

Pontificia Universidad Javeriana

From the Selected Works of Fernando Castillo Cadena

December, 2013

Equidad Pensional y Salario Base. La interpretación judicial como base de inequidad

Fernando Castillo Cadena, *Pontificia Universidad Javeriana*



Available at: https://works.bepress.com/fernando_castillo_cadena/32/

**EQUIDAD PENSIONAL Y SALARIO BASE.
LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL ACTUAL
COMO BASE DE INEQUIDAD***

**PENSION EQUITY AND BASE SALARY.
THE CURRENT JUDICIAL INTERPRETATION
AS A BASIS OF INEQUALITY**

*Fernando Castillo Cadena***

*Fecha de recepción: 26 de agosto del 2013
Fecha de aceptación: 25 de septiembre del 2013*

Para citar este artículo / To cite this article

Castillo Cadena, Fernando, *Equidad pensional y salario base. La interpretación judicial actual como base de inequidad*, 127 *Vniversitas*, 17-60 (2013)
doi:10.1144/Javeriana.VJ127.epsb

* Este artículo de investigación es realizado como producto adscrito al Grupo de Investigación en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana.

** Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y abogado litigante y consultor en temas relacionados con la seguridad social, el derecho del trabajo y la hacienda pública en general. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho Económico de la Pontificia Universidad Javeriana. Abogado egresado de la Universidad Santo Tomás, seccional Bucaramanga. Correo electrónico: f.castillo@javeriana.edu.co

RESUMEN

El presente trabajo aborda el actual problema de interpretación sobre lo que debe entenderse como salario de base para la liquidación del bono pensional tipo A de modalidad 2, a favor de los afiliados que se trasladan al régimen de ahorro individual, mostrando cómo las interpretaciones de la Corte Constitucional y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no se adecúan a los contenidos financieros y económicos que la misma ley contempla y, como consecuencia, generan problemas de equidad pensional.

Palabras clave autor: Bono pensional, pensión de vejez de referencia, salario de referencia, base de cotización, salario devengado.

Palabras clave descriptores: Pensiones a la vejez, Jubilación, bonos pensionales, salario mínimo.

Clasificación JEL: D63, H53, H55, K39

ABSTRACT

This paper addresses the current problem of interpretation of what should be understood as basic salary for the settlement of the pension bond type A mode 2, for members who move to individual savings scheme, showing how interpretations of the Constitutional Court and the Labor Appeal Chamber of the Supreme Court do not conform to the financial and economic content the law provides, and therefore, create problems of pension equity.

Keywords Author: Pension bonus, pension age reference, reference wage contribution base salary earned.

Keywords plus: Old age pensions, retirement, pensions bonds, wages-minimum wage.

JEL Classification: D63, H53, H55, K39

SUMARIO

INTRODUCCIÓN.- I. EL PAPEL DEL BONO PENSIONAL EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y SU FORMA DE LIQUIDACIÓN.- II. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS.- III. EL ARTÍCULO 117 DE LA LEY 100 DE 1993.- *A. La norma busca hallar un salario futuro.- B. Equiparación entre base de cotización y salario.- C. Los salarios medios nacionales.- 1. El efecto de la aplicación de los salarios medios nacionales.- 2. Una temprana conclusión.- D. La pensión de referencia.*- IV. REPAROS A LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LAS ALTAS CORTES EN RELACIÓN CON EL “SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE REFERENCIA”.- *A. La Sala de Casación Laboral no ha tenido en cuenta para su interpretación el contenido íntegro del artículo 117 de la Ley 100 de 1993.- B. La Corte Constitucional tampoco tuvo en cuenta en la Sentencia C-734 de 2005 el contenido íntegro del artículo 117 de la Ley 100 de 1993.*- CONCLUSIONES.

INTRODUCCIÓN

La Ley 100 de 1993 creó la institución del bono pensional como mecanismo de homologación de los tiempos de servicios y cotizaciones de los afiliados que decidieran trasladarse al Régimen de Ahorro Individual¹.

El artículo 117 de la mencionada ley estableció dos fórmulas de cálculo del bono pensional: una para los afiliados que ingresaron por primera vez a la fuerza laboral antes del 1° de julio de 1992 y otra para aquellos que ingresaron por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 30 de junio de 1992. El Decreto Reglamentario 1748 de 1995 denominó a los bonos que se calculan para el primer grupo de trabajadores “bonos tipo A de modalidad 2”, mientras que a los segundos los denominó “bonos tipo A de modalidad 1”². El presente trabajo aborda única y exclusivamente la fórmula de cálculo de los bonos tipo A de modalidad 2, aunque sus resultados pueden ser extendidos a los bonos tipo B³.

Conforme con la mencionada ley,

[...] los bonos pensionales (de modalidad 2) se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el periodo que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes, a los 62 años si es hombre y 60 si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia.

-
- 1 Los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida, no fueron realmente reglamentados en la Ley 100 de 1993. Mientras los artículos 113 a 127 de la Ley 100 establecen los parámetros y variables para el cálculo del bono pensional por traslado al régimen de ahorro individual, los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al Instituto de Seguros Sociales fueron “creados” por el inciso final del artículo 128 de la Ley 100, el cual estableció que “*Los servidores públicos nacionales, cualquiera sea el régimen que seleccionen tendrán derecho a bono pensional*”.
 - 2 Estos últimos bonos se calculan como el valor de las cotizaciones efectuadas por el afiliado desde que inició su vida laboral hasta la fecha de su traslado, más los rendimientos obtenidos.
 - 3 El Decreto Ley 1314 de 1994, dando forma a lo establecido en el inciso final del artículo 128 de la Ley 100 de 1993, implementó los bonos pensionales por traslado de servidores públicos al régimen de prima media con prestación definida. A dichos bonos en la jerga se le denominan bonos tipo B. El concepto de salario base que estudiamos en el presente trabajo también aplica para ellos.

Para hacer el cálculo de la “pensión de referencia” ordenado por la norma, el legislador estableció que el dato principal o variable base para el cálculo es *“la base de cotización 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”*. Aunque la norma sugiere equiparación entre base de cotización y salario devengado, este tema no ha sido pacífico en la jurisprudencia nacional ni en la doctrina.

La Corte Constitucional declaró, mediante la Sentencia C-734 de 2005, inexecutable una aparente interpretación de la norma en comento plasmada en el literal a) del artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994. La Corte estableció que el gobierno se excedió en el uso de las facultades otorgadas por el Congreso de la República, dado que en su sentir las facultades extraordinarias otorgadas no eran *“[...] para regular aspectos relacionados con el reconocimiento y liquidación de la pensión de vejez, como lo es precisamente el tema de la definición del salario base de liquidación de tal prestación”*⁴.

En otra interpretación la Corte Suprema de Justicia, rebelándose de cierta manera a las normas de carácter nacional como son los decretos reglamentarios, ha considerado que el término “base de cotización” establecido en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 se refiere a las “bases de cotización” establecidas por el sistema de categorías del Instituto de Seguros Sociales con base en la cual se pagaban los aportes a la seguridad social antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993⁵. Con base en su particular interpretación, ha

4 Cfr. Numeral 7.3 de la Sentencia C-734 de 2005 proferida por la Corte Constitucional.

5 Al 30 de junio de 1992 el Instituto de Seguros Sociales mantenía dos formas de liquidación de aportes: el Sistema de Autoliquidación de Aportes – ALA y el sistema de facturación. En el sistema ALA no existen mayores problemas para determinar el salario devengado y reportado, a cualquier fecha, toda vez que la información la suministraba el empleador en archivos planos. En el sistema de facturación, que implicaba el cumplimiento del deber de reportar, por parte del empleador, cualquier variación real del salario, incluso por encima de la “categoría máxima”, es donde se presentan problemas, dado que los empleadores no reportaban el salario real devengado por el afiliado, para evitar pagar mayores aportes, fenómeno conocido como elusión.

En el sistema de facturación existían los salarios comprendidos entre el salario mínimo y 21 veces dicho valor, y se agrupaban en diferentes categorías. Sobre cada categoría debe establecerse un salario promedio, con el cual se determina el valor del aporte. A este salario promedio se le denominó “salario base mensual”. El problema se da porque la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia considera que los bonos con salarios de categoría 51, que era la máxima vigente a 1992, solo se pueden liquidar con base en \$665.070 (salario promedio de la categoría que corresponde a 10.2 salarios mínimos de la época) en detrimento de las normas legales y reglamentarias que señalan que, para esta categoría, son compatibles

decidido inaplicar los Decretos 1748 de 1995 y 3366 de 2007 para resolver los conflictos que se presentan en relación con los bonos pensionales que se deben liquidar con salarios superiores a 10,2 salarios mínimos, decreto que fue promulgado para resolver el conflicto de aplicación en el tiempo de la norma con rango material de ley declarada inexecutable, pero además por otras consideraciones que se revelarán en este estudio.

El presente trabajo de investigación pretende mostrar cómo las interpretaciones judiciales de normas con contenido financiero-económico que se realizan en forma restrictiva se desvían de las finalidades perseguidas por la ley, básicamente de aquellas que intentan brindar equidad general.

Para lograr nuestra finalidad, en primer lugar mostraremos cuál es el papel que el bono pensional juega en el Sistema General de Pensiones y los pasos que se deben seguir para su liquidación. En forma posterior, en segundo lugar esbozaremos los problemas objeto de investigación. En el tercer apartado estudiaremos a fondo los pasos para la liquidación de la pensión de vejez de referencia, desarrollando los literales a) y b) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993. En seguida mostraremos, dado el análisis previo, algunos reparos a la interpretación de las dos altas Cortes en relación con el “salario de base para la liquidación de la pensión de referencia”. Finalmente, ofreceremos algunas conclusiones.

I. EL PAPEL DEL BONO PENSIONAL EN EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y SU FORMA DE LIQUIDACIÓN

El Sistema General de Pensiones, en adelante SGP, fue concebido bajo una estructura de mercado de corte oligopólico, con la pretensión de que desarrollara procesos competitivos entre los regímenes de prima media con prestación definida, RPM, y de ahorro individual con solidaridad, RAIS. Para lograr este cometido se le otorgó a los afiliados el derecho a la libre selección de régimen, el cual podía ser

los salarios devengados por el trabajador, reportados a la seguridad social hasta por un valor de \$1'303.800 (veinte salarios mínimos de la época), y que por tanto el bono debe liquidarse por este último valor (salario devengado y reportado) que no por el de la categoría, a menos que no se haya reportado un salario diferente a los \$665.070 o se haya reportado un salario que no corresponde a dicha categoría.

ejercido por una vez cada tres años, de forma tal que las entidades administradoras de pensiones debían competir por los afiliados⁶.

El objetivo del sistema así diseñado no era otro que, bajo la lógica de mercado, el afiliado decidiera de manera libre y voluntaria en qué régimen pensionarse, permitiéndole reevaluar su decisión cada tres años; decisión que solo quedaba consolidada totalmente cuando el afiliado efectivamente se pensionara en uno de los dos regímenes del Sistema General de Pensiones⁷.

Ahora bien, para lograr el acceso a la pensión, la ley estableció que las semanas cotizadas en ambos regímenes son válidas para el acceso a las prestaciones propias de la seguridad social en pensiones con las particularidades propias del régimen en que el afiliado se pensiona. Interpretando lo anterior bajo reglas de mercado, fácilmente se puede deducir que la unidad básica de intercambio (la moneda) para determinar (comprar) el acceso a la pensión es la semana de cotización; y el producto (por ejemplo la pensión de vejez), en principio se puede “comprar” cuando el afiliado reúna un número determinado de semanas de cotización. En términos de cuenta, el afiliado ahorra semanas de cotización para “comprar” una pensión. Ahora bien, el derecho “de compra” de la prestación solo se puede ejercer al momento en que el afiliado cumpla con una edad previamente determinada en la ley o cuando se da una circunstancia habilitante para su ejercicio, como puede ser la invalidez o la muerte. De otro lado, la unidad “semana de cotización”, tiene un valor económico que es igual al aporte mensual convertido en términos semanales⁸, lo que permite su acumulación en las cuentas de ahorro individual, y la generación de rendimientos, con miras a acceder a una pensión con base en el capital cuya cuantía depende del valor ahorrado, no del número de semanas cotizadas.

6 Actualmente el derecho de selección de régimen solo se puede ejercer por una vez cada cinco años con un límite: nadie se puede trasladar cuando le falten 10 años o menos para llegar a la edad mínima de pensión (62 para los hombres; 57 para las mujeres). Véase el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

7 La Ley 797 de 2003 limitó el régimen de libertad de traslado, estableciendo que nadie se puede trasladar cuando le falten 10 años o menos para llegar a la edad de pensión.

8 El párrafo segundo del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 señala: “*Parágrafo 2. Para los efectos de las disposiciones contenidas en la presente ley, se entiende por semana cotizada el periodo de siete (7) días calendario. La facturación y el cobro de los aportes se harán sobre el número de días cotizados en cada periodo*”.

Para permitir el correcto funcionamiento del sistema se estableció, en ambos regímenes, opciones pensionales a las cuales se puede acceder mediante el cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización; es decir, en ambos regímenes, la acumulación de semanas de cotización, previo cumplimiento de una edad, otorga normalmente el derecho a una prestación económica⁹.

Sin embargo, un punto quedaba sin resolver: ¿cómo homologar los tiempos de cotización o servicios prestados antes de la entrada en vigencia del SGP? Para resolver este punto, la Ley 100 de 1993 estableció la institución del bono pensional, como mecanismo de homologación de los tiempos de servicios y cotizaciones de los afiliados que decidieran trasladarse al Régimen de Ahorro Individual. Para los que decidieran permanecer en el RPM, en principio, los tiempos servidos o cotizados, sin necesidad de mecanismo adicional *ex ante*, se debían convalidar directamente como semanas de cotización¹⁰.

El bono pensional, cuyo precedente inmediato es el bono de reconocimiento propio del sistema pensional chileno¹¹, debía tener la virtud de ser compatible con las formas legales de acceso a la pensión que la ley autoriza: a) por el cumplimiento de requisitos de edad y semanas de cotización para las pensiones en sede de prestación definida; y b) por acumulación del capital necesario para el RAIS.

Para cumplir la finalidad trazada, el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 estableció la siguiente fórmula sacramental:

9 El lector establecerá que ello no es cierto para el régimen de ahorro individual, pues es el saldo en la cuenta de ahorro (dinero efectivo) lo que permite establecer si hay o no derecho a la pensión. Sin embargo, debe recordar que cuando el capital no es suficiente para financiar la pensión, se abre la posibilidad de acceder a la pensión de vejez mediante el cumplimiento de la edad de pensión y el requisito de semanas de cotización. A esta posibilidad se le denomina pensión de vejez en sede de garantía estatal y se encuentra regulada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Además, debe recordarse que para el acceso y determinación del monto de la pensión de invalidez y de sobrevivientes se exige el cumplimiento de un mínimo de semanas de cotización.

10 *Ex post* las entidades de previsión en sentido propio, o las que actúan como si lo fueran, deben asumir o una prorrata de la pensión reconocida en proporción al tiempo que el afiliado mantuvo con ella su vinculación denominada cuota parte, o un bono pensional tipo b que, aunque transmite capital, en realidad convalida tiempos de cotización o servicios. Para la convalidación de tiempos prestados en empresas que reconocían y pagaban sus propias pensiones, se obligó al traslado del valor de la reserva actuarial proporcional, o en su defecto la expedición de un título pensional bajo los trámites del Decreto 1887 de 1994.

11 Al respecto puede consultarse el Decreto 3500 de 1980 de la República de Chile publicado en el Diario Oficial del 13 de noviembre de 1980.

Los bonos pensionales se expedirán por un valor equivalente al que el afiliado hubiera debido acumular en una cuenta de ahorro, durante el periodo que haya efectuado cotizaciones al ISS o haya sido servidor público o haya estado empleado en una empresa que deba asumir el pago de pensiones, hasta el momento de ingreso al sistema de ahorro, para que a ese ritmo de acumulación, hubiera completado el capital necesario para financiar una pensión de vejez y de sobrevivientes, a los 62 años si es hombre y 60 si son mujeres por un monto igual a la pensión de referencia.

Como se observa, la ley convalida con el bono pensional el tiempo de cotizaciones o servicios realizados con anterioridad al traslado del afiliado al régimen de ahorro individual, estableciendo un momento específico, aunque supuesto, para acceder a la pensión: los 62 años para los hombres y los 60 años para las mujeres¹². Al mismo tiempo, tiene la virtud de cuantificar el valor actuarial de la reserva pensional para el financiamiento de la pensión del afiliado, permitiendo determinar el valor de acumulación proporcional al tiempo de cotizaciones realizado hasta el momento del traslado y además, en su mínima unidad, el valor de la cotización semanal mínima necesaria para alcanzar el capital necesario para financiar una pensión, dada la tasa de interés.

Ahora bien, el cálculo del bono pensional, conforme al inciso transcrito del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, implica los siguientes pasos:

- i. Determinar la pensión de referencia.
- ii. Hallar el capital necesario para financiar una pensión equivalente a la pensión de referencia.
- iii. Hallar el valor proporcional (valor equivalente) del capital necesario que el afiliado hubiera debido acumular en la cuenta de ahorro individual para financiar una pensión equivalente a la pensión de referencia.

Para hallar la pensión de referencia, la legislación requirió un dato personal real, del afiliado que se traslada al régimen de ahorro individual, con el cual determinar el valor de la reserva actuarial para el financiamiento de la pensión, y con base en ello, el valor

12 En este trabajo no se discutirá por qué el artículo 117 estableció como edad supuesta para la pensión de las mujeres los 60 años, a pesar de que el artículo 65 de la misma señala que la edad de pensión para dicha población es de 57 años.

del bono pensional. A ese dato necesario, el Decreto Ley 1299 de 1994, lo denominó “salario base de liquidación de la pensión de referencia”. Es este concepto el que ha venido presentando problemas de entendimiento y ha generado no poca controversia en cuanto a su alcance.

En este trabajo solo se abordará el primer paso del procedimiento necesario para la liquidación del bono pensional, esto es, la determinación de la pensión de referencia¹³, pues es el que muestra de manera fehaciente las consecuencias jurídicas y económicas de una indebida interpretación de la norma.

II. LOS PROBLEMAS JURÍDICOS

En la Sentencia C-734 de 2005 la Corte Constitucional señaló: “*En lo que respecta a los artículos 4 y 5, estos consagran asuntos referidos al cálculo de la pensión de vejez y al salario base de cotización de dicha pensión para los afiliados al sistema de seguridad social con anterioridad al 30 de julio de 1992*”.

Y más adelante apuntó:

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

El primer problema jurídico que se busca resolver es si, como lo supone la Corte Constitucional en la citada sentencia, los artículos 4 y 5 del Decreto Ley 1299 de 1994 buscaron cambiar las reglas de cálculo de la pensión de vejez establecidas en la Ley 100 de 1993,

13 Una completa explicación de los aspectos técnicos y jurídicos necesarios para el cálculo del bono pensional puede ser encontrada en: Fernando Castillo Cadena, *Problemas Actuales de Seguridad Social: Los bonos pensionales*, Pontificia Universidad Javeriana – Editorial Ibáñez, Bogotá D.C. (2009). Sin embargo, en dicho libro no se aborda la explicación técnica y jurídica motivo del presente trabajo pues en su momento no era considerada necesaria.

o si por el contrario, a pesar de la inferencia de la Corte, lo único que buscaban estas normas era brindar los pasos necesarios para el cálculo de la pensión de vejez de referencia de que trata el artículo 117 de la mencionada Ley 100.

De otro lado, el segundo problema que surge, y al cual se pretende dar respuesta en el presente trabajo, es si el término “base de cotización”, de que trata el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 debe entenderse en consonancia con el artículo 18 de dicha ley, o si debe acudir a la normatividad preexistente para determinar su significado.

La interpretación actual de la Corte Suprema de Justicia sobre las normas reguladoras de los bonos pensionales privilegia la aplicación de las normas preexistentes a la vigencia de la Ley 100 de 1993, y sobre ellas una particular interpretación. Sin embargo, consideramos que esa interpretación es restrictiva de derechos y, por tanto, debe indagarse por su plausibilidad.

Para resolver los problemas propuestos en el siguiente apartado desarrollaremos el contenido de los literales a) y b) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 con el fin de, a continuación, entrar a refutar los planteamientos realizados tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

III. EL ARTÍCULO 117 DE LA LEY 100 DE 1993

La hipótesis que se intenta verificar en el presente trabajo de investigación es que el literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 está indagando por un salario futuro, que se obtiene dada una experiencia de salarios y que, por ende, cuando dicho literal se refiere a “base de cotización” en realidad se está refiriendo al salario devengado y reportado a esa fecha, pues es la única manera de hallar un salario.

La norma que se desarrolla en el presente apartado establece en lo pertinente:

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

a. Se calcula el salario que el afiliado tendría a los sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, como el resultado de multiplicar la

base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para la misma se encontrase cesante, actualizado a la fecha de su ingreso al sistema según la variación porcentual de índice de precios al consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los 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 a dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE, y b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes:

Cuarenta y cinco por ciento, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema. La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de 15 salarios mínimos legales mensuales.

Básicamente la norma establece tres pasos para determinar la pensión de referencia, a saber:

- i. Hallar el salario que el afiliado tendría a los 60 años si es mujer o 62 años si es hombre, conforme con las reglas señaladas en el literal a).
- ii. Establecer el monto de pensión que resulte de la aplicación del literal b).
- iii. Obtener el producto de ambos resultados.

Ahora bien, para dar respuesta a los problemas de investigación establecidos en el presente trabajo, primero demostraremos que la norma busca hallar un salario futuro, es decir, el salario que tendría el afiliado a los 62 años si es hombre o a los 60 si es mujer. En segundo lugar mostraremos algunos planteamientos que hacen inferir que el literal a) de la norma analizada toma los términos “base de cotización” y “salario” como sinónimos; en tercer lugar, explicaremos el concepto de salarios medios nacionales y cuáles son las consecuencias de su aplicación en la fórmula para el cálculo de los bonos pensionales. Finalmente, determinaremos la cuantía de la pensión de referencia para, con base en todos los argumentos construidos, entrar a refutar las tesis presentadas por las altas Cortes en esta materia.

A. La norma busca hallar un salario futuro

La frase inicial del literal a) del artículo 117, señala: “*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 [...]*”.

Aparece entonces claro que lo que se está buscando hallar es un salario futuro: el salario que tendría el afiliado a los 60 años si es mujer o 62 si es hombre. A este salario que se busca hallar se le denominó salario de referencia, sr^{14} . Para el desarrollo del presente trabajo se acoge este término en este preciso significado.

La razón de la búsqueda de un salario de referencia aparece justificada: tal como lo señala la fórmula sacramental establecida en el artículo 117, lo que el bono pensional representa es una parte del capital necesario para financiar la pensión a la que tendría derecho el afiliado cuando llegue a la edad de pensión. Sería ilógico para lograr este fin utilizar, sin más, un salario actual para hallar el costo de una prestación que se ha de causar en el futuro. Dado que la prestación depende de la evolución de salarios del afiliado, el rigor financiero exige que se halle una suerte de valor futuro (un valor de salario futuro), a la edad de pensión, para realizar el cálculo: este es el concepto del salario de referencia.

Ahora bien, es usual en los esquemas vigentes de seguridad social que las prestaciones se liquiden con base en una experiencia individual de salarios relativamente cercana al momento de la adquisición del derecho; y en nuestro país este hecho no es excepción. El salario de referencia, establecido como el salario que tendría el afiliado a la edad de pensión, satisface esta convención de la seguridad social.

Somos conscientes de que esta primera explicación por sí sola es insuficiente para comprobar la hipótesis, pero tiene la virtud de que no deja lugar a dudas que lo que busca la norma es determinar un salario futuro, el salario de referencia, y que este hecho es congruente con la política pensional colombiana que busca liquidar las pensiones con base en una experiencia personal de salarios cercana al momento en que el afiliado acceda al derecho a la pensión (el último o los últimos salarios).

14 El artículo 4 del Decreto Ley 1299 de 1994 es el que denomina al salario que pretende hallar el literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 como salario de referencia.

B. Equiparación entre base de cotización y salario

Nótese que el literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 señala:

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 de índice de precios al consumidor del DANE. (Énfasis añadido)

A primera vista parece tenerse la claridad de que la variable para determinar el salario que el afiliado tendría a los 60 años si es mujer o 62 si es hombre, se encuentra definida por la situación laboral del afiliado al 30 de junio de 1992, es decir, si se encuentra empleado o cesante.

Nótese que la norma dice que es “*el resultado de multiplicar la base de cotización*” o, “*en su defecto, el último salario devengado, si para la fecha se encontrase cesante*”. Si los términos no se trataran como sinónimos en una interpretación literal estricta, los cesantes tendrían derecho a que se les calculara el bono pensional con base en el último salario devengado, mientras que a los activos laboralmente se les debería aplicar para el cálculo del bono la “base de cotización”, cualquiera sea el significado que este término tuviera. Es decir, bajo esta interpretación la norma premia a los desvinculados a dicha fecha en detrimento de aquellos que estaban laboralmente activos. Desde luego, esta interpretación no es plausible.

La explicación más simple, pero en nuestro criterio más poderosa, está dada por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993. En efecto, es este artículo el que establece lo que debe entenderse como base de cotización para el Sistema General de Pensiones, y lo hace estableciendo que la base de cotización es el salario¹⁵. Así las cosas, aparece que los términos “base de cotización” y “salario devengado” a la fecha son sinónimos.

Ahora bien, en caso de que la anterior explicación no resultara plausible para el lector, dado que la norma sugiere equiparación

15 El inciso primero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, tanto en su versión original como en la reforma realizada por la artículo 5 de la Ley 797 de 2003 señala: “*Artículo 18. Base de Cotización. La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual*”.

entre dos conceptos, base de cotización y salario devengado, se encuentra una duda razonable en la interpretación del artículo 117 de la Ley 100 de 1993. Conforme con el artículo 53 de la Constitución Política de Colombia, en caso de duda en la aplicación de la fuente formal debe aplicarse la que más favorezca al trabajador. Ello implica que ante dos interpretaciones razonables que surjan de la aplicación de la fuente formal, se debe escoger la más favorable al trabajador. En este caso, la interpretación que establece en sentido restringido base de cotización por oposición a salario devengado, por ser más desfavorable al trabajador, dado que implica un menor valor para la liquidación del bono, debería descartarse por desfavorable.

Ni la Corte Constitucional ni la Sala de Casación Laboral han estudiado que existe esta disonancia normativa basada en la situación laboral del afiliado; lo que lleva a que cualquier estudio de la norma que hasta la fecha se haya hecho sea incompleto, pero además a que no se haya contemplado la utilización del principio de favorabilidad a pesar de la evidente duda que surge de la aplicación de la fuente formal.

Finalmente, es necesario aclarar que esta norma para el cálculo del bono pensional también se utiliza para los servidores públicos que no tenían vinculación a una caja o fondo de previsión social y para los trabajadores que se encontraban vinculados a empresas que reconocían y pagaban sus propias pensiones, situaciones en las cuales es extraño el concepto de “base de cotización”. Ello implica que, dada una interpretación restringida de la norma, no tendrían derecho a bono pensional, pues no existe la definición de la variable relevante para el cálculo, en caso de que el trabajador estuviera vinculado al 30 de junio de 1992¹⁶.

En el siguiente apartado mostraremos un parámetro establecido por la ley que afecta la determinación del salario de referencia y que resulta esclarecedor para intentar resolver la hipótesis que se plantea en este artículo.

16 En efecto, para estos casos como no existía “base de cotización” porque no había obligación de cotizar, la “base de liquidación” de la pensión se establecía como el salario promedio devengado, por regla general, en el último año de servicios.

C. Los salarios medios nacionales

Conforme con el literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, la base de cotización al 30 de junio de 1992, o en su defecto el último salario devengado por el afiliado, si a esa fecha se encontraba cesante, se debe actualizar, a la fecha de traslado al régimen de ahorro individual, con base en el Índice de Precios al Consumidor, IPC. El resultado así obtenido, que lo podemos denominar Salario Base Actualizado, SBA, debe ser afectado con el Índice de Salarios Medios Nacionales.

El literal a) del artículo 117 en lo pertinente señala:

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 de índice de precios al consumidor del DANE, por la relación que exista entre el salario medio nacional a los 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 a dicha fecha. Dichos salarios medios nacionales serán establecidos por el DANE [...]. (Énfasis añadido)

Definamos el salario medio nacional como el salario promedio que un colombiano recibe a una edad determinada. La ley le ordenó al Departamento Administrativo Nacional de Estadística calcular los salarios medios nacionales. Mediante Decreto 2779 de 1994, el Gobierno Nacional expidió la siguiente tabla de salarios medios nacionales: (ver tabla 1 pagina 33)

La tabla de salarios medios nacionales expresa la experiencia de salarios de los colombianos, hombres y mujeres, a cada edad relativa como un índice; donde la base del índice, 1, se estableció en la edad 12 años o menos. En otras palabras, el salario promedio de los colombianos a la edad de 12 años o menos, equivale al 100%, o lo que es igual a 1, a efectos de la construcción del índice. Los salarios promedio a cada edad relativa se establecen en términos de variación porcentual; cada variación porcentual va alimentando el índice. Ello implica que se puede determinar la variación porcentual de los salarios medios dadas dos edades, conforme con la experiencia colombiana. Por ejemplo, entre los 12 y los 62 años

Tabla 1

| Edad | SMN | Edad | SMN | Edad | SMN |
|------------|----------|------|----------|----------|----------|
| 12 o menos | 1,000000 | 32 | 2,528971 | 52 | 2,979401 |
| 13 | 1,066649 | 33 | 2,596463 | 53 | 2,944284 |
| 14 | 1,135599 | 34 | 2,660676 | 54 | 2,904026 |
| 15 | 1,206678 | 35 | 2,721264 | 55 | 2,858858 |
| 16 | 1,279752 | 36 | 2,777921 | 56 | 2,809030 |
| 17 | 1,354687 | 37 | 2,830357 | 57 | 2,754790 |
| 18 | 1,431251 | 38 | 2,878287 | 58 | 2,696446 |
| 19 | 1,509273 | 39 | 2,921441 | 59 | 2,634304 |
| 20 | 1,588504 | 40 | 2,959570 | 60 | 2,568691 |
| 21 | 1,668693 | 41 | 2,992482 | 61 | 2,499933 |
| 22 | 1,749612 | 42 | 3,020004 | 62 | 2,428355 |
| 23 | 1,830933 | 43 | 3,041946 | 63 | 2,354341 |
| 24 | 1,912388 | 44 | 3,058210 | 64 | 2,278237 |
| 25 | 1,993652 | 45 | 3,068682 | 65 | 2,200368 |
| 26 | 2,074416 | 46 | 3,073323 | 66 | 2,121119 |
| 27 | 2,154318 | 47 | 3,072096 | 67 | 2,040814 |
| 28 | 2,233031 | 48 | 3,065019 | 68 | 1,959800 |
| 29 | 2,310209 | 49 | 3,052111 | 69 | 1,878421 |
| 30 | 2,385489 | 50 | 3,033468 | 70 | 1,796985 |
| 31 | 2,458524 | 51 | 3,009187 | 71 y más | 1,715798 |

el salario medio de los colombianos se incrementa en un 142,84% aproximadamente¹⁷.

Ahora bien, la ley, al ordenar la aplicación de los salarios medios nacionales, para la determinación del salario de referencia, que se debe tener en cuenta para el cálculo de la pensión de referencia, está estableciendo un paso que no se tiene en cuenta ordinariamente para la liquidación de las pensiones; por tanto no solo resulta extraño en sus efectos para los operadores jurídicos sino totalmente desconocido.

Como es sabido, la forma ordinaria de cálculo de la mesada pensional establece que la cuantía de la pensión es el producto del promedio de salarios de un periodo establecido en la ley, debidamente actualizado con el IPC, por el monto que corresponde de acuerdo al volumen de semanas de cotización. Sin embargo,

¹⁷ También es importante observar que la tabla muestra cómo el salario promedio nacional a partir de la edad de 12 años empieza a aumentar y cómo a partir de los 46 años disminuye.

para el caso del bono pensional la determinación de la cuantía de la pensión de referencia exige que el dato (la base de cotización a 30 de junio de 1992 o el último salario devengado si para la fecha el afiliado se encontraba cesante), debidamente actualizado con el IPC, es decir el SBA, debe afectarse con la relación entre salarios medios nacionales. Esta exigencia legal, la afectación con los salarios medios nacionales, es la que nos permitirá establecer por qué no es plausible la interpretación que establece una diferencia entre los conceptos base de cotización y salario devengado a efectos del cálculo del bono pensional.

La relación entre salarios medios nacionales que exige la ley para la determinación de la pensión del salario de referencia, implica la regulación del dato, el SBA, con base en la experiencia colombiana de salarios.

De un lado, al establecerse como parámetro para el cálculo el SMN a la edad de 62 años si es hombre o 60 si es mujer, implícitamente se está determinando el crecimiento promedio salarial de los colombianos desde los 12 años hasta la edad que se toma como referencia. En otras palabras: el valor del Índice de Salarios Medios Nacionales, a la edad de referencia, determina el resultado final promedio de las variaciones de salario de todos los colombianos: señala, en términos reales, el Ingreso Base de Liquidación Promedio de los colombianos, tomando como periodo de cálculo la vida laboral formal de los colombianos.

Del otro lado, lo que la ley supone al ordenar tomar el salario medio nacional correspondiente a la edad que tenía el afiliado a la fecha de traslado, es que el salario del afiliado a 30 de junio de 1992, o el último devengado antes de dicha fecha si se encontraba cesante, debidamente actualizado a la fecha de traslado, ha venido variando conforme al índice de salarios medios hasta ese momento; y al relacionarse con el salario medio nacional de la edad de referencia la ley asume que la variación individual del salario del afiliado se comportará exactamente como en promedio lo hace el salario de los colombianos.

Al establecerse la relación entre el SMN a la edad de referencia y el SMN a la edad que tiene el afiliado a la fecha de traslado, lo que se está haciendo es someter el dato, SBA, a la experiencia promedio colombiana de salarios, haciendo que según la edad el dato se ajuste

al resultado final promedio de las variaciones de todos los salarios de los colombianos.

El efecto se traduce en que todos los datos, SBA, a las edades en que conforme con la curva de SMN sean superiores al promedio, se adapten al promedio reduciéndose, y los que son menores al promedio, se adapten al promedio incrementándose.

En forma más técnica: dado que la variación total promedio de los salarios de todos los colombianos a tenerse en cuenta para el cálculo está dada por el SMN a la edad de referencia, al relacionarse este SMN con el establecido para la edad a la fecha de traslado del afiliado, se está internalizando en el cálculo dicha variación promedio. El resultado, manteniéndose lo demás constante, es que en ningún caso el salario calculado excede en forma proporcional el promedio salarial de toda la vida de los colombianos.

Corriendo el riesgo de simplificar, al obtenerse el Salario de Referencia, como el producto del SBA por la relación de los SMN, lo que se está es determinando una suerte de IBL, pero no construido con base en la experiencia individual del trabajador, sino en la experiencia colectiva de los trabajadores colombianos.

Como se puede inferir, el concepto de Salario de Referencia, SR, es bastante parecido al de Ingreso Base de Liquidación, IBL: ambos toman una experiencia promedio de salarios. Sin embargo se diferencian, en principio, en dos cosas: por un lado, mientras que el SR se determina con la experiencia colectiva de salarios, el IBL se establece con la experiencia individual de salarios. En segundo lugar, mientras que en el SR se toma toda la experiencia colombiana de salarios, desde los 12 años hasta la edad de referencia, 60 o 62 años según el sexo, el IBL se determina, por regla general, en forma alternativa con dos experiencias de salario: el promedio de los últimos 10 años de cotizaciones, o el promedio de toda la vida si el afiliado ha cotizado más de 1.250 semanas.

Desde luego, existe otra diferencia sustancial: mientras el SR es un valor futuro supuesto a la fecha de cálculo, construido con base en la experiencia colombiana de salarios (el salario que tendría el afiliado a los 60 años si es mujer o 62 si es hombre), el IBL se construye con una experiencia pasada de salarios a fecha de cálculo¹⁸.

18 Ello trae como consecuencia que puede haber desviaciones que generan incentivos al traslado: Si en términos constantes el afiliado cree que puede devengar a título de salario, durante los 10

1. El efecto de la aplicación de los salarios medios nacionales

Vamos a considerar, a efectos prácticos y para simplificar, ocho afiliados al régimen de ahorro individual bajo los siguientes supuestos: a) Todos se trasladaron al RAIS el 1° de abril de 1995; b) todos son hombres¹⁹; c) los cuatro primeros devengaban un salario de \$665.070 al 30 de junio de 1992, y los demás devengaban a esa fecha un salario de \$1'303.800; d) respectivamente para cada uno de los que componen cada cuarteto, las edades que tenían a fecha de traslado eran 20, 30, 40 y 50 años, edad que cumplieron en la víspera del traslado, es decir el 31 de marzo de 1995; e) la edad de referencia es la de 62 años, dado que todos son hombres.

Conforme con la fórmula de cálculo establecida en el numeral 1 del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, los siguientes son los pasos que se deben seguir: 1) Actualizar hasta la fecha de traslado, con base en el IPC, el salario al 30 de junio de 1992 del afiliado²⁰ y 2) aplicar la relación de salarios medios. El siguiente cuadro muestra los resultados para los ocho casos. Al resultado que se llegue después de cumplir los dos pasos anteriores, como ya lo hemos señalado, se le denomina salario de referencia, porque con base en dicho salario se calcula la pensión de referencia.

últimos años de su vida, una suma superior al salario de referencia, el incentivo a trasladarse al Régimen de Prima Media está dado. La regla general es que al tomarse el promedio de toda la vida, máxime cuando se trata de un promedio colectivo, el valor resultante es inferior al que se logra cuando se toma el promedio de salarios de un determinado periodo. De otro lado, si el salario que devenga un individuo a una edad es atípico en relación con el promedio nacional, ello puede incentivar o disuadir el traslado. No obstante, en el sistema original de Ley 100, al preverse la posibilidad de trasladarse cada tres años de régimen, el factor que más debía pesar en la decisión era la experiencia de salarios del afiliado en los últimos 10 años.

19 Estas explicaciones, son exactamente las mismas para las mujeres y generan las mismas consecuencias económicas.

20 Para obtener el salario actualizado se multiplica el salario base (SB) por el IPC a la fecha de corte (IPC_t) y se le divide por el IPC al 30 de junio de 1992 (IPC₁₉₉₂); es decir: $S = \frac{SB \cdot IPC_t}{IPC_{1992}}$. Conforme con el sistema de consultas dinámicas del DANE, disponible en la web, el IPC al 30 de junio de 1992 tiene un valor de 16,37 mientras que el IPC al 31 de marzo de 1995, víspera de la fecha de traslado, tiene un valor de 28,29. Véase: http://www.dane.gov.co/Dane/vistaCuboGenerico.jsf?xml=../server/all/deploy/Dane.ear/Dane.war/WEB-INF/queries/Cubo_Indice_IPC.mondrian.xml&docDescription=Indice%20de%20Precios%20al%20Consumidor%20-%20IPC&jsp=mondrianResourceSectorIndices&properties=dimensionSectorIndices.properties&img=images/banner.jpg (mayo del 2013).

Tabla 2

| SALARIO DE REFERENCIA PARA OCHO CASOS | | | | | |
|---------------------------------------|------|--------------|---------------------|----------------|-----------------------|
| Afiliado | Edad | Salario base | Salario actualizado | Afectación SMN | Salario de referencia |
| A | 20 | \$665.070 | \$1.149.348 | 1,528706 | \$1.757.015 |
| B | 30 | \$665.070 | \$1.149.348 | 1,017969 | \$1.170.001 |
| C | 40 | \$665.070 | \$1.149.348 | 0,820509 | \$943.051 |
| D | 50 | \$665.070 | \$1.149.348 | 0,800521 | \$920.077 |
| E | 20 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | 1,528706 | \$3.444.444 |
| F | 30 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | 1,017969 | \$2.293.665 |
| G | 40 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | 0,820509 | \$1.848.753 |
| H | 50 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | 0,800521 | \$1.803.715 |

Para continuar con esta explicación se debe tener claro que los valores \$1.149.348 y \$2.253.177 a 1° de abril de 1995 son, en términos de capacidad adquisitiva constante, totalmente equivalentes respectivamente a \$665.070 y \$1.303.800 del 30 de junio de 1992. Asimismo, se debe tener en cuenta que la relación de salarios medios se obtiene de la división entre el salario medio nacional a la fecha de referencia (en este caso de los 62 años, por tratarse de hombres) y el salario medio nacional de la edad que tenía el afiliado a la fecha de traslado. Tomemos como ejemplo a A. Para este caso la relación entre SMN está dada por:

$$SMN_{62}/SMN_{20} = 2,428355/1,588504 = 1,5287056$$

En la columna “Afectación SMN” de la tabla anterior se reflejan los resultados para cada caso particular. Nótese que en unos casos el resultado es superior a 1, pero en otros el resultado es inferior a la unidad. Como arriba lo señalamos, la afectación por salarios medios está ajustando el salario del afiliado, dada la edad, a la experiencia promedio colombiana de toda la vida. Cuando el valor resultante es inferior a 1, se infiere que el salario devengado superó el promedio nacional, mientras que si el valor resultante es superior a 1, el salario devengado es inferior al promedio nacional. En ambos casos se ajusta.

Ahora bien, nótese además que, partiendo del mismo salario de base, el salario de referencia es sustancialmente diferente para cada uno de los afiliados dependiendo de su edad relativa; pero adicionalmente que, en varios casos, el salario que se utiliza como referencia para el cálculo es inferior al salario del 30 de junio de 1992, actualizado con el IPC.

Ello implica que, manteniendo lo demás constante, es la relación entre salarios medios la que determina el valor del salario de referencia que se utiliza para el cálculo de la pensión de referencia. Y ello tiene una razón lógica: lo que está indagando la norma es el salario que tendría el afiliado a la fecha en que, conforme con la norma, adquiriría el derecho a la pensión, salario que recoge toda la experiencia colombiana de salarios, desde la edad de 12 años hasta la edad de referencia que se utiliza para el cálculo del bono.

Por último, teniendo en cuenta el resultado mostrado en la columna “salario de referencia”, no puede partir de una base de cotización diferente al salario, porque el resultado no sería entonces un salario (el que tendría el afiliado a los 62 años si es hombre o 60 si es mujer) y lo que el artículo 117 de la Ley 100 en el literal a) exige es hallar un salario, en caso alguno una pretendida base de cotización²¹.

2. Una temprana conclusión

La base de cotización a 30 de junio de 1992 o el último salario devengado por el afiliado, si a dicha fecha se encontraba cesante, es apenas un dato para el cálculo del salario de referencia y, por ende, para obtener el valor de la pensión de referencia, con base en la cual se determina el capital necesario para financiar la pensión de vejez cuando el afiliado cumpla los requisitos.

En realidad, este dato sirve para construir el salario de referencia, pero ese dato *per se* no es la base de liquidación de la pensión de referencia para el cálculo del bono pensional.

La diferencia salta a la vista: el IBL de que trata la Ley 100 de 1993, en sus artículos 21 y 36, es el promedio de las bases de cotización (salarios reportados a la seguridad social) actualizadas con el IPC

21 Si se aplica una base de cotización, que conceptualmente sea diferente al salario devengado por el afiliado, se obtiene una base de cotización, no un salario.

durante un determinado periodo; por regla general, los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión. Sin embargo, el artículo 36 de la Ley 100 establece el IBL como el promedio de lo devengado durante el tiempo que le hiciera falta para adquirir el derecho, que puede ser un mes, y el mismo artículo 21 de la citada ley establece que puede ser el promedio de toda la vida si el afiliado ha cotizado durante más de 1.250 semanas de cotización.

Conforme con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, el salario real final, salario de referencia, que se va a tener en cuenta para liquidar el bono pensional, es el resultado de tomar un dato (un salario), actualizarlo con el IPC a la fecha de corte y afectarlo con la relación entre salarios medios nacionales; por tanto, es clara su diferencia con el IBL. Esta diferencia no fue creada en los decretos con fuerza de ley, ni en los reglamentarios: fue establecida en el mismo artículo 117 de la Ley 100.

Se reitera que mientras el IBL obedece a una experiencia individual de salarios, la del afiliado, la determinación del salario de referencia para la liquidación de la pensión de referencia se basa en una experiencia colectiva de salarios.

D. La pensión de referencia

En la técnica pensional la cuantía de la pensión de vejez es el resultado de multiplicar la base de liquidación de la pensión por el monto que le correspondería de acuerdo con el tiempo de cotizaciones a la seguridad social.

Definamos monto, para los efectos técnicos establecidos en la Ley 100 de 1993, pero en especial a efectos del presente trabajo, como una proporción. El monto de la pensión puede ser plano, por decir el 75%, o puede ser integrado: por ejemplo, el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 estableció, por regla general, la integración del monto con base en los tiempos de cotizaciones o servicios así: el 45% por las primeras quinientas semanas de cotización más un 3% adicional por cada 50 semanas adicionales de cotización.

El literal b) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 estableció como regla general la integración del monto, con base en la reglamentación de la pensión de vejez a cargo del Instituto de Seguros Sociales. Ahora bien, dado que se trataba de calcular el monto de

pensión que alcanzaría el afiliado en caso de realizar cotizaciones a la seguridad social hasta la fecha de retiro supuesta, los tiempos para calcular el monto no solo son los tiempos de cotización o servicios prestados hasta el momento del traslado, sino además aquellos que se estima que el afiliado cotizará hasta la mencionada fecha de retiro. Señala el mencionado literal b):

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

Cuarenta y cinco por ciento, más un 3% por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3% por cada año que faltare para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema. La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90% del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de 15 salarios mínimos legales mensuales.

Por excepción el monto de la pensión, conforme al parágrafo 1 del mencionado artículo 117, es el 75% para el caso de las empresas que asumen las pensiones.

Como el caso que nos interesa es el de afiliados al Instituto de Seguros Sociales tomaremos, para el cálculo de la pensión de referencia, el monto del 90%. Los resultados son los que figuran en la tabla mostrada en la página 41.

Dado que la ley establece que la pensión de referencia no puede ser superior a quince (15) salarios mínimos, la columna pensión de referencia ajustada muestra la pensión de referencia que va a ser utilizada para determinar el capital necesario para financiarla, es decir, el valor básico del bono pensional. Nótese que las personas que se encuentran más cercanas a la edad de retiro tienen una pensión de referencia inferior, así se haya partido del mismo salario de base. Ya sabemos que este efecto lo produce la afectación del SBA con los salarios medios nacionales.

Pero hay algo que debe llamar fuertemente la atención: solo en los casos de los afiliados A y B, a los que se les liquida la pensión de referencia con un salario de inicio de cálculo de \$665.070, la pensión de referencia excede del 90% del salario de inicio del cálculo actualizado con el IPC. En todos los demás casos, la pensión de referencia representa una proporción inferior al 90% del salario actualizado.

Tabla 3

| PENSION DE REFERENCIA PARA OCHO CASOS | | | | | | | |
|---------------------------------------|------|--------------|---------------------|-----------------------|--------|-----------------------------------|--------------------------------|
| Afiliado | Edad | Salario base | Salario actualizado | Salario de referencia | Monto | Pensión de Referencia sin ajustar | Pensión de referencia ajustada |
| A | 20 | \$665.070 | \$1.149.348 | \$1.757.015 | \$0,90 | \$1.581.314 | \$1.581.314 |
| B | 30 | \$665.070 | \$1.149.348 | \$1.170.001 | \$0,90 | \$1.053.001 | \$1.053.001 |
| C | 40 | \$665.070 | \$1.149.348 | \$943.051 | \$0,90 | \$848.746 | \$848.746 |
| D | 50 | \$665.070 | \$1.149.348 | \$920.077 | \$0,90 | \$828.070 | \$828.070 |
| E | 20 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | \$3.444.444 | \$0,90 | \$3.099.999 | \$1.784.003 |
| F | 30 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | \$2.293.665 | \$0,90 | \$2.064.299 | \$1.784.003 |
| G | 40 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | \$1.848.753 | \$0,90 | \$1.663.877 | \$1.663.877 |
| H | 50 | \$1.303.800 | \$2.253.177 | \$1.803.715 | \$0,90 | \$1.623.344 | \$1.623.344 |

Tabla 3

| PENSIÓN DE REFERENCIA PARA OCHO CASOS | | | | | | | | |
|---------------------------------------|--------------|-----------------------------|---------------------|--------------------------------|-----------------------|------------------------------|--------------------------------|-------------------------------|
| Afiliado | Salario base | SB en SM de 1992 (\$65.190) | Salario actualizado | SA en SM de 1995 (\$118.933,5) | Salario de referencia | SR en SM de 1995 (118.933,5) | Pensión de referencia ajustada | PRA en SM de 1995 (118.933,5) |
| A | \$665.070 | 10,20 | \$1.149.348 | 9,66 | \$1.757.015 | 14,77 | \$1.581.314 | 13,30 |
| B | \$665.070 | 10,20 | \$1.149.348 | 9,66 | \$1.170.001 | 9,84 | \$1.053.001 | 8,85 |
| C | \$665.070 | 10,20 | \$1.149.348 | 9,66 | \$943.051 | 7,93 | \$848.746 | 7,14 |
| D | \$665.070 | 10,20 | \$1.149.348 | 9,66 | \$920.077 | 7,74 | \$828.070 | 6,96 |
| E | \$1.303.800 | 20,00 | \$2.253.177 | 18,94 | \$3.444.444 | 28,96 | \$1.784.003 | 15,00 |
| F | \$1.303.800 | 20,00 | \$2.253.177 | 18,94 | \$2.293.665 | 19,29 | \$1.784.003 | 15,00 |
| G | \$1.303.800 | 20,00 | \$2.253.177 | 18,94 | \$1.848.753 | 15,54 | \$1.663.877 | 13,99 |
| H | \$1.303.800 | 20,00 | \$2.253.177 | 18,94 | \$1.803.715 | 15,17 | \$1.623.344 | 13,65 |

Podemos mostrar, a modo de conclusión, la tabla de la página 43, que refleja, en número de salarios mínimos, el salario de base, el salario actualizado, el salario de referencia y la pensión de referencia ajustada.

Como se observa especialmente en los casos de los afiliados B, C y D, el salario de referencia para el cálculo de la pensión es sustancialmente inferior a 10,20 salarios mínimos. Así, queda demostrado que el concepto de Salario Base que se utiliza para el cálculo del bono pensional no es realmente un promedio de lo cotizado individualmente por el afiliado; ni siquiera indaga por el promedio previsible de los últimos 2 o 10 años de cotización del afiliado²².

Pero además, en el caso de los bonos pensionales calculados bajo un salario inicial equivalente a 20 salarios mínimos, la pensión de referencia solo ascenderá a 15 salarios mínimos²³. Es decir, 4,8 salarios mínimos por encima de los 10,20 salarios que representaba en su momento un salario de \$665.070. Es importante tener en cuenta finalmente, que si el afiliado al régimen de ahorro hubiera decidido antes de pensionarse, y en vigencia de la Ley 100 original, trasladarse al régimen de prima media, por tener una expectativa de IBL cercana a los 20 salarios mínimos, su mejor opción sería dicho traslado pues la pensión final, de acuerdo con el artículo 33 de la Ley 100 original, podría ascender hasta una cuantía cercana a los 17 salarios mínimos²⁴. Este argumento será retomado más adelante.

Sin embargo, a efectos de este trabajo, lo más importante era descubrir que el salario de referencia es sustancialmente diferente al salario que se tomó como base para el inicio del cálculo.

22 Debe tenerse en cuenta que la base de liquidación de las pensiones en el antiguo régimen del seguro social obligatorio administrado por el Instituto de Seguros Sociales se determinaba como el promedio de los dos últimos años de cotización. El parágrafo 1 del numeral II del artículo 20 del Decreto 758 de 1990 señalaba:

“Parágrafo 1°. El salario mensual de base se obtiene multiplicando por el factor 4.33, la centésima parte de la suma de los salarios semanales sobre los cuales cotizó el trabajador en las últimas cien (100) semanas.

El factor 4.33 resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses”.

Nótese que el término que utilizaba la antigua legislación es “salario mensual de base” no “ingreso base de liquidación”.

23 Como lo señala Rodrigo Silva: “Dada la regulación vigente, el salario base puede ser superior a la categoría máxima del iss, lo cual no significa que el valor del bono aumente desmesuradamente, pues el resultado del mismo está acotado”. Véase: *Bono Pensional: Salario Base*. Disponible en: <http://www.actuarios.org.co/BolAAV5N3A1.pdf> (julio del 2013).

24 En vigencia de la Ley 797 de 2003, y habiéndose ampliado el límite de cotizaciones hasta los 25 salarios mínimos, teóricamente se podrían obtener pensiones en prima media de hasta 20 salarios mínimos.

IV. REPAROS A LA INTERPRETACIÓN REALIZADA POR LAS ALTAS CORTES EN RELACIÓN CON EL “SALARIO BASE PARA LA LIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN DE REFERENCIA”

De manera arbitraria, salvo en lo estrictamente necesario, el presente trabajo de investigación no ha tenido en cuenta para su desarrollo el cálculo del bono dispuesto por el Decreto Ley 1299 de 1994. Ello tenía como finalidad mostrar las reales consecuencias económicas, financieras y jurídicas del cálculo que, soberanamente, aprobó directamente el Congreso de la República, plasmado en el artículo 117 en la Ley 100 de 1993.

El mito que se tejió, y que creció, es que el Decreto Ley 1299 de 1994 había cambiado las reglas para el cálculo. Sin embargo, si el cálculo se realiza tomando como base los artículos 4 y 5 de dicho decreto, el resultado es exactamente el mismo que el que hemos arriba obtenido. Con base en la Sentencia C-734 de 2005 se crearon otros prejuicios acerca de la norma reguladora de los bonos pensionales, pero esos prejuicios han sido achacados al Decreto Ley 1299 de 1994, quitándole todo valor al contenido del artículo 117 de la Ley 100 de 1993 y, peor, endilgando los problemas de interpretación a dicho decreto, que no a la ley.

Por ser un problema actual se abordará primero la posición de la Corte Suprema de Justicia, teniendo en cuenta que para todos los casos que no decide judicialmente dicha Corporación, el bono pensional se liquida, y continuará liquidando, tomando como dato inicial el salario devengado por el afiliado a 30 de junio de 1992, debidamente reportado a la seguridad social. En segundo lugar, se mostrarán a título de revisión histórica de la sentencia, los fallos en que incurrió la Corte Constitucional en la interpretación del Decreto Ley 1299 de 1994 y su consonancia con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993.

A. La Sala de Casación Laboral no ha tenido en cuenta para su interpretación el contenido íntegro del artículo 117 de la Ley 100 de 1993

La tesis que en parte fundamentaba la demanda de inconstitucionalidad del literal a) del artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994, implícitamente acogida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es que el bono pensional contempla un auxilio a favor de ciertos afiliados al sistema, quienes recibían ingresos superiores a diez salarios mínimos legales, pues no se liquida con base en lo efectivamente cotizado sino en lo devengado debidamente reportado a la seguridad social²⁵. Esta tesis endilga a la norma el otorgamiento de privilegios a un cierto grupo en detrimento de los demás grupos de población cubiertos por el sistema de pensiones, lo cual no es cierto por las razones que adelante señalaremos.

Pero antes citemos la jurisprudencia de la Sala que revela su posición jurídica²⁶. En sentencia del 9 de mayo de 2010 (con ponencia de Gustavo José Gnecco Mendoza y número de radicación 36.340), la Sala de Casación Laboral señaló²⁷:

Apoyó ese criterio en la sentencia de esta Sala del 7 de diciembre de 2006, radicación 23216, y por ello debe precisar la Sala que si bien en esa decisión de instancia se consideró, en términos generales, respecto del caso que estaba bajo análisis y de cara a establecer el monto del bono pensional deprecado, que la entidad demandada debió reportar para el 30 de junio de 1992 el salario realmente devengado por el trabajador, a diferencia de este asunto, allí no estaba en discusión el ingreso surgido de las categorías de aportes vigentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993. Con todo, la Sala considera que el ingreso base de liquidación para la pensión de vejez de referencia, para la

25 En la Sentencia C-734 de 2005 se hace la siguiente transcripción de la explicación del accionante: “Así las cosas, a pesar de que las personas solo efectuaron aportes para recibir una pensión de diez salarios mínimos, se les reconoce por virtud de las normas acusada, un bono pensional por un capital correspondiente a veinte salarios mínimos”.

26 Al respecto existen varias sentencias de casación con los mismos argumentos de fondo. Pueden verse las siguientes entre otras: Sentencia del 27 de octubre de 2009, con radicación 23.438 y ponencia del Magistrado Luis Javier Osorio López; Sentencia del 31 de marzo de 2009, con radicación 31.855 y ponencia del Magistrado Camilo Tarquino Gallego y Sentencia del 9 de mayo de 2010, con radicación 36.340 y ponencia de Gustavo José Gnecco Mendoza, entre otras.

27 En este caso, el demandante denunció sub-cotización por parte del empleador, dado que reportó el salario sobre una categoría inferior. Aunque el resultado fue “favorable”, la Sala de Casación Laboral solo ordenó ajustar el valor del bono teniendo como salario base \$665.070 y no \$1'294.000, que era el salario real devengado por el afiliado.

obtención del valor del respectivo bono pensional, debe ser aquel con el que se aportaba al Instituto de Seguros Sociales al 30 de junio de 1992 sobre la categoría máxima, esto es, el 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 \$665.070,00. De tal suerte que la existencia de una remuneración mayor a la mencionada, para tal fecha, no debe tener ninguna repercusión de cara a la determinación del salario de referencia para liquidar el bono pensional de los afiliados que se trasladaron de régimen.

En primer lugar, para sostener este argumento se ha partido de la base errada en relación con los subsidios pensionales. El argumento establece que el subsidio implícito que trae el bono pensional es solo a favor de unas personas naturales, las que se trasladen de régimen, sin tener en cuenta que en Colombia todas, absolutamente todas las pensiones en el régimen de prima media reciben subsidios implícitos por parte del Estado²⁸. El caso más grave es el de los servidores públicos que en realidad nunca cotizaron para pensiones. La razón era, y es, simple: el mecanismo de cálculo de la pensión, típicamente la multiplicación del monto por el IBL, no consulta el capital que el afiliado acumuló para el financiamiento de la misma.

De acuerdo con múltiples estudios al respecto, el nivel de subsidio a las pensiones del régimen de prima media oscila entre el 80 y el 20% dependiendo de la cuantía de la pensión²⁹. De hecho, la razón por la cual se buscó la reforma pensional en 1992 fue la de inviabilidad del sistema.

Ahora bien, la Ley 100 de 1993 buscó otorgar congruencia, a partir de su vigencia, a la relación, hasta ese momento inexistente, entre cotizaciones y cuantía de la pensión. Sin embargo, en ningún momento dicha ley redujo a cero el subsidio a las pensiones. Los niveles de subsidio pensional persisten a los niveles arriba señalados en el régimen de prima media con prestación definida³⁰.

28 Véase al respecto: Loredana Helmsdorff, *Ampliación de cobertura del sistema pensional colombiano y atención al adulto mayor*, Misión para una estrategia para la reducción de la pobreza y la desigualdad, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá D.C. (2007).

29 Véase al respecto: Fedesarrollo, *El Sistema General de Pensiones ¿Porqué sigue siendo insostenible, de baja cobertura e inequitativo*, *Tendencia Económica*, No. 89, Fedesarrollo, Bogotá D. C. (2009). También puede consultarse el estudio de Helmsdorff arriba referenciado, entre otros.

30 Véase al respecto: Anif, *La torre de Babel Pensional: Hacia una cartilla actuarial en Colombia*, Anif, Bogotá D.C. (2011).

Con la implementación del Sistema General de Pensiones se intentó, como política de Estado, incentivar el traslado de los afiliados al régimen de ahorro individual. Como incentivo al traslado, pero también como instrumento de homologación de los tiempos de servicios o cotizaciones anteriores a la vigencia del sistema, se implementó la institución del bono pensional.

Sin embargo, la preocupación principal era que a los afiliados que se trasladaran al régimen de ahorro, se les garantizara, en lo posible, el mismo nivel de prestaciones que tendrían en caso de permanecer en el régimen de prima media con prestación definida. Para ello, había que trasladar el valor del subsidio implícito a la pensión. No obstante, dicho subsidio debía ser equivalente al que recibirían, conforme a las nuevas expectativas pensionales que se estaban creando, aquellos que permanecieran en el régimen de prestación definida³¹.

Como se señaló en la exposición de motivos del proyecto de ley 155 de 1992:

Los actuales afiliados al sistema vigente, y quienes lo hayan sido con anterioridad, tendrán un reconocimiento de sus aportes o tiempo servido, en forma de un bono pensional. Dicho bono contribuirá a elevar el capital ahorrado por el afiliado en el nuevo Sistema de Ahorro Pensional, hasta un nivel que le permita por lo menos una pensión como la que obtendría en el nuevo régimen pensional del iss. Para ello, dicho bono será superior a las cotizaciones efectuadas por los afiliados ya que éstas han sido insuficientes para financiar una pensión completa o completamente inexistentes en el caso del sector público³².

De otra manera: lo que se buscaba con la nueva ley era garantizar prestaciones de vejez equivalentes en ambos regímenes, y se sabía de antemano que el nivel de las prestaciones, cuya expectativa se quería generar en el régimen de prima media, generaba subsidios a cargo del Estado: por tanto, para incentivar el traslado al régimen de ahorro y garantizar en lo posible la equivalencia de prestaciones,

31 Entender lo contrario, significaría crear nuevamente privilegios pensionales por el hecho de permanecer en el régimen de prima media, pues los subsidios pensionales solo se verifican al momento del reconocimiento de la pensión, no antes. Como se reitera, el IBL solo se obtiene con la experiencia de los últimos diez años de cotizaciones, no con el promedio de toda la vida.

32 Véase la mencionada cita del proyecto de ley en: República de Colombia. *Gaceta del Congreso*. Imprenta Nacional de Colombia. Año 1, número 87. 1º de octubre de 1992. Bogotá D. C. Pág. 12

era necesario hacer visible el subsidio implícito a la pensión (reconocido por la ley en forma de deuda) y trasladarlo mediante el instrumento denominado bono pensional³³.

En segundo lugar, es importante señalar que los bonos pensionales, que se otorgan por traslado al régimen de ahorro individual, comportan una disminución real, no un aumento, del gasto público en pensiones. En efecto, el subsidio implícito que se reconoce en el bono pensional a título de deuda, es solo una parte del subsidio que el Estado tendría que asumir por el pago de la pensión en el caso de que el afiliado se mantuviera en el régimen de prima media con prestación definida³⁴.

En tercer lugar, dadas las anteriores consideraciones, conviene señalar que es el Estado, no el Instituto de Seguros Sociales (ahora Colpensiones), el que asumió la deuda para el pago de los bonos pensionales. En efecto, dado que se trataba de deuda implícita ocasionada por la falta absoluta o parcial de cotización para otorgar las pensiones en las cuantías establecidas en la ley, el Estado asumió el pasivo pensional colombiano para honrar el valor de las prestaciones tanto pasadas como futuras, reconociendo que en ambos casos se otorgarían los subsidios implícitos. Para el pago de las pensiones en el régimen de prima media se estableció en el literal c) del artículo 32 de la Ley 100 de 1993 una garantía estatal³⁵; para el pago de los bonos pensionales la Nación, conforme lo señala el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, asumió directamente la deuda

33 Contrasta esta posición con la establecida por López Villegas que señala: “*Partir del estado de cosas respecto a la base de cotización, como medida para proyectar la pensión, supone aceptar lo que para ese entonces era admitido: si bien existía un tope para las pensiones, la tabla de categorías con las que se fijaba la base de cotizaciones debía guardar correspondencia con lo anterior, para permitir alcanzar el máximo valor; discutir hoy lo que no se procuró obtener en ese entonces, que las exigencias de cotización se elevaran hasta los niveles máximos, y luego de gozar de los beneficios de unos menores niveles de contribución, es alterar uno de los supuestos del bono: tomar las cosas como se encontraban reglamentariamente en 1992*”. Véase: Eduardo López Villegas, *Seguridad Social Teoría Crítica*, Tomo I, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín, 505-517 (2011). Desde luego, como se puede observar la afirmación de López Villegas no tiene en cuenta la exposición de motivos de la Ley 100 de 1993, que es la que establece la teleología del bono pensional.

34 En efecto, dado que el régimen de ahorro individual no ofrece una cuantía determinada de pensión, los afiliados se pensionan siempre que el capital sea suficiente para financiar una pensión mínima; por tanto, salvo en los casos de garantía de pensión mínima, el Estado no incurre en más subsidios a la pensión: solo subsidia la parte proporcional de la pensión reflejada en el bono pensional.

35 Esta garantía estatal se hizo efectiva al momento en que las reservas técnicas del seguro social se agotaron, incurriéndose en gasto presupuestario para financiar todas las pensiones del régimen de prima media.

implícita del Instituto de Seguros Sociales y otras entidades del orden nacional. En relación con el Instituto de Seguros Sociales, solo asumió la deuda implícita causada por concepto de bonos pensionales hasta el 31 de marzo de 1994³⁶.

El único requisito que, a través de facultades extraordinarias, exigió el gobierno para asumir el valor de la deuda implícita, a través de los bonos pensionales tipo A, era demostrar el salario devengado a 30 de junio de 1992, debidamente reportado a la institución de previsión correspondiente. Posteriormente, pero por norma reglamentaria, en concreto, a través del artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, se estableció que cuando no existiera constancia en la respectiva entidad de previsión respecto del salario devengado a dicha fecha por el trabajador, valdría la que expediera el empleador, la cual, para el caso expreso del Instituto de Seguros Sociales, que era el único que mantenía un sistema de categorías, valdría siempre que el salario denunciado por el empleador fuera “compatible” con el salario de la categoría.

La intención de la norma reglamentaria era simple: no buscaba cambiar lo establecido en el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, ni mucho menos lo normado en el artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994, la intención era establecer una presunción de reporte de salario con base en la categoría, para minimizar los incentivos al fraude que podrían ocasionarse si el Instituto de Seguros Sociales no encontraba la novedad individual de reporte de salario de cada afiliado. En otras palabras, dada la obligación del empleador de reportar el salario real, incluso si superaba la categoría máxima y el procedimiento establecido de registro y verificación de novedades del Instituto de Seguros Sociales, no era creíble que un empleador hubiera reportado un salario y que el Instituto no lo hubiera reflejado en la siguiente facturación, sin réplica del empleador o del empleado. Por tanto, al imponer la norma reglamentaria esta regla de compatibilidad, se buscaba que el empleador no denunciara un

36 La ley estableció que la deuda que se causara a partir de la vigencia del Sistema General de Pensiones, en relación con sus afiliados, debía ser asumida por el Instituto de Seguros Sociales. Sin embargo, para el caso del bono pensional se estableció en el artículo 16 del Decreto Ley 1299 de 1994 la institución de la “cuota parte financiera” por oposición a la “cuota parte proporcional”, que lleva a que el Instituto pague una suma muy baja por concepto de bono pensional en relación con los tiempos cotizados con posterioridad al 1º de abril de 1994 y hasta la fecha de traslado de régimen, en relación con la que se pagaría si el sistema de responsabilidad escogido hubiera sido el de “cuota parte proporcional”.

salario que no fuera el devengado realmente por el trabajador y que hubiera reportado al Instituto de Seguros Sociales³⁷.

Desde luego, cuando se reportaba un salario superior al de categoría máxima, el Instituto solo lo podía facturar en categoría máxima; por tanto, como en su momento lo estableció la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, los salarios superiores a la categoría máxima y hasta el tope de 20 salarios mínimos, conforme con la ley, se consideran compatibles con la categoría máxima a efectos de establecer el salario de base para la liquidación del bono pensional. Este problema no lo tienen los afiliados que fueron reportados a través del sistema ALA del Seguro Social, toda vez que existía la obligación de reportar el salario real devengado por el afiliado mes a mes. A ellos actualmente la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público les liquida el bono con el salario real reportado a la seguridad social hasta el tope de 20 salarios mínimos establecido en la ley.

Así las cosas, el argumento actual de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia no consulta ni la literalidad del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, ni el principio de favorabilidad, ni mucho menos la finalidad que se persigue. Rebelarse contra la aplicación del artículo 117 de la Ley 100 de 1993, y en particular contra los Decretos 1748 de 1995 y 3366 de 2007, es desconocer de manera arbitraria que existían poderosas razones de equidad en la conformación del sistema y en el diseño del bono para intentar brindar pensiones equivalentes a los afiliados al sistema general de pensiones.

La Sala de Casación Laboral, cuando señala que se debe aplicar el concepto de “*base de liquidación de la categoría 51 del iss, para determinar el salario inicio de cálculo del bono pensional*”, desconoce que a partir de la vigencia del Sistema General de Pensiones, el IBL se liquida con base en salarios reales devengados y reportados a la seguridad social (incluso para aquellos en régimen de transición, con experiencias cortas de salario observado), tácitamente justificando los subsidios que se otorgan a la pensión calculados sobre un IBL que

37 Debe sin embargo anotarse que ni el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, ni el artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994 establecen, por ser norma de aplicación general para todos los afiliados, el requisito de que el salario devengado fuera compatible con la categoría.

oscila entre uno y veinte salarios mínimos en el régimen de prima media, pero negando el derecho al subsidio implícito a la pensión establecido en el bono pensional que busca, como se mencionó, que los regímenes del sistema general otorguen pensiones equivalentes.

Si la ley hubiera querido trasladar el valor real de las cotizaciones realizadas a la seguridad social, hubiera aplicado de manera general la fórmula alternativa de bonos pensionales establecida en el párrafo 3 del artículo 117 de la Ley 100 que señala: *“Párrafo 3. Para las personas que ingresen por primera vez a la fuerza laboral con posterioridad al 30 de junio de 1992, el bono pensional se calculará como el valor de las cotizaciones efectuadas más los rendimientos obtenidos hasta la fecha de traslado”*.

Dicha fórmula, como se observa, solo traslada el valor de las cotizaciones efectuadas. En la fórmula establecida en el cuerpo del artículo 117 no se plantea esta solución: se plantea una de traslado proporcional del capital necesario para financiar la pensión a la que tendría derecho el afiliado cuando llegue a la edad de retiro.

Pero además, y por último, el término base de cotización está definido por el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 como el salario que devenga el afiliado. Como arriba se explicó, el artículo 117 de la Ley 100 aplica de manera general para todos los afiliados al sistema independientemente de donde hayan estado vinculados al 30 de junio de 1992. Por tanto, entender que la norma se refiere a la base de cotización establecida para el ISS es restringir el campo de aplicación de la norma. En efecto, había personas que se desempeñaban al 30 de junio de 1992 como servidores públicos sin afiliación a una caja o fondo del sector público, empleadores que reconocían sus propias pensiones, etc., para los cuales el concepto “base de cotización” resulta extraño. Igual dificultad existe con los servidores públicos afiliados a las cajas y fondos. Para todos ellos, si el concepto de base de cotización es restringido materialmente, no habría forma de liquidar el bono pensional.

B. La Corte Constitucional tampoco tuvo en cuenta en la Sentencia C-734 de 2005 el contenido íntegro del artículo 117 de la Ley 100 de 1993

La Corte Constitucional, al confundir un término técnico establecido para los bonos pensionales con un término técnico definido para el diseño de la pensión de vejez, le dio un alcance que no tenía el Decreto Ley 1299 de 1994 en relación con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, lo que la llevó, en nuestro criterio, erradamente a determinar que el decreto ley excedió las facultades extraordinarias concedidas por el numeral 5 del artículo 139 de la citada ley.

Señaló la Corte en la Sentencia C-734 de 2005:

7.4. Cabe destacar, además, que el contenido material de la norma acusada, esto es, la definición del salario base de cotización para la pensión de vejez de quienes venían cotizando al ISS o a una caja o fondo del sector público o privado con anterioridad al 30 de junio de 1992, fue regulado directa e integralmente por el propio Congreso de la República en el texto de la ley habilitante, con lo cual se descarta de plano que dicho tema pudiera estar incluido en el ámbito material de las facultades extraordinarias otorgadas al Gobierno por intermedio del numeral 5° del artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

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

(62) si es hombre, y el salario medio nacional a la edad que hubiere tenido el afiliado en dicha fecha.

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

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

Como fácilmente puede observarse, la Corte confundió el término “pensión de vejez” con “pensión de vejez de referencia”. El término “pensión de vejez de referencia” fue establecido en el artículo 117 de la Ley 100 para estructurar la fórmula para el cálculo del bono pensional: La pensión de referencia resulta de un cálculo que busca indagar la cuantía de la pensión a la que tendría derecho el afiliado al momento de cumplir la edad de pensión. Pero además, frente al término “con anterioridad al 30 de junio de 1992” no reparó en que existen dos formas para calcular el bono: la establecida en el parágrafo 3 del artículo 117 de la Ley 100 para quienes iniciaron su vida laboral después del 30 de junio de 1992, y la fórmula general establecida para los que los hicieron antes de dicha, o a esa fecha inclusive.

Sin embargo, además, la misma redacción del decreto ayudó a crear más confusión en la Corte. Tal vez el rótulo del artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994 (Salario base de liquidación para la pensión de vejez de referencia) la desorientó. Si la Corte hubiese realizado un examen más minucioso de la norma, hubiera encontrado, en primer lugar, que el mencionado artículo 5 tenía ámbito de aplicación exclusivo para la realización del cálculo de que trata al literal a) del artículo 4 del Decreto Ley 1299 de 1994, que es una transcripción casi literal del literal a) del artículo 117 de la Ley 100 de 1993. Comparemos las dos normas:

| Ley 100 de 1993 | Decreto Ley 1299 de 1994 |
|--|--|
| <p>Artículo 21. Se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en todo el tiempo si este fuere inferior para el caso de las pensiones de invalidez o sobrevivencia, actualizados anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expide el dane.</p> <p>Artículo 117. Valor de los Bonos Pensionales. Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:</p> <p>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:</p> <p>b) El resultado obtenido en el literal anterior, se multiplica por el porcentaje que resulte de sumar los siguientes porcentajes: Cuarenta y cinco por ciento, más un 3 % por cada año que exceda de los primeros 10 años de cotización, empleo o servicio público, más otro 3 % por cada año que faltará para alcanzar la edad de sesenta (60) años si es mujer o sesenta y dos (62) si es hombre, contado desde el momento de su vinculación al sistema.</p> <p>La pensión de referencia así calculada, no podrá exceder el 90 % del salario que tendría el afiliado al momento de tener acceso a la pensión, ni de 15 salarios mínimos legales mensuales.</p> | <p>Artículo 5. 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:</p> <p>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.</p> |

| Ley 100 de 1993 | Decreto Ley 1299 de 1994 |
|--|--|
| <p><i>Artículo 117. Valor de los Bonos Pensionales. Para determinar el valor de los bonos, se establecerá una pensión de vejez de referencia para cada afiliado, que se calculará así:</i></p> <p><i>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.</i></p> | <p><i>Artículo 4. Cálculo de la pensión de vejez de referencia para los vinculados con anterioridad al 30 de junio de 1992. La pensión de vejez de referencia para cada afiliado se calculará así:</i></p> <p><i>a) Se calcula el salario de referencia que el afiliado tendría a los 60 años de edad si es mujer o a los 62 si es hombre.</i></p> <p><i>Dicho salario se obtiene de multiplicar el salario base de liquidación de que trata el artículo siguiente, 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 tenga el afiliado a fecha de selección o de traslado al régimen de ahorro individual. La tabla de salarios medios nacionales será establecida por el DANE y oficializada por el Gobierno Nacional.</i></p> |

Cuando el artículo 4 del Decreto Ley 1299 de 1994 hace referencia al “salario base de liquidación de que trata el artículo siguiente”, en realidad hace referencia a la “base de cotización del afiliado a 30 de junio de 1992, o en su defecto, el último salario devengado”, que fue realmente lo que reguló el artículo 5 del Decreto Ley 1299 de 1994 como condición necesaria para la liquidación del bono.

Como lo hemos reiterado, en los términos de los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993, la base de cotización es el salario. De ello se desprende con claridad el porqué se estableció que, conforme lo señala el literal a) del artículo 5 del mencionado Decreto 1299, el salario o el “ingreso base de liquidación” (para la determinación de la pensión de referencia) será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva

entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando.

El error del Gobierno Nacional fue definir como “salario base de liquidación” lo que, en efecto, no es un salario base de liquidación, sino un dato, *“la base de cotización a 30 de junio de 1992, o el último salario devengado si para dicha fecha se encontraba cesante, debidamente actualizado con el IPC”*, necesario para realizar un cálculo que busca hallar un salario. El error de la Corte Constitucional fue pasar por alto que el término “pensión de vejez de referencia” fue acuñado por el artículo 117 de la Ley 100 y que en su concepción es diferente al término “pensión de vejez”.

CONCLUSIONES

La interpretación que se ha realizado sobre el concepto de “base de cotización”, tanto por la Corte Constitucional como por la Sala de Casación Laboral ha sido restrictiva, descartando cualquier otra clase de interpretación, que para casos como el presente es necesaria, tal como la interpretación sistemática o aquella que indaga por la teleología de la norma.

Ambas altas Cortes han achacado al Gobierno Nacional un exceso en las facultades extraordinarias otorgadas al regular el tema de los bonos pensionales al amparo del numeral 5 del artículo 139 de la Ley 100 de 1993. La Sala de Casación Laboral, en la sentencia arriba señalada, ha dicho, al respecto,

Es evidente que el artículo 5° del precitado Decreto 1299 de 1994, introdujo una protuberante modificación en cuanto al salario base de liquidación de los bonos pensionales a 30 de junio de 1992, pues ya no aludió al salario base de cotización, sino al salario devengado en esa fecha de acuerdo con las normas legales vigentes. Y así se afirma, pues si para dicha fecha había un salario máximo asegurable de \$665.070, pero el afiliado realmente devengaba un salario superior, el bono debía liquidarse de acuerdo con éste último y no con el [que] se le cotizó.

Sin embargo, como se ha mostrado, es el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, no el Decreto Ley 1299 de 1994, el que equiparó “base de cotización” con “último salario devengado”. Ninguna de las dos altas Cortes ha examinado a profundidad el contenido del mencionado artículo 117 de la mencionada ley. Lo más fácil ha sido utilizar el supuesto exceso de facultades para no abordar la razón por la cual el legislador estableció la equiparación entre base de cotización al 30 de junio de 1992 y último salario devengado.

De otro lado, se dejó a un lado la teleología de la norma, no se indagó por la razón que tuvo el gobierno para presentar la fórmula de cálculo del bono pensional. Debe anotarse que la redacción del artículo 117 conservó el tenor literal durante su trámite en el Congreso de la República. Lo único que varió en ese tenor literal fue la edad tenida en cuenta para el cálculo. El proyecto de ley 155 de 1992 contemplaba una edad de pensión de 65 años; fue durante el

trámite posterior que se redujo la edad de pensión a 62 años para los hombres y 60 para las mujeres³⁸.

Ambas Cortes han pasado por alto que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 no indaga por una pensión de vejez, sino por una pensión de vejez de referencia que se calcula con base en la fórmula implícita allí establecida y no como lo señala el artículo 33 de la misma.

Finalmente, es necesario decirlo, la posición de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia está afectando la equidad natural del sistema pensional. Todos los bonos pensionales que actualmente liquidan los diferentes emisores de bono, pero en especial la Oficina de Bonos Pensionales, respetan la regla de utilizar el salario devengado hasta el tope de 20 salarios mínimos, cuando el empleador reportó el salario real devengado por el afiliado y realizó la cotización sobre la categoría 51³⁹. Es decir, las entidades están cumpliendo con lo establecido en el Decreto 1748 de 1995 y reiterado en el Decreto 3366 de 2007.

Solo en los casos en que el empleador sub-cotizó a la seguridad social, y por tanto reportó salarios por debajo de la categoría 51, la Nación deja de reconocer el salario devengado por el empleado, puesto que no fue reportado a la seguridad social en cumplimiento de lo dispuesto por el Decreto 3063 de 1989 que ordenaba reportar al Instituto de Seguros Sociales el salario real devengado por el afiliado aun cuando este excediera el rango de salarios contemplado en la categoría máxima⁴⁰.

Desde luego, sobre el incumplimiento de una obligación legal no se puede generar derechos. En este orden de ideas, el único responsable, ante el afiliado, de que el emisor no liquide el bono pensional con el salario devengado, dejado de reportar a la seguridad social, es el empleador, porque incumplió su deber legal de reporte. El daño que se le causa al afiliado fue directamente ocasionado por

38 Cfr. Artículo 78 del Proyecto de Ley 155 de 1992.

39 Al respecto puede consultarse el Instructivo 4 de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

40 Señala el artículo 76 del acuerdo 044 de 1989, aprobado por el Decreto Reglamentario 3066 de 1989: "*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*".

el empleador; por simple equidad debiera responder al empleado por eludir la obligación legal de reporte del salario real.

En la gran mayoría de los casos, si no en todos, la Sala de Casación Laboral termina protegiendo, en razón de su jurisprudencia, a los empleadores que evadieron su obligación legal de reportar el salario real devengado por el afiliado, lo cual no pareciera justificado si la interpretación que se ha realizado sobre el artículo 117 de la Ley 100 de 1993 ha sido restrictiva, como en este trabajo se ha intentado mostrar.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- Ana María Muñoz Segura, *La pensión como premio o derecho*, Ediciones Uniandes – Editorial Temis, Bogotá (2011).
- Ángel Muñoz, Carolina Romero, Juana Téllez & David Tuesta, *Confianza en el futuro: Propuestas para un mejor sistema de pensiones en Colombia*, Norma, Bogotá (2009).
- Eduardo López Villegas, *Seguridad Social. Teoría Crítica*, 1ª Ed., Tomos I y II, Sello Editorial Universidad de Medellín, Medellín (2011).
- Fernando Castillo, *Problemas Actuales de Seguridad Social: Los bonos pensionales*, Coedición Pontificia Universidad Javeriana – Grupo Editorial Ibáñez, Colección Profesores No. 44, Bogotá (2009).
- Gerardo Arenas Monsalve, *El derecho colombiano de la Seguridad Social*, 3ª ed., Legis Editores, Bogotá (2011).
- Heinrich Türler, *Actuaría. La matemática del seguro*, Talleres de Integráficas, Bogotá (1972).

Revistas

- Ana María Muñoz Segura, *La liquidación del bono pensional: Entre el salario devengado y el salario reportado*, *Revista Actualidad Laboral y Seguridad*, No. 133, Editorial Legis, Bogotá (enero – febrero del 2006).
- Fernando Castillo Cadena, *En busca del eslabón perdido: La inexistencia de una política de seguridad social en pensiones*, *Revista Javeriana*, Bogotá, 56-61 (febrero del 2011).
- Juan Granados, *Implicaciones del concepto de salario base de liquidación del bono pensional*, *Revista Actualidad Laboral y Seguridad*, No 176, Editorial Legis, Bogotá (marzo – abril del 2013).

Informes

- Fedesarrollo, *El sistema pensional en Colombia. Retos y alternativas para aumentar la cobertura. Informe final*, Fedesarrollo, Bogotá (2010).
- , *Tendencia Económica, Informe Mensual de Fedesarrollo*, No. 89, Fedesarrollo, Bogotá (septiembre del 2009).
- Loredana Helmsdorff, *Ampliación de cobertura del sistema pensional colombiano y atención al adulto mayor*, Misión para una estrategia para la reducción de la pobreza y la desigualdad, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá (2007).
- Peter Thullen, *Técnicas actuariales de la Seguridad Social: Regímenes de las pensiones de invalidez, de vejez y de sobrevivientes*, Colección Informes OIT, No. 43, Centro de publicaciones Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Madrid (1995).