jorge Enrique Romero Tello, demandado: Gobierno nacional.

⁴⁹ Este inciso fue adicionado por el artículo 21 del Decreto Nacional 1513 de 1998.

⁵⁰ Artículo modificado por el artículo 24 del Decreto 1513 de 1998.

⁵¹ Este inciso fue adicionado por el artículo 25 del Decreto 1513 de 1998.

⁵² Decreto 3063 de 29 de diciembre de 1989 “por el cual se aprueba el acuerdo 044 de 1989 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios”, el que a su vez “adoptó el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción a los Seguros Sociales Obligatorios del Instituto de Seguros Sociales”.

⁵³ «ARTICULO 40. EFECTOS LEGALES DE LAS CONDUCTAS SANCIONABLES. La imposición de las sanciones establecidas en este Reglamento, es independiente de la responsabilidad penal, civil o laboral que la conducta violatoria de los Reglamentos pueda originar y, su pago no eximirá a los infractores de las obligaciones consagradas en la ley y en los Reglamentos tales como: cancelación del capital constitutivo y de los aportes patrono-laborales, cancelación de los intereses corrientes y moratorios, reembolso del valor de las prestaciones económicas y asistenciales, desafiliación del régimen y, pérdida o suspensión, según el caso de las respectivas prestaciones».

⁵⁴ «ARTICULO 10. COMPETENCIA PARA IMPONER SANCIONES. El Director General del Instituto, será competente para imponer las sanciones por violación de los Reglamentos del ISS. Sin embargo no se requerirá pronunciamiento especial, cuando las sanciones se produzcan automáticamente por ministerio de los Reglamentos como serían los casos de: suspensión de las prestaciones de salud por mora en el pago de aportes, cuando el beneficiario no se someta a las prescripciones médicas o cuando el afiliado omita la identificación de un derechohabiente o, en el caso de desafiliación por mora en el pago de los aportes del trabajador independiente o del trabajador del servicio doméstico que cotice por debajo del salario mínimo legal».

⁵⁵ «ARTICULO 45. CONOCIMIENTO A PREVENCION. 1. Cuando el Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social o el Ministerio de Salud, a través de sus dependencias hubiere iniciado una investigación por violación de las normas que Reglamentan la Salud Ocupacional, el ISS se abstendrá de abrir investigación por la misma conducta, pero tendrá derecho a que la respectiva entidad oficial le informe sobre su resultado, para los efectos legales y reglamentarios a que hubiere lugar. [...]».

⁵⁶ Decreto 3063 de 29 de diciembre de 1989, «por el cual se aprueba el acuerdo 044 de 1989 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios», el que a su vez «adoptó el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción a los Seguros Sociales Obligatorios

del Instituto de Seguros Sociales».

⁵⁷ «por el cual se dictan normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales », expedido de conformidad con las facultades extraordinarias otorgadas al presidente de la República en el numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993, en armonía con el artículo 150 de la Constitución Política.

⁵⁸ Decreto declarado exequible por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-376 de agosto de 1995, magistrado ponente: Jorge Arango Mejía, y posteriormente inexequible la letra a del artículo 5º por la sentencia C-734 de 14 de julio de 2005.

⁵⁹ Con base en las facultades del numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política.

⁶⁰ «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».

⁶¹ Decreto 1689 de 2 de agosto de 2002, «por el cual se modifica parcialmente la estructura del Ministerio de Hacienda y Crédito Público», expedido por el presidente de la República, en ejercicio de las facultades que le confiere el numeral 16 del artículo 189 de la Constitución Política y el artículo 54 de la Ley 489 de 1998.

⁶² Por el cual se modifica el artículo 11 del Decreto 4712 de 2008.

⁶³ Ver instructivos 6 de 21 de septiembre de 2005, 8 y 9 de 2007.

⁶⁴ Asunto: redención anticipada de bonos. - pago del bono actualizado y capitalizado desde la fecha de corte hasta la fecha de siniestro o última cotización al raiis y solo actualizado hasta la fecha de pago.

⁶⁵ «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:

[...]

2. Cuando desaparezcan sus fundamentos de hecho o de derecho. [...].».

⁶⁶ Lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

⁶⁷ Ver entre otras, sentencia de 22 de noviembre de 2007 de la sección segunda del Consejo de Estado, expediente: 11001-03-25-000-2005-00160-01(7430-05), consejero ponente: Jaime Moreno García.

⁶⁸ «Antes de analizar los cargos de ilegalidad propuestos, y en atención a la solicitud de fallo inhibitorio sugerida por el apoderado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, cuyo fundamento radica en la falta de vigencia del Decreto 2263 de octubre 26 de 2001, por haber sido modificado mediante el artículo 1º del Decreto 324 de febrero 28 de 2002, la Sala advierte que tal circunstancia no constituye impedimento para que proceda un pronunciamiento de fondo en relación con la disposición reglamentaria acusada. Lo anterior, porque tal como lo ha sostenido la Corporación, basta que una norma jurídica de contenido general haya tenido vigencia por un pequeño lapso, para que la jurisdicción deba pronunciarse ante la nulidad propuesta, pues en ese período pudieron afectarse situaciones jurídicas particulares surtidas al amparo de la norma presuntamente ilegal, que ameriten la reparación del daño o restauración del derecho eventualmente conculado, lo cual sólo es posible en virtud del pronunciamiento definitivo del juez administrativo que la anula o la declara ajustada a derecho, ya que la derogatoria surte efectos

hacia el futuro, sin afectar lo ocurrido durante la vigencia de la norma y sin restablecer el orden violado, mientras que la anulación lo hace ab initio, restableciéndose por tal razón el imperio de la legalidad». Consejo de Estado, consejera ponente: Ligia López Díaz, sentencia de 2 de septiembre de 2004, expediente: 11001-03-27-000-2003-0032-01 (13821). En el mismo sentido ver la sentencia de 22 de septiembre de 2010, consejo ponente: Víctor Hernando Alvarado Ardila, expediente 11001-03-25-000-2008-00122-00 (2655-2008).

⁶⁹ Sentencias de la Corte Constitucional C- 307 de 29 de abril de 2009, magistrado ponente: Jorge Iván Palacio Palacio, y C- 212 de 17 de febrero de 2010, magistrado ponente: Juan Carlos Henao Pérez.

⁷⁰ Sentencia C-734 de 2005, que declaró inexequible la letra a del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994.

⁷¹ Decreto 2665 de 26 de diciembre de 1988, en armonía con los párrafos de los artículos 19 y 25, y el artículo 72 del decreto 3063 de 1989.

Fecha y hora de creación: 2026-02-09 10:27:28