

ACLARACIÓN DE VOTO

Si bien inicialmente planteo el disenso con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala porque en el pasado he participado de la tesis referida a la procedencia de la reliquidación del bono pensional a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA en los casos en que se acredita que el salario devengado al 30 de junio de 1992 era superior al máximo asegurable para esa época (categoría 51 - \$665.070)¹, en esta oportunidad después de reexaminar el asunto planteo en cumplimiento de la carga de transparencia, las razones para acoger el criterio mayoritario de la Sala.

El presupuesto para el análisis en las oportunidades anteriores se sustentó en el hecho de que la sentencia **C-734 de 2005** no fue emitida con efectos retroactivos considerando así que los afiliados al régimen de prima media que se trasladaron entre el **22 de junio de 1994** y el **14 de julio de 2005** tenían un derecho adquirido protegido constitucionalmente a que el bono pensional tipo A modalidad 2 se liquidara con base en la norma que se encontraba vigente al momento en que se causó el derecho al bono. Así, se resaltó en aquella oportunidad que justamente para garantizar y proteger ese derecho adquirido y en razón del precedente constitucional (T 147, T 801, T 920 - T 1087 de 2006 y T 467, T 660 de 2007) se había emitido el **Decreto 3366 del 6 de septiembre de 2007**, concluyendo que es el literal a) del artículo 5º del DL. 1299 de 1994 el que se debe aplicar a quienes ejercieron el derecho de traslado de régimen en tal lapso.

Se consideró así que cuando en virtud de lo previsto en el **artículo 8 del Decreto 1474 de 1997** el trabajador controvierte el salario base con el que se liquidó su bono acreditando dentro del proceso con las pruebas que se indican en tal disposición que el salario devengado al 30 de junio de 1992 era superior, es al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OFICINA DE BONOS PENSIONALES a quién le corresponde emitir, liquidar y pagar el BONO PENSIONAL COMPLEMENTARIO.

Pero después de analizar el copioso y reiterado precedente de la Sala de Casación Laboral sobre la materia² arribo a las siguientes conclusiones:

En primer lugar, encuentro que el precedente de la Alta Corporación en el que se ha decidido inaplicar el artículo 5 del Decreto 1299/94 dándole prevalencia a lo estatuido

¹ Verbi gratia en el proceso **05001 31 05 003 2013 – 01619**, oportunidad en la que fui ponente de la sentencia proferida el **22 de mayo de 2018**

² **Año 2019:** SL 1042, SL2515, SL3717, SL5000, SL 5366. **Año 2020:** SL1070, SL 1212, SL2369, SL 2973, SL3884, SL3958, SL 4605. **Año 2021:** SL 300, SL323, SL484, SL2142, SL2190, SL2956. **Año 2022:** SL 308, SL378, SL 1704, SL 1699, SL 308

en la Ley 100 de 1993 y demás decretos reglamentarios, en manera alguna puede pensarse que conlleve a darle efectos retroactivos a la sentencia C-734/05, resultando claramente ilustrativo lo definido en la **SL1042-2019** proferida en proceso seguido también contra el ente ministerial que fue llamado a juicio, en asunto similar al que ahora ocupa nuestra atención, y en la que se puntualizó:

«Entonces, el literal a) del artículo 5.º del Decreto-Ley 1299 de 1994 no solo se expidió por fuera de las facultades entregadas al Presidente de la República, aspecto que finalmente provocó su inexecutable en el año 2005, sino que, además, desde un inicio suscitó un problema jurídico de incompatibilidad normativa bidimensional: (1) con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, el cual había dispuesto todo lo contrario, esto es que la pensión de referencia se liquidaba teniendo en cuenta «la base de cotización del afiliado a 30 de Junio (sic) de 1992» y no lo devengado; y (2) con los principios y directrices que inspiran el actual sistema de seguridad social, de los cuales deriva la regla según la cual las pensiones se financian con lo efectivamente cotizado».

En efecto, analizando el articulado de la Ley 100 en su conjunto³ y los diversos precedentes referidos a problemas jurídicos relacionados con los criterios para cuantificar el valor de las prestaciones del sistema de seguridad social, es claro que en virtud del carácter contributivo del sistema el valor de las prestaciones depende de lo **efectivamente cotizado** por cada afiliado⁴, aspecto que por demás fue definido en el **inciso 6.º del Acto Legislativo 01 de 2005**:

“Para la liquidación de las pensiones sólo (sic) se tendrán en cuenta los factores sobre los cuales cada persona hubiere efectuado cotizaciones”.

En segundo lugar y en desarrollo del principio de solidaridad establecido en el artículo 48 de la Carta Política norte del sistema de seguridad social, nuestro ordenamiento jurídico no solo procura porque las pensiones sean financiadas con los aportes realizados por los afiliados durante su vida laboral, sino que propende por evitar que subsidios públicos dirigidos a la población vulnerable y más pobre de la sociedad terminen destinándose a cubrir las pensiones más altas. Y es claro que la tesis con la que se pretende la aplicación del artículo 5 del Decreto 1299 de 1994 conduce a que la diferencia en el valor del bono pensional sea sufragada directamente por La Nación con recursos públicos del presupuesto en favor de un trabajador de altos ingresos sin que exista un fundamento constitucional que respalde ese beneficio.

En efecto, en su momento la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado el 16 de diciembre de 2003, no solo advirtió el exceso en las atribuciones reglamentarias al momento de la expedición del literal a) del artículo 5º del Decreto-Ley 1299 de 1994 sino también una posible violación de la prohibición del artículo 335 de la Constitución

³ artículo 13 literal g), artículo 21, artículo 117 de la Ley 100 de 1993

⁴ SL17021-2016, SL 061- 2021, SL 1967-2021, aspecto analizado por la Corte Constitucional en la sentencia SU 023 DE 2018

Política de «decretar auxilios o donaciones a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado». En lo pertinente, señaló esa Corporación:

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

Así, concuerdo con el análisis efectuado por la Sala de Casación Laboral resaltando lo definido en la sentencia **SL2956-2021** en la que se indica que la materialización de ese propósito de financiación pensional basado en lo cotizado y no en lo devengado se refleja en disposiciones como: i) el literal g del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que prevé la suma de semanas cotizadas a efectos de financiar y calcular las pensiones; ii) el literal l de igual disposición, que prohíbe sustituir semanas de cotización «con el cumplimiento de otros requisitos distintos a cotizaciones efectivamente realizadas» ; iii) el inciso final del artículo 18 *ibidem*, que señala que «el monto de la cotización mantendrá siempre una relación directa y proporcional al monto de la pensión» y, iv) el 21 *ib.* que establece la integración del ingreso base de liquidación con los salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado.

De este modo, con apego a la exclusión de lo previsto en el artículo 5° del Decreto Ley 1299 de 1994 y en el Decreto 3366 de 2007 para efectos de la cuantificación del bono pensional tipo A, esto es, de las personas que se trasladaron del régimen de prima media al de ahorro individual, el salario de referencia **no es** el “devengado” a 30 de junio de 1992 **sino el cotizado** conforme la categoría asegurable según lo previsto en el artículo 2° del Acuerdo 048 de 1989 aprobado por el Decreto 2610 del mismo año, siendo la máxima la número 51 equivalente a \$22.169 diarios o \$665.070 mensuales.

Por ello, aunque la remuneración percibida por el afiliado como en este caso hubiera sido superior a la categoría 51, máxima asegurable, esta circunstancia no tiene ninguna repercusión en perspectiva a la determinación del salario de referencia para cuantificar el bono pensional, pues las cotizaciones a cargo del empleador debían sujetarse a esos montos asegurables y límites propuestos en los reglamentos del ISS. Frente a este punto en el fallo **CSJ SL16 mar. 2008, rad. 25608, reiterado entre otros, en el SL685-2017 y SL1977-2019** se precisó lo siguiente:

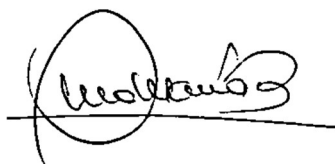
Y ese es el caso que señala la impugnación, puesto que ante un salario máximo asegurable, aunque inferior al realmente percibido por el trabajador, lógicamente que no patentiza un incumplimiento del empleador por allanarse al régimen del Seguro Social respecto a las tablas de categorías y a los salarios bases cotizables, y menos aún puede acarrear la consecuencia prevista en el referido artículo 72, porque al liquidar la pensión sobre la categoría límite, no resultaría una diferencia insoluta a favor del trabajador afiliado, ni un saldo a cargo del empleador que omitió la información, se repite, sin consecuencia frente al ISS.

Entonces, si el ISS no admitía cotizaciones sobre un salario mayor al reportado por la empleadora, ella no incumplía obligación alguna por el hecho de pagar al trabajador un salario superior al máximo asegurable, porque sencillamente podía hacerlo –como adelante se explicará-, sin que tal situación le impusiera el pago de una pensión distinta a la reconocida por el ISS, ni de una diferencia pensional, dada precisamente la condición de empresa inscrita aportante que la liberaba de la carga prestacional que asumió el Instituto.

Y aunque el artículo 76 de la misma normatividad imponía al empleador la obligación de reportar los salarios reales percibidos por los asegurados, al señalar que: “[...] 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, aún cuando dichos salarios sobrepasen el límite superior de la máxima categoría señalada por el ISS.”, la verdad es que no puede derivarse, como consecuencia de la falta de esa información, la de tener que asumir el empleador una diferencia pensional inexistente, si se tiene en cuenta que un reporte de otro salario no hubiera conducido a que el ISS otorgara una pensión superior, tal cual quedó examinado.

Además, las sanciones previstas en los propios reglamentos del ISS tienen origen en las omisiones del empleador que conlleven un perjuicio para el trabajador afiliado (ver por ejemplo el mencionado artículo 72 del Acuerdo 044 de 1989 o el 26 del Decreto 2665 de 1988), mas no pueden extenderse tales sanciones, como lo sería el asumir el pago de las diferencias pensionales, cuando no hay mengua o menoscabo, en el monto de la prestación que recibe el asegurado, como es lo que ocurre cuando el ISS obtiene el máximo valor del salario mensual de base y sobre él liquida la pensión de vejez.

Consecuencia de lo dicho es que el reporte del salario base de cotización en la cuantía máxima que permitía el ISS, acorde con sus reglamentos, conllevaba al reconocimiento de la pensión por esta entidad, como efectivamente ocurrió en este caso, sin que COLSUBSIDIO tuviera a su cargo rubro alguno, dado que cumplió cabalmente las disposiciones reglamentarias y legales de aportes.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ana Maria Zapata Perez', is written over a horizontal line.

ANA MARIA ZAPATA PEREZ
Magistrada