

CIRCULARES ADMINISTRATIVAS - Carácter jurídico / CIRCULARES - Si producen efectos jurídicos frente a los administrados son susceptibles de ser demandadas / CIRCULAR - Es acto administrativo si produce efectos jurídicos / CIRCULAR - Naturaleza jurídica. Reiteración jurisprudencial

Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial. Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio. Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general, impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados. No obstante puede ocurrir que, por extralimitación de funciones o por invadir el ejercicio de las mismas o por error de técnica administrativa, a través de un acto de servicio, trátase de una circular o de una carta de instrucción, se tomen decisiones que son verdaderos actos administrativos, evento en el cual, sin duda alguna, pueden ser demandables por vicios en su formación ante la Jurisdicción en lo Contencioso Administrativo.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

MINISTERIOS - Funciones / MINISTERIO - No puede jurídicamente mediante acto administrativo fijar condiciones o requisitos diferentes a los señalados en la constitución política o la ley / FACULTAD REGLAMENTARIA - Función exclusiva del presidente de la republica

De la lectura y análisis hecha por la Sala a las funciones, tanto en la Ley 489 de 1998 así como en las de creación de los Ministerios firmantes de la Circular, al igual que de los decretos enunciados, se puede deducir que les corresponde como objetivo primordial, la fijación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos relacionados con el cumplimiento de su compromiso misional tanto de rango constitucional como legal; ejercer el control y vigilancia de la actividad propia de su ministerio; preparar los proyectos de ley, decretos y resoluciones que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que correspondan al Presidente de la República y expedir las resoluciones, circulares y demás actos administrativos de carácter general o particular, necesarios para la ejecución de sus funciones sin que se pueda afirmar que entre ellas se encuentran las señaladas en la Circular demandada. No le es dable jurídicamente al Ministerio por vía de acto administrativo, fijar condiciones o requisitos diferentes a los señalados en la Constitución Política y la ley o en las normas reglamentarias, porque sería de tal gravedad que vulneraría el régimen normativo vigente y que es exclusivo de ser desarrollado por normas superiores, como en efecto se encuentra plasmado en nuestra legislación.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES - Seguridad social / PENSION - Régimen de prima media y ahorro individual / REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA - Fondo común de naturaleza pública y el monto de la pensión es preestablecido al igual de la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización / REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD - No exige al afiliado una edad específica ni tampoco un mínimo de semanas cotizadas / REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL - Requiere un capital mínimo que permita obtener una pensión de 110% del salario mínimo legal mensual vigente

Al respecto vale señalar que el Sistema General de Pensiones, como desarrollo del derecho constitucional a la seguridad social (artículo 48), tuvo una gran innovación a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, quedando establecidos unos mecanismos o regímenes para el manejo financiero de los recursos que se obtienen a través de las cotizaciones con destino al pago de las diferentes clases de pensiones. Los requisitos para obtener tal prestación conforme con la Ley 100 de 1993, son distintos en el Régimen de Prima Media así como en el Régimen de Ahorro Individual. El Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se basa en la técnica del contrato de seguro, donde los aportes de los afiliados y los empleadores junto con sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública y el monto de la pensión es preestablecido, al igual que la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, requiriendo que el afiliado alcance una edad que en la actualidad es de 55 años para mujeres y 60 años para los hombres pero, a partir del año 2014, será de 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres y también se requiere el pago de cotizaciones (que harían las veces de la prima de un seguro) por un mínimo de semanas efectivas al Sistema, empezando por 1000 semanas y, a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas que deben cotizarse al sistema se incrementó en 50 y, a partir del 1º de enero de 2006 se incrementó en 25 por cada año hasta llegar a un máximo de 1300 semanas para quienes cumplan la edad de pensión a partir del año 2015. En caso de no cumplirse los requisitos, el afiliado puede solicitar una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Por su parte, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se exige al afiliado una edad específica ni tampoco un mínimo de semanas cotizadas, sino que, como sistema de capitalización, requiere que en la cuenta individual de ahorro manejada por la entidad administradora haya acumulado un capital mínimo (incluyendo el valor del bono pensional, si hay lugar al mismo) que le permita obtener una pensión mensual equivalente por lo menos al 110% del salario mínimo legal mensual vigente. El monto de la pensión es variable y depende del valor acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de la pensión y de la rentabilidad de los ahorros acumulados y en el evento de no alcanzarse la pensión por insuficiencia de capital pensional, se efectuará la devolución de saldos, toda vez que dicho capital está en la cuenta y a nombre del afiliado aportante.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 / LEY 797 DE 2003

PENSION DE VEJEZ - Aportes voluntarios / APORTES VOLUNTARIOS - Principio de solidaridad / PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD - Sistema de seguridad social / APORTES VOLUNTARIOS - Contribución a los esquemas solidarios

Del tenor literal del artículo 4º de la Ley 797 de 2003 se desprende una regla clara que permite regular la situación en el evento de que a pesar de que el afiliado haya reunido los requisitos que le permitan acceder a la pensión, siga vinculado laboralmente o contractualmente por prestación de servicios. En este caso cesa la obligación de cotizar al sistema, pero el inciso tercero de la norma le permite seguir haciendo aportes voluntarios, lo que a juicio de la Corte se predica tanto del régimen pensional de prima media como del sistema de ahorro individual, diferenciándose que en el régimen de prima media dichos aportes no incrementarían el monto de la pensión más allá del porcentaje máximo fijado en la ley. En ese caso, los aportes voluntarios del trabajador que sigue vinculado laboralmente obligarían consecuentemente al empleador a efectuar los aportes correspondientes al sistema pensional. Agregó la Corte que la norma demandada no introduce una limitación excesiva e injustificada al desarrollo del principio de solidaridad. En efecto, la extinción de la obligación de cotizar al sistema, presupone, precisamente que la persona ha hecho sus cotizaciones durante el término previsto en la ley y, por tanto, ha cumplido con los deberes solidarios que el sistema le impone, pasando de esta manera de aportante a beneficiario; diferente sería la situación presentada si la extinción de la obligación de cotizar al sistema ocurriera por razones no justificadas, antes del tiempo exigido para acceder a la pensión, o en virtud de hechos ajenos a la configuración misma del sistema. Consagra, además, el artículo 4 de la Ley 797, la posibilidad de que el empleador o el afiliado puedan seguir haciendo aportes voluntarios, aún cuando hayan reunido los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez. Esta posibilidad permite que quienes opten por esa alternativa, sigan contribuyendo al sistema, no sólo en su propio beneficio, sino a favor de sus esquemas solidarios. En tal evento, lo harán ya no obligatoriamente, sino por decisión propia, lo que es consecuente con el hecho de que ya se han satisfecho los requisitos para acceder a la pensión y han pasado, legítimamente, a ser beneficiarios del sistema.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

**CIRCULAR - Procedimientos y mecanismos que tuvieran relación directa con la ejecución y cumplimiento de las actividades propias de cada ministerio /
CIRCULAR - Extralimitación de la facultad legal y reglamentaria**

Puede afirmarse entonces que en cuanto a la expedición de Circulares por parte de los Ministerios, estas sólo podrían referirse a procedimientos y mecanismos que tuvieran relación directa con la ejecución y cumplimiento de las actividades propias de cada Ministerio, pero no así de “dar instrucciones a los operadores jurídicos que aplican las normas del Sistema General de Pensiones”, que pudieran modificar o variar la consagración legal sobre temas exclusivos de la norma superior, o dar alcances diferentes al contenido y aplicación de las normas vigentes, como ha sucedido en el caso que nos ocupa, tema ya definido por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; por eso y en criterio de esta Sala, al expedirse la Circular 0001 de 2005 se extralimitó la facultad legal y reglamentaria que le compete a los Ministros, es por ello que está llamada a ser declarada nula, como en efecto se hará. Le corresponde, por mandato legal a los Ministerios, velar por la aplicación y cumplimiento de las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social, impartir directrices y fijar las políticas públicas que permitan el logro de los fines esenciales del Estado en el tema exclusivo de su misión institucional, y no modificar lo consagrado legalmente, como sucedió en el caso en comento, al expedirse la Circular Conjunta 0001 de 2005 de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social que, en criterio de esta Sala, viola lo consagrado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, al señalar que el empleador debía continuar efectuando las

cotizaciones cuando el trabajador decida no pensionarse, aunque haya cumplido los requisitos para hacerlo anticipadamente o reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, cuando la norma legal señaló que la obligación de cotizar cesaba en el momento en que el afiliado reunía los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez o cuando el afiliado se pensionara por invalidez o anticipadamente.

NOTA DE RELATORIA: Esta providencia fue proferida por la Sala Plena de esta Sección.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION SEGUNDA

Consejero ponente: VICTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de mayo de dos mil doce (2012).

Radicación número: 11001-03-25-000-2008-00116-00(2556-08)

Actor: JORGE OCTAVIO ROZO VALENZUELA

Demandado: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y MINISTERIO DE LA PROTECCION SOCIAL

Procede la Sala a proferir sentencia en la Acción Pública de Nulidad formulada por el señor Jorge Octavio Rozo Valenzuela, mediante la cual solicitó la nulidad de los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 0001 de 2005, suscrita por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Protección Social.

LA DEMANDA

JORGE OCTAVIO ROZO VALENZUELA, en ejercicio de la acción de simple nulidad consagrada en el artículo 84 del C.C.A., solicitó:

- a) Declarar la nulidad de los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 0001 de 24 de enero de 2005, suscrita por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Protección Social, *“sobre el alcance de los artículos 17 y 33*

(parágrafo) 3 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4º y 9º de la Ley 797 de 2003”.

- b) Decretar la suspensión provisional de los numerales 3 y 4 *“de las peticiones anteriores, por ser manifiestamente violatorios de normas superiores”.*
- c) Ordenar dar cumplimiento a la sentencia dentro del término previsto por el artículo 176 del C.C.A.

LAS NORMAS VIOLADAS Y SU CONCEPTO DE VIOLACIÓN

De la Ley 100 de 1993, los artículos 17 y 33 (parágrafo 3), modificados por los artículos 4º y 9º (parágrafo 3) de la Ley 797 de 2003.

Fundamentó la inconstitucionalidad e ilegalidad de los actos impugnados, considerando que:

(i) Los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 0001 de 2005, suscrita por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Protección Social, se prestan a confusiones entre los regímenes del Sistema General de Pensiones, al no precisar si lo allí establecido es predicable al Régimen de Prima Media con Prestación Definida o al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o a ambos. Al respecto, agregó el accionante:

“Esta demanda está dirigida a demostrar que los numerales 3 y 4 demandados violan normas superiores cuando se refieren al Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”.

(ii) El numeral 3 demandado, obliga al empleador a continuar efectuando las cotizaciones para la pensión de vejez del trabajador, con posterioridad al momento

en que cumplió los requisitos para pensionarse, violando el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, pues esta última disposición expresamente prevé que *“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez anticipadamente.”*.

De esta manera, el Gobierno excedió su facultad reglamentaria al crear requisitos adicionales a los establecidos por la Ley, para el régimen de Prima Media con Prestación Definida, en tanto precisa que el empleador deberá *“continuar efectuando las cotizaciones a su cargo mientras dure la relación laboral, por tratarse de afiliados obligatorios al sistema”*. Además, en este régimen no existe la pensión mínima de vejez, ni la posibilidad de pensionarse anticipadamente y, por lo tanto, el numeral acusado no sería aplicable a los empleadores cuyos trabajadores se pensionan con el referido régimen.

“De otra parte, el numeral 3 demandado desconoce que el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003¹, que obliga al trabajador del sector privado o del sector público a solicitar la pensión cuando cumpla los requisitos establecidos en la Ley para obtenerla y autoriza al empleador, en el caso que aquel no solicite la pensión, a hacerlo en nombre del trabajador. De tal manera que si el trabajador y/o el empleador están facultados para solicitar ante el organismo competente la pensión de vejez a que tiene derecho el trabajador, el numeral 3 demandado no puede desautorizar lo ordenado por la ley, en relación a la obligatoriedad de retirar al trabajador de su sitio de trabajo y del sistema de pensiones a que pertenece.”.

(iii) A su turno, el numeral 4 demandado dispone que el trabajador que hubiere cumplido los requisitos para el reconocimiento de la pensión mínima de vejez

¹ Ley 797 de 2003. Artículo 9.- El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, quedará así: “Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:
(...)

“Parágrafo 3. Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.

“Transcurridos 30 días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

“Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”.

puede acceder a dicha prestación o seguir trabajando y, en este último evento, deberá seguir cotizando durante la vigencia del vínculo laboral, con el objetivo de incrementar el monto de la pensión; sin embargo, esta previsión desconoce que en el sistema de Prima Media con Prestación Definida no es posible incrementar el monto de la pensión, pues si bien es cierto que el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 permitía incrementar el porcentaje de la pensión hasta el 85% del ingreso base de liquidación, también lo es que esta norma fue modificada por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003.

Además, “cuando el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, establece la obligación tanto para el trabajador como para el empleador de dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria una vez aquel haya cumplido los requisitos contemplados en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, no es posible “incrementar el monto de la pensión.”

Asimismo, lo dispuesto en la última parte del numeral 4 acusado, en el sentido de que el empleador tiene la facultad de terminar la relación laboral invocando como justa causa el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, es contradictorio con lo dispuesto en el inicio de este mismo numeral que le permite al trabajador, que reúne los requisitos pensionales, pensionarse o seguir trabajando, en el evento que se trate de empleados afiliados al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Igualmente, se quebranta el ordenamiento superior *“al permitir que el trabajador se pensione o siga trabajando y en este último evento, continúe cotizando, a pesar que la ley recientemente citada es imperativa al precisar que “la obligación de cotizar cesa en el momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”.*

Finalmente, viola el inciso final del último artículo citado de la Ley 797 de 2003 en razón a que en el régimen de prima media con prestación definida esta Ley suprimió los aportes voluntarios a que este inciso final se refiere².”.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a las pretensiones del demandante indicando que en el acto demandado se dieron instrucciones a los operadores jurídicos que aplican las normas del Sistema General de Pensiones, los cuales *“no hacen más que acoger los criterios ya incorporados en ley, los reglamentos y la jurisprudencia vigentes.”* (fls. 62-76):

Que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo debía relevarse de decidir sobre la legalidad de la Circular acusada, toda vez que ésta no es una expresión de la voluntad destinada a producir efectos jurídicos y, por la tanto, no es un acto administrativo. Además, indicó que fue expedida dentro del marco de competencia del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en consideración a que las cotizaciones en materia de seguridad social son el insumo económico que permite atender todas las exigencias del sistema de pensiones; por ello, si como consecuencia de una interpretación errónea o defectuosa, se declara la nulidad de los numerales demandados, se generaría un grave daño fiscal con efectos negativos, especialmente para el régimen de Prima Media con Prestación Definida y al Fondo de Solidaridad Pensional que concierne a los dos regímenes.

² Ley 797 de 2003. Artículo 4. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

“Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones.

“(…)

“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

“Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes”

De acuerdo con el Decreto No. 246 de 2004, el Ministerio de Hacienda y Crédito Público estaba facultado para expedir la Circular acusada, toda vez que una de sus funciones consiste en participar como parte del Gobierno en la regulación del sistema de seguridad social integral. Igualmente, tiene la potestad de emitir conceptos sobre la aplicación de las normas relacionadas con los temas de seguridad social que tengan efectos económicos y fiscales.

En principio, podría afirmarse que existe divergencia entre la Circular acusada y el artículo 17 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, al estudiar integralmente la norma referida se observa que tal contrariedad no existe, tal como pasará a explicarse:

- a) De acuerdo con su ubicación dentro del texto de la Ley 100 de 1993, se concluye que el mismo concierne a todo el Régimen de Seguridad Social y, por lo tanto, es una regla que debe aplicarse con carácter general al sistema de pensiones, *“al margen del régimen de que se trate.”*
- b) El artículo 17 en cita, es el primero del Capítulo III del Libro Primero de la Ley 100 de 1993, el cual regula las *“Cotizaciones al Sistema General de Pensiones”*, situación que refuerza su importancia en el marco de las pensiones.
- c) El mencionado artículo fue modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 que en lo fundamental y de acuerdo con la reforma, no cambió la estructura de la norma, pues establecía la obligación de efectuar cotizaciones mientras se encontrara vigente el vínculo laboral, sin importar que en el interregno el trabajador adquiriera el status pensional. Es decir, era el hecho de tener una relación laboral reglamentaria, el factor que denotaba la obligación y el carácter de cotizante obligatorio. La *“redacción de la norma es concluyente en no hacer distinción alguno respecto del hecho que es el trabajo en sí mismo, el origen último de la obligación”*.
- d) Empero, esta norma en su inciso segundo pareciera variar la obligación de cotizar para quienes reúnan los requisitos para acceder a la pensión

mínima de vejez o a la pensión por invalidez o que se pensionen anticipadamente, pues en estos casos precisó que la obligación de cotizar “cesa”, salvo cuando se trata de la pensión de vejez del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando reúna los requisitos de hecho para acceder a ella, sin perjuicio de los aportes voluntarios que decidan continuar efectuando los afiliados o empleadores. Sin embargo, es preciso indicar que:

“Llama la atención el hecho que el legislador original de la Ley 100 de 1993 al referirse al momento en que culmina la obligación de pagar cotizaciones al sistema, emplee un expresión como “cesar” que no es ciertamente la que de forma categórica emplea el lenguaje de las obligaciones para referir el fenómeno respectivo en que expira la misma, que es el de “Terminación” de la obligación. La expresión “cesar” no parece ser causal y el tono de relatividad que ésta conlleva, muestra cierto estado de latencia que puede ser compatible con el hecho que la obligación tenga pausa para la pensión mínima de vejez del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, la pensión de invalidez prevista en los dos regímenes y la pensión anticipada del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, obligación que puede activarse cuando, pese a tener derecho a esas pensiones, no se promueve el paso a pensionado y por el contrario se sostiene el vínculo laboral, caso en el cual estamos de vuelta en la categoría de los cotizantes obligatorios. El sistema de pensiones se nutre de las cotizaciones por consiguiente el legislador optó por atarlas al fenómeno del vínculo laboral, tal y como viene de verse del estudio del original artículo 17 de la Ley 100 de 1993.”.

En materia de seguridad social, la solidaridad cobra especial importancia, pues el sistema se edifica sobre dicho principio, lo cual justifica la imposición de “sacrificios de toda índole”. Así, mediante el régimen de Prima Media con Prestación Definida se busca modificar la distribución de ingresos producidos, en orden a favorecer a las personas que durante su carrera laboral percibieron salarios bajos.

El actor afirma que el parágrafo 3° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 “*obliga*” al empleador a retirar del servicio al trabajador que ha cumplido los requisitos legales

para pensionarse y, por lo tanto, la circular acusada no podía apartarse de dicha previsión legal.

Sin embargo, la citada disposición no le impone una obligación al empleador de disponer el retiro del servicio cuando se presenta la situación anotada, sino que establece una “*prerrogativa*” a su favor para dar por terminado el vínculo laboral; siendo ello así, carecen de fundamento las causales de nulidad invocadas por el demandante, pues desde un principio hace una interpretación errónea de la norma superior que en su sentir ha sido quebrantada.

(vi) En caso de acoger las pretensiones del demandante, “*se presentaría el absurdo de un servidor público en ejecución de una relación laboral o legal y reglamentaria, que entre los 55 y 65 años - para el caso del régimen de transición - continúa trabajando 10 años más sin cotizar al Sistema General de Pensiones, en detrimento no sólo del principio de solidaridad sino también de la posibilidad de optar por una modalidad de pensión de mayor monto.*”

Lo propio cabe predicar de los independientes y de quienes tienen un vínculo laboral de raigambre privado.”.

Asimismo, sería inviable el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivientes de quienes cumplen requisitos para acceder a la pensión de vejez, pero que siguen laborando sin cotizar al sistema, pues el otorgamiento de estas prestaciones presupone una fidelidad al sistema y el pago de las correspondientes cotizaciones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público presentó alegatos de conclusión, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, agregando que el principio de la sostenibilidad fiscal constituye una herramienta

que debe auxiliar las decisiones judiciales que recaigan, entre otros aspectos, sobre derechos o servicios públicos (fls. 129 a 140).

A folio 100, la entidad demandada solicita la suspensión del proceso hasta tanto no se dicte fallo de constitucionalidad de los apartes demandados del artículo 4 de la Ley 797 de 2003 dentro del proceso D-7920, por ante la Corte Constitucional. Dicha solicitud fue negada por auto de 14 de diciembre de 2010 (fl. 116) por cuanto la misma no cumplía los requisitos establecidos en los artículos 170 y 171 del C.P.C., aplicables por remisión expresa del artículo 267 del C.C.A.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

La Procuradora Tercera Delegada ante el Consejo de Estado, rindió concepto solicitando declarar la nulidad de los apartes acusados de los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta 1 de 2005, expedida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Protección social, con fundamento en los siguientes argumentos (fls.141-147):

Consideró que la Circular Conjunta parcialmente acusada sí constituye un verdadero acto administrativo en tanto fija la interpretación de normas legales para efectos de su correcta aplicación y tiene carácter vinculante respecto de sus destinatarios.

Ahora bien, de acuerdo con la división de las Ramas del Poder público, es posible afirmar que *“a los Ministerios no les corresponde precisar ni fijar el sentido de las leyes, pues esta tarea puede realizarla, con autoridad, la instancia encargada de hacerlas y, mediante la resolución de conflictos, lo hace la rama jurisdiccional al decir el derecho en cada caso, pues al administrar justicia se va fijando el sentido de la ley.”*

De otro lado, la Rama Ejecutiva debe llevar a la realidad los mandatos abstractos de la Ley, sin exceder su contenido, lo cual se realiza a través del ejercicio de la potestad reglamentaria que se encuentra radicada en cabeza del Presidente de la República y el Ministro o el Director del Departamento Administrativo correspondiente a la materia que ha de ser reglamentada.

Bajo estos parámetros, se observa que los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de Protección Social al expedir el acto demandado, excedieron su ámbito de competencias y, posiblemente, invadieron el campo de acción de otras autoridades. Ello es así, porque los mencionados funcionarios no gozan de potestad reglamentaria, *“pues ésta se encuentra radicada en el Sr. Presidente de la República, por lo que sin la participación expresa y directa del Jefe de Estado y de Gobierno, no hay posibilidad de entrar a reglamentar disposiciones de la ley”*.

En cuanto al contenido de la Circular acusada, sobre la cesación del pago de los aportes para pensión, el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 establece como regla general el pago de cotizaciones mientras se encuentre vigente la relación laboral, sin que ello quiera decir que haya consagrado una excepción cuando, a renglón seguido expresó que, cesa dicha obligación al cumplirse los requisitos por parte del afiliado para beneficiarse de la pensión mínima de vejez, de invalidez o la anticipada del régimen de ahorro individual pues, para estos casos, da la posibilidad de que los trabajadores y empleadores dejen de pagar las cotizaciones, independiente de lo inconveniente o no que resulte la decisión, pero cuentan con esa libertad para hacerlo.

“Se estima que para los demás casos, sobre pensiones ordinarias de vejez, opera la regla general del pago de las cotizaciones hasta cuando pierda vigencia la relación laboral.

Debe advertirse, eso sí, que no hay facultad de terminar el vínculo laboral por el advenimiento del cumplimiento de las exigencias para lograr el status de pensionado, sino hasta cuando el trabajador sea incluido en nómina e incluso, por lo que en este sentido el numeral 4° demandado adolece de inconsistencia frente a la ley”.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a decidir previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Corporación es competente para conocer de la acción de nulidad formulada en los términos del artículo 128 de C.C.A. que preceptúa:

“ARTICULO 128. El Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, conocerá de los siguientes procesos privativamente y en única instancia:

1. De los de nulidad de los actos administrativos expedidos por las autoridades del orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden.”

El asunto es competencia de la Sección Segunda de conformidad con el Acuerdo No. 55 de 2003, por el cual la Sala Plena modificó el reglamento del Consejo de Estado, que dispone:

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

Sección Segunda:

1. Los procesos de simple nulidad de actos administrativos que versen sobre asuntos laborales.”

Así las cosas, no cabe duda que el asunto es de naturaleza laboral porque lo que se discute es la obligatoriedad de las cotizaciones para pensión y la posibilidad que tienen los trabajadores (públicos o privados) de continuar laborando cuando han cumplido los requisitos para pensionarse. Por ende es de conocimiento de la Sección.

2. El problema jurídico.

El problema jurídico se contrae a determinar si los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta expedida por los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y el Ministerio de la Protección Social violan normas superiores en relación con los artículos 17 y 33 (parágrafo 3) de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4 y 9 de la Ley 797 de 2003.

Circular acusada:

*“CIRCULAR CONJUNTA NUMERO 0001 DE 2005
(enero 24)*

Asunto: Alcance de los artículos 17 y 33 (parágrafo 3º) de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4º y 9º de la Ley 797 de 2003.

[...]

Ministerio de Hacienda y Crédito Público

Ministerio de la Protección Social

Circulares Conjuntas

CIRCULAR CONJUNTA NUMERO 0001 DE 2005, (Enero 24)

DIARIO OFICIAL No. 45.815 DE FEBRERO 7 DE 2005

Para: Empleadores del sector público y privado y afiliados al Sistema General de Pensiones

De: Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

Asunto: Alcance de los artículos 17 y 33 (parágrafo 3º) de la Ley 100

de
1993, modificados por los artículos 4º y 9º de la Ley 797 de 2003.

Fecha: Bogotá, D. C., 24 de enero de 2005

Los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, en ejercicio de las facultades establecidas en los Decretos 246 de 2004 y 205 de 2003 como entes rectores de la Seguridad Social, teniendo en cuenta las diversas inquietudes existentes sobre el alcance de los artículos citados en el asunto de la referencia, a través de la presente circular, proceden a efectuar algunas precisiones respecto de su contenido:

3. No obstante, si pese a tener satisfechos los requisitos para pensionarse anticipadamente el trabajador decide no hacerlo, el empleador está obligado a continuar efectuando las cotizaciones a su cargo mientras dure la relación laboral, por tratarse de afiliados obligatorios al sistema.

4. La persona que reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez puede pensionarse, o seguir trabajando; en este último evento, por tratarse de afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral, con objeto de incrementar el monto de la pensión.

Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene el empleador de terminar la relación laboral invocando como justa causa el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión.

3. El carácter jurídico de las Circulares Administrativas.

De acuerdo con el inciso 3º del artículo 84 del C.C.A., modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, *“También puede pedirse que se declare la nulidad de las circulares de servicio y de los actos de certificación y registro”*

Ha precisado esta Corporación que las instrucciones o circulares administrativas son susceptibles de ser demandadas ante la Jurisdicción Contenciosa si contienen una decisión de la Administración capaz de producir efectos jurídicos frente a los administrados, esto es, si son actos administrativos, pues si se limitan a reproducir el contenido de otras normas o las decisiones de otras instancias o a brindar

orientaciones e instrucciones a sus destinatarios sin que contengan decisiones, no serán susceptibles de control judicial³.

Igualmente se ha sostenido que si las circulares o las cartas de instrucción, tienen por objeto dar a conocer el pensamiento o concepto del superior jerárquico a sus subalternos, en relación con determinadas materias, o impartir instrucciones a los empleados de las distintas dependencias sobre la mejor manera de cumplir las disposiciones normativas, sin que se contengan decisiones, se está en presencia de simples actos de servicio.

Es así como esta Corporación, en sentencia de 21 de septiembre de 2001, Expediente No. 6371, Consejera Ponente Dra. Olga Inés Navarrete, al referirse a la naturaleza jurídica de las circulares, dijo textualmente:

“La jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las circulares de servicios son susceptibles de ser demandadas cuando las mismas contengan una decisión de la autoridad pública, capaz de producir efectos jurídicos y puedan, en consecuencia, tener fuerza vinculante frente al administrado, pues de no ser así, si la circular se limita a reproducir lo decidido por otras normas, o por otras instancias, con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda.

“Así se dejó consignado en fallo de esta Corporación, del 3 de febrero de 2000:

“El Código Contencioso Administrativo, artículo 84, modificado por el artículo 14 del Decreto 2304 de 1989, prevé la posibilidad de demandar las circulares de servicio, en cuanto revistan el carácter de acto administrativo, entendido éste como manifestación de voluntad de la Administración, destinada a producir efectos jurídicos, en cuanto crea, suprime o modifica una situación jurídica. Si la circular no tiene la virtud de producir esos efectos jurídicos externos, bien porque permanezca en el interior de los cuadros de la Administración como una orientación para el desarrollo de la actividad administrativa, o bien porque se limite a reproducir la

³ En el mismo sentido, ver: Sección Cuarta, sentencia de 13 de marzo de 1998, exp. 8487; Sección Primera, sentencia de 19 de marzo de 2009, exp. 00285, C.P. doctor Rafael Ostau de Lafont Pianeta; de 3 de febrero de 2000, exp 5236. C.P. doctor Manuel Santiago Urueta; de 14 de octubre de 1999, exp 5064. C. P. doctor Manuel Urueta Ayola y providencias de 10 de febrero de 2000, exp. 5410 y de 1 de febrero de 2001, exp. 6375, ambas con ponencia de la Consejera, doctora Olga Inés Navarrete Barrero.

decisión de una autoridad diferente, no se considerará entonces un acto administrativo susceptible de control jurisdiccional, porque en dicha hipótesis no se presenta la posibilidad de que los derechos de los administrados sean vulnerados' (Cfr. Consejo de Estado. Sección Primera. Radicación 5236 del 3 de febrero de 2000. C.P. Dr. Manuel Santiago Urueta).

"En el caso presente, la Circular demandada constituye un acto administrativo que crea, modifica o extingue una situación jurídica y que, por lo mismo, es susceptible del presente control jurisdiccional ya que imparte instrucciones sobre aspectos ligados al ejercicio del cargo de Revisor Fiscal, dirigida a los Contadores Públicos, revisores fiscales, representantes legales de personas jurídicas prestadoras de servicios contables, usuarios de servicios profesionales de Contaduría Pública y establece restricciones para el ejercicio de la revisoría fiscal por parte de las personas jurídicas. La Sala es competente para aprehender el estudio de la presente demanda de nulidad".

También por vía de doctrina se han efectuado importantes aportes orientados a puntualizar la existencia de un acto administrativo y a distinguirlo de otro tipo de actos, como las llamadas circulares, tal como lo señala el tratadista Gustavo Penagos (Tomo I, El Acto Administrativo, 2008, pág. 303) *"Siendo el Acto Administrativo, una decisión de cualquier órgano del Estado, o de los particulares, tendiente a crear, modificar o extinguir una relación jurídica; se diferencia de las otras manifestaciones (Instrucciones, Circulares, Conceptos, Certificados) que no son decisiones, sino simples pronunciamientos de la administración, con el fin de cumplir sus deberes de orientación, coordinación o control (arts. 41 y 56 de la L. 489 de 1998).*

Puede ocurrir, que por extralimitación de funciones, o por error de técnica administrativa, en una circular o carta de instrucción, se expidan decisiones, que son verdaderos actos administrativos, en tal caso se deben reconocer, y pueden ser demandables por vicios de su formación, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual ocurre con demasiada frecuencia.

Lo esencial para distinguir un Acto Administrativo, de una simple manifestación de la administración, es que el primero contenga una decisión, no importa que la manifestación del Estado se la llame circular, Instrucción, certificado, etc."

Conforme a lo señalado, se parte de la premisa de que los actos administrativos constituyen la expresión unilateral de la voluntad de la Administración por medio de la cual se crea, en forma obligatoria, una situación jurídica de carácter general,

impersonal o abstracta, o bien de carácter subjetivo, individual y concreto, es decir que se trata de una decisión capaz de producir efectos jurídicos y, en consecuencia, de vincular a los administrados.

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

Dejando entonces por sentada la premisa de existencia del acto administrativo, procede la Sala al estudio propio del control de legalidad de la circular demandada, en los siguientes términos.

La Sala, en pro de realizar una comparación didáctica del tema en cuestión, y señalar las diferencias materia de impugnación, presenta el siguiente cuadro sobre la normatividad jurídica consagrada en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y el contenido de la circular conjunta impugnada en los numerales 3 y 4, así:

LEY 100 DE 1993	LEY 797 DE 2003	CIRCULAR 001 DE 2005

<p>ARTÍCULO 17. Durante la vigencia de la relación laboral deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los Regímenes del Sistema General de Pensiones por parte de los afiliados y empleadores, con base en el salario que aquéllos devenguen.</p> <p>Salvo lo dispuesto en el artículo 64 de esta ley, la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.</p> <p>Lo anterior será sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en el caso del régimen de ahorro individual con solidaridad.</p>	<p>ARTÍCULO 4o. El artículo <u>17</u> de la Ley 100 de 1993 quedará así:</p> <p>Artículo 17. Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral <u>y del contrato de prestación de servicios</u>, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario <u>o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.</u></p> <p>La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.</p> <p>Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.</p>	<p>3.No obstante, si pese a tener satisfechos los requisitos para pensionarse anticipadamente el trabajador decide no hacerlo, el empleador está obligado a continuar efectuando las cotizaciones a su cargo mientras dure la relación laboral, por tratarse de afiliados obligatorios al sistema.</p>
--	--	--

<p>ARTÍCULO 33. Para tener derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:</p> <p>PARÁGRAFO 3o. No obstante el requisito establecido en el numeral dos (2) de este artículo, cuando el trabajador lo estime conveniente, podrá seguir trabajando y cotizando <u>durante 5 años más</u>, ya sea para aumentar el monto de la pensión o para completar los requisitos si fuere el caso.</p>	<p>ARTÍCULO 9o. El artículo <u>33</u> de la Ley 100 de 1993 quedará así:</p> <p>Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:</p> <p>PARÁGRAFO 3o. <Parágrafo CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE C-1073-03 [(... siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente'.)].</p> <p>Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.</p>	<p>4. La persona que reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez puede pensionarse, o seguir trabajando; en este último</p>
---	--	--

	<p>Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.</p> <p>Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.</p>	<p>evento, por tratarse de afiliados obligatorios al Sistema General de Pensiones conforme lo prevé el artículo 15 de la Ley 100 de 1993, se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral, con objeto de incrementar el monto de la pensión.</p> <p>Lo anterior, sin perjuicio de la facultad que tiene el empleador de terminar la relación laboral invocando como justa causa el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión.</p>
--	---	---

3.1 Naturaleza de las Circulares.

La Circular motivo de impugnación fue expedida con fundamento en las funciones consagradas a los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y Protección Social en los Decretos 246 de 2004 y 205 de 2003.

De la lectura y análisis hecha por la Sala a las funciones, tanto en la Ley 489 de 1998 así como en las de creación de los Ministerios firmantes de la Circular, al igual que de los decretos enunciados, se puede deducir que les corresponde como objetivo primordial, la fijación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos relacionados con el cumplimiento de su compromiso misional tanto de rango constitucional como legal; ejercer el control y vigilancia de la actividad propia de su ministerio; preparar los proyectos de ley, decretos y resoluciones que deban dictarse en ejercicio de las atribuciones que correspondan al Presidente de la República y expedir las resoluciones, circulares y demás actos administrativos de carácter general o particular, necesarios para la ejecución de sus funciones sin

que se pueda afirmar que entre ellas se encuentran las señaladas en la Circular demandada.

Tampoco es de recibo, como lo afirma el demandado (fls. 66 y 67), que la característica de la Circular que se cuestiona radica en que fija de manera general la posición del Ministerio sobre asuntos relativos a las materias de su competencia y en el marco de las disposiciones vigentes, y no lo puede ser, como quiera que no es del ámbito de sus funciones dar interpretaciones, alcances o aplicabilidades diferentes a lo normado en el texto de la ley y mucho menos enunciar posiciones que rayan con el texto de la misma.

No le es dable jurídicamente al Ministerio por vía de acto administrativo, fijar condiciones o requisitos diferentes a los señalados en la Constitución Política y la ley o en las normas reglamentarias, porque sería de tal gravedad que vulneraría el régimen normativo vigente y que es exclusivo de ser desarrollado por normas superiores, como en efecto se encuentra plasmado en nuestra legislación.

Aceptar el dicho del demandado es aceptar el ejercicio de una facultad reglamentaria en cabeza de los Ministros, función ésta que es exclusiva del Presidente de la República, acorde con lo señalado en el artículo 189-11 de la Constitución Política, tema que no admite análisis ni interpretación diferente al de la consagración legal.

4. De la potestad reglamentaria.

De acuerdo con el mandato del artículo 189-11 de la Constitución Política, le corresponde al Presidente de la República *“ejercer la potestad reglamentaria mediante la expedición de decretos, resoluciones y órdenes para la cumplida ejecución de la ley”*, consagración que le permite desarrollar su contenido con la finalidad de conseguir que la ley que reglamenta sea entendible y fácilmente aplicable, de donde se colige que el reglamento administrativo que expide en virtud de tales facultades, no le permite exceder las competencias conferidas, como tampoco fijar elementos o requisitos diferentes a la norma, constituyéndose de esa manera en función exclusiva de él; diferente es que le corresponda al ministro preparar el proyecto sobre el tema materia de reglamentación.

5. Del caso concreto.

Hace referencia a la ilegalidad de los artículos 3 y 4 de la Circular 0001 de 24 de enero de 2005, publicada en el Diario Oficial No. 45815 el 7 de febrero de 2005, originada en los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, dirigida a los empleadores del sector público y privado y afiliados al Sistema General de Pensiones, de fecha 24 de enero de 2005 y cuyo asunto es sobre el *“Alcance de los artículos 17 y 33 (parágrafo 3°) de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4° y 9° de la Ley 797 de 2003”*.

La Ley 100 de 1993, en sus artículos 17 y 33, parágrafo 3, modificados por los artículos 4 y 9, parágrafo 3 de la Ley 797 de 2003, demandados, señalan que:

“Artículo 4°. El artículo 17 de la Ley 100 de 1993 quedará así:

***Artículo 17.** Obligatoriedad de las Cotizaciones. Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen.*

La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.

Lo anterior sin perjuicio de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los dos regímenes.”

“Artículo 33. Requisitos para obtener la Pensión de Vejez. Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:

(...)

***Parágrafo 3°.** Se considera justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, que el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión. El empleador podrá dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando sea reconocida o notificada la pensión por parte de las administradoras del sistema general de pensiones.*

Transcurridos treinta (30) días después de que el trabajador o servidor público cumpla con los requisitos establecidos en este artículo para tener derecho a la pensión, si este no la solicita, el

empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel.

Lo dispuesto en este artículo rige para todos los trabajadores o servidores públicos afiliados al sistema general de pensiones.”

Afirma el actor que con la Circular demandada, se excedió la facultad reglamentaria al crear requisitos adicionales a los establecidos por la Ley para el régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues en ella indicó que se debía *“continuar efectuando las cotizaciones a su cargo mientras dure la relación laboral, por tratarse de afiliados obligatorios al sistema”*.

Igualmente señala que en este régimen no existe la pensión mínima de vejez, ni la posibilidad de pensionarse anticipadamente y, por lo tanto, el numeral acusado no sería aplicable a los empleadores cuyos trabajadores se pensionan con el referido régimen.

Al respecto vale señalar que el Sistema General de Pensiones, como desarrollo del derecho constitucional a la seguridad social (artículo 48), tuvo una gran innovación a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, quedando establecidos unos mecanismos o regímenes para el manejo financiero de los recursos que se obtienen a través de las cotizaciones con destino al pago de las diferentes clases de pensiones.

Los requisitos para obtener tal prestación conforme con la Ley 100 de 1993, son distintos en el Régimen de Prima Media así como en el Régimen de Ahorro Individual.

El Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se basa en la técnica del contrato de seguro, donde los aportes de los afiliados y los empleadores junto con sus rendimientos, constituyen un fondo común de naturaleza pública y el monto de la pensión es preestablecido, al igual que la edad de jubilación y las semanas mínimas de cotización, requiriendo que el afiliado alcance una edad que en la actualidad es de 55 años para mujeres y 60 años para los hombres pero, a partir del año 2014, será de 57 años para las mujeres y 62 años para los hombres y también se requiere el pago de cotizaciones (que harían las veces de la prima de un seguro) por un mínimo de semanas efectivas al Sistema, empezando por 1000

semanas y, a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas que deben cotizarse al sistema se incrementó en 50 y, a partir del 1º de enero de 2006 se incrementó en 25 por cada año hasta llegar a un máximo de 1300 semanas para quienes cumplan la edad de pensión a partir del año 2015. En caso de no cumplirse los requisitos, el afiliado puede solicitar una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

Por su parte, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se exige al afiliado una edad específica ni tampoco un mínimo de semanas cotizadas, sino que, como sistema de capitalización, requiere que en la cuenta individual de ahorro manejada por la entidad administradora haya acumulado un capital mínimo (incluyendo el valor del bono pensional, si hay lugar al mismo) que le permita obtener una pensión mensual equivalente por lo menos al 110% del salario mínimo legal mensual vigente. El monto de la pensión es variable y depende del valor acumulado en la cuenta, de la edad a la cual decida retirarse el afiliado, de la modalidad de la pensión y de la rentabilidad de los ahorros acumulados y en el evento de no alcanzarse la pensión por insuficiencia de capital pensional, se efectuará la devolución de saldos, toda vez que dicho capital está en la cuenta y a nombre del afiliado aportante.

En términos generales⁴, todos los trabajadores tanto del sector público como del sector privado pueden seleccionar uno y sólo uno de los regímenes de pensiones que estimen más conveniente a sus intereses y expectativas, pues ambos son excluyentes (artículo 12 de la Ley 100 de 1993).

Sobre el tema planteado, la Corte Constitucional, al decidir una demanda en acción pública de inconstitucionalidad, en sentencia C-529 de 2010, decidió “Declarar EXEQUIBLE, por el cargo analizado, los incisos 2º y 3º del artículo 4º de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 17 de la Ley 100 de 1993.”. Señaló la Corte en dicha sentencia:

“En síntesis, la Corte encuentra que la disposición demandada, al establecer como causal de extinción de la obligación de cotizar a los regímenes del sistema general de pensiones el que se hayan reunido los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, constituye un

⁴ Se exceptúan los trabajadores de las entidades o empresas a las que se refiere el artículo 279 de la ley 100 de 1993, a quienes no se les aplica el Sistema de Seguridad Social Integral.

ejercicio cabal de la facultad que la Constitución le otorga al legislador para configurar los elementos específicos del principio solidario en el sistema de seguridad social. La medida presupone que los afiliados han cumplido con el tiempo y las semanas de cotización, y han llegado a la edad legalmente exigida, o han acumulado el capital suficiente para satisfacer sus necesidades mínimas vitales, y por lo tanto han satisfecho de manera suficiente su deber de solidaridad para con el sistema y ya se han hecho acreedores de sus beneficios. La medida encaja razonablemente dentro de la libertad de diseño de que goza el Congreso en esta materia, y teniendo en consideración los distintos componentes solidarios del actual sistema pensional colombiano, se concluye que no constituye una medida que afecte el principio solidario, lo desconozca, o lo atenúe de manera injustificada. Nada obsta para que el legislador, dentro de la competencia amplia que la Constitución le otorga en esta materia, opte por establecer otro régimen de nacimiento y extinción de la obligación de cotizar al sistema pensional. Pero el régimen actualmente vigente es una opción legislativa entre varias posibles, y desde el punto de vista del principio de solidaridad, no vulnera la Constitución, en la medida en que la exención que crea es a favor de personas que ya cumplieron con sus deberes hacia el sistema, hasta el punto que, realizado el supuesto, pueden ser sus beneficiarios, especialmente teniendo en cuenta que la legislación vigente, en ambos regímenes, les permite continuar cotizando voluntariamente.

Es importante señalar que la cesación de la obligación de cotizar al ocurrir el supuesto establecido en la norma acusada -que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez-, no se extiende a las obligaciones derivadas del sistema de seguridad social en salud o del sistema general de riesgos profesionales. Las causales de extinción de la obligación de cotizar a estos sistemas se rigen por reglas distintas, y la cesación de la obligación de cotizar de que trata la norma demandada, sólo se circunscribe al sistema pensional. En consecuencia, la declaratoria de exequibilidad de ella no implica que quienes sigan vinculados laboralmente, o por contrato de prestación de servicios, queden eximidos de sus obligaciones para con el sistema de salud o de riesgos profesionales. Por el contrario, deben seguir aportando a dichos sistemas, en la medida en que así lo impone la continuada existencia de su relación laboral, legal, reglamentaria o contractual.

Finalmente: en la medida en que la acusación contra el tercer inciso del artículo 4º de la Ley 797 de 2003 dependía de que prosperara la acusación contra el segundo inciso, la Corte, por el cargo analizado, declarará también su constitucionalidad.”

Es de advertir que en el *sub lite*, el demandado había solicitado suspender el trámite del proceso de declaratoria de nulidad de la Circular 0001 de 2005, hasta tanto la Corte Constitucional no se pronunciara frente a la demanda de inconstitucionalidad sobre el tema planteado, petición que le fue negada en la respectiva oportunidad procesal.

Al mismo tiempo y sobre lo normado en el artículo 33 (parágrafo 3) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, uno de los fundamentos jurídicos de la acción de nulidad incoada, la Corte Constitucional en sentencia C-1037 de 2003, decidió declarar condicionalmente la exequibilidad de dicho parágrafo así: “[...] siempre y cuando además del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente”.

En el primer caso, el problema jurídico dilucidado por la Corte Constitucional consistió en determinar si la cesación de la obligación de cotizar al momento en que el afiliado cumple los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, vulnera el principio de solidaridad consagrado constitucionalmente. La Corte reafirmó que el principio de solidaridad era inherente a la naturaleza del Estado Social de Derecho y que, por lo tanto, se constituía en el parámetro esencial del principio de igualdad y fundamento de todo el régimen de derechos sociales y económicos consagrados constitucionalmente y que ese carácter garantizaba la estabilidad y los derechos del niño, de la familia, de los individuos de la tercera edad, discapacitados etc. Además, permite la organización de los servicios de salud y saneamiento ambiental, entre otros.

Es por ello que dicho principio de solidaridad limita constitucionalmente al legislador y al Ejecutivo en temas de tanta connotación nacional como la intervención del Estado en las diferentes actividades que permitan el logro de sus fines esenciales del Estado. Así mismo la Corte Constitucional en la sentencia referida señaló:

“La seguridad social es esencialmente solidaridad social. No puede concebirse el sistema de seguridad social sino como un servicio público solidario y la manifestación más integral y completa del principio constitucional es la seguridad social.

La Ley 100 de 1993 define la seguridad social como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos de que dispone la persona y “la comunidad”, para que en cumplimiento de los planes y programas que el Estado y “la sociedad” desarrollen, se pueda proporcionar la “cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud,

y la capacidad económica”, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”.

Es al legislador a quien le corresponde no sólo determinar específicamente la normatividad legal que desarrolle el principio constitucional de la solidaridad, sino también lo relacionado con los procedimientos aplicables, los administradores, el tipo de afiliados, las condiciones de afiliación, los beneficiarios del mismo, junto los requisitos, restricciones y prohibiciones para hacer parte de ellos; es decir, es al legislador quien, por mandato constitucional, le compete normatizar este tipo de temas a través de la ley. De igual forma, al Ejecutivo es a quien en cabeza del Presidente de la República le compete la reglamentación de dichas normas, no pudiendo ninguna otra autoridad arrogarse competencias que no les corresponde sobre los temas de solidaridad, cotización y régimen pensional en general, como sucedió en el caso de la Circular 001 de 2005 hoy cuestionada.

Ahora bien, del tenor literal del artículo 4º de la Ley 797 de 2003 se desprende una regla clara que permite regular la situación en el evento de que a pesar de que el afiliado haya reunido los requisitos que le permitan acceder a la pensión, siga vinculado laboralmente o contractualmente por prestación de servicios. En este caso cesa la obligación de cotizar al sistema, pero el inciso tercero de la norma le permite seguir haciendo aportes voluntarios, lo que a juicio de la Corte se predica tanto del régimen pensional de prima media como del sistema de ahorro individual, diferenciándose que en el régimen de prima media dichos aportes no incrementarían el monto de la pensión más allá del porcentaje máximo fijado en la ley. En ese caso, los aportes voluntarios del trabajador que sigue vinculado laboralmente obligarían consecuentemente al empleador a efectuar los aportes correspondientes al sistema pensional.

La Corte indica, además, que *“aun reunidos los requisitos para acceder al derecho de la pensión mínima de vejez y cesar la obligación de cotizar al sistema pensional no se vulnera el principio constitucional de solidaridad, como quiera que en el sistema general de pensiones se contemplan mecanismos que permiten hacer efectivo el principio constitucional de solidaridad.”*

Agregó la Corte que la norma demandada no introduce una limitación excesiva e injustificada al desarrollo del principio de solidaridad. En efecto, la extinción de la obligación de cotizar al sistema, presupone, precisamente que la persona ha hecho sus cotizaciones durante el término previsto en la ley y, por tanto, ha cumplido con los deberes solidarios que el sistema le impone, pasando de esta manera de aportante a beneficiario; diferente sería la situación presentada si la extinción de la obligación de cotizar al sistema ocurriera por razones no justificadas, antes del tiempo exigido para acceder a la pensión, o en virtud de hechos ajenos a la configuración misma del sistema.

Consagra, además, el artículo 4 de la Ley 797, la posibilidad de que el empleador o el afiliado puedan seguir haciendo aportes voluntarios, aún cuando hayan reunido los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez. Esta posibilidad permite que quienes opten por esa alternativa, sigan contribuyendo al sistema, no sólo en su propio beneficio, sino a favor de sus esquemas solidarios. En tal evento, lo harán ya no obligatoriamente, sino por decisión propia, lo que es consecuente con el hecho de que ya se han satisfecho los requisitos para acceder a la pensión y han pasado, legítimamente, a ser beneficiarios del sistema.

Actuación ésta que por ser discrecional, no es imperativa, y por lo tanto, no genera obligación alguna al afiliado que opte por decidir la forma de realizar los aportes.

Para la Corte Constitucional, el artículo 4 de la Ley 797 de 2003 es exequible, como quiera que es al legislador a quien le compete determinar y establecer los elementos que permitan dar cumplimiento al principio de la solidaridad en nuestro sistema de seguridad social, como quiera que la consagración legal presupone que los afiliados han cumplido con el tiempo y las semanas de cotización y han llegado a la edad legalmente exigida, o han acumulado el capital suficiente para satisfacer sus necesidades mínimas vitales y, por tanto, han cumplido su deber de solidaridad y desde luego pueden acceder al derecho pensional.

La Corte Constitucional precisó además que la extinción de la obligación de cotizar cuando el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, no se extiende a las obligaciones derivadas del Sistema de Seguridad Social en Salud o del Sistema General de Riesgos Profesionales.

Así las cosas, puede afirmarse entonces que en cuanto a la expedición de Circulares por parte de los Ministerios, estas sólo podrían referirse a procedimientos y mecanismos que tuvieran relación directa con la ejecución y cumplimiento de las actividades propias de cada Ministerio, pero no así de “*dar instrucciones a los operadores jurídicos que aplican las normas del Sistema General de Pensiones*”, que pudieran modificar o variar la consagración legal sobre temas exclusivos de la norma superior, o dar alcances diferentes al contenido y aplicación de las normas vigentes, como ha sucedido en el caso que nos ocupa, tema ya definido por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003; por eso y en criterio de esta Sala, al expedirse la Circular 0001 de 2005 se extralimitó la facultad legal y reglamentaria que le compete a los Ministros, es por ello que está llamada a ser declarada nula, como en efecto se hará.

En relación con el artículo 17 parágrafo 3 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la Corte Constitucional al decidir sobre una demanda de inconstitucionalidad en la sentencia C-1037 de 2003 señaló “*que la Constitución Política contempla que el Legislador puede precisar los eventos en los cuales debe proceder el retiro de los servidores públicos, y en igual sentido, fijar el derecho a la pensión como un derecho fundamental proteccionista y dirigido en una de sus especies a ofrecer mayores garantías a quienes tienen una avanzada edad y han prestado su fuerza laboral por un significativo número de años, concluye que en nada viola la Constitución que el Legislador, siendo competente para ello disponga que la pensión es una causal que da origen al retiro del servidor público y en consecuencia a la terminación de la relación laboral y que dispone que el trabajador reciba un ingreso sin requerir que desempeñe labor alguna para ello*”.

Y además describe: “*Respecto a la terminación de la relación laboral de servidores públicos y de trabajadores particulares, la Constitución no le indica ninguna pauta o restricción al Legislador para el establecimiento de las causales*

para la procedencia de dicha terminación. El Constituyente deja librado al Congreso un gran espacio de configuración legislativa para implantar las mencionadas causales, al no establecer directrices específicas para desarrollar esa materia. Empero, esa autorización no debe entenderse como una habilitación para que desconozca derechos, principios y valores reconocidos por la propia Carta Política, debido a que estos sirven de fundamento y de límite a toda la actividad legislativa.”

“El Estado debe garantizar la “efectividad de los derechos”, en este caso del empleado, público o privado, retirado del servicio asegurándole la “remuneración vital” que garantice su subsistencia, su dignidad humana y los derechos de los trabajadores impone el deber de dictar una sentencia aditiva, esto es que agregue un supuesto de hecho o requisito a los señalados por el legislador con el fin de hacer compatible la norma con la Constitución Política. En este caso es necesario adicionar a la notificación de la pensión la notificación de su inclusión en la nóminas de pensionados correspondiente. No puede existir solución de continuidad entre la terminación de la relación laboral y la iniciación del pago efectivo de la mesada pensional, precisamente para asegurar al trabajador y a su familia los ingresos mínimos vitales, así como la efectividad y primacía de sus derechos. Por tanto, la única posibilidad de que el precepto acusado devenga constitucional es mediante una sentencia aditiva para que el trabajador particular o servidor público sea retirado sólo cuando se le garantice el pago de su mesada pensional, con la inclusión en la correspondiente nómina, una vez se haya reconocido su pensión”.

De lo analizado, puede inferirse que es al legislador a quien le compete la expedición de las normas reguladoras de las relaciones laborales tanto en el sector público como en el privado y, específicamente, en el tema motivo de la impugnación, le competía determinar los procedimientos de cotización al sistema general de pensiones, su regulación, requisitos para tener acceso al derecho pensional, y los demás temas referidos a las relaciones laborales.

Le corresponde, por mandato legal a los Ministerios, velar por la aplicación y cumplimiento de las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social, impartir directrices y fijar las políticas públicas que permitan el logro de los fines esenciales del Estado en el tema exclusivo de su misión institucional, y no modificar lo consagrado legalmente, como sucedió en el caso en comento, al expedirse la Circular Conjunta 0001 de 2005 de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público y

de la Protección Social que, en criterio de esta Sala, viola lo consagrado en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, al señalar que el empleador debía continuar efectuando las cotizaciones cuando el trabajador decida no pensionarse, aunque haya cumplido los requisitos para hacerlo anticipadamente o reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, cuando la norma legal señaló que la obligación de cotizar cesaba en el momento en que el afiliado reunía los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez o cuando el afiliado se pensionara por invalidez o anticipadamente.

Analizado el acto acusado bajo la óptica de la jurisprudencia y la doctrina traídas a colación, se advierte que el tenor literal del acto acusado en el *sub lite*, pone en tela de juicio la hipótesis según la cual la Circular demandada equivale a *“una orientación útil para el intérprete, que no es obligatoria, a través de la cual solo se dieron instrucciones a los operadores jurídicos que aplican las normas del Sistema General de Pensiones, y que no hacen más que acoger los criterios ya incorporados en ley, los reglamentos y la jurisprudencia vigentes”*.

Para la Sala, la Circular examinada conduce a apreciar que no se trata de una simple opinión personal sobre el alcance o interpretación de algunas normas consagradas en el ordenamiento jurídico aplicable en materia de régimen pensional en Colombia, sino que originó una decisión en relación con *“las cotizaciones que deben efectuar los empleadores y los trabajadores en el Sistema General de Pensiones de Vejez”* que contraría lo normado en la Ley 100 de 1993, artículos 17 y 33, modificados por los artículos 4 y 9 de la Ley 797 de 2003, al precisar que *“el empleador debe continuar efectuando las cotizaciones cuando el trabajador decida no pensionarse aunque haya satisfecho los requisitos para hacerlo anticipadamente o reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez”*, como quiera que la norma es clara al señalar que *“la obligación de cotizar cesa en el momento en que el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente”* y, por lo tanto, se deduce que con lo señalado en la Circular impugnada, se modificó el contenido, alcance y aplicación de la norma, invadiendo una facultad que no le correspondía al Gobierno.

DECISIÓN

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

FALLA

Declárase la nulidad de los numerales 3º y 4º de la Circular Conjunta No. 0001 de 24 de enero de 2005, suscrita por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y Protección Social por medio de la cual fijó el alcance de los artículos 17 y 33 (parágrafo 3º) de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4º y 9º de la Ley 797 de 2003, por las razones expuestas en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese en los anales del Consejo de Estado y archívese. Cúmplase.

La anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala en la presente sesión.

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO E. GOMEZ ARANGUREN

BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO