



Función Pública

Sentencia 00116 de 2009 Consejo de Estado

COSEJO DE ESTADO

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

CONSEJERO PONENTE: DR. VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil nueve (2009).-

REF: EXPEDIENTE No. 110010325000200800116 00

NÚMERO INTERNO: 2556-2008

AUTORIDADES NACIONALES

ACTOR: JORGE OCTAVIO ROZO VALENZUELA

Procede la Sala de Sección, a resolver, por interés jurídico, la solicitud de medida cautelar formulada por la parte demandante por cuanto la circular acusada precisa algunos aspectos en materia pensional relativos a la obligatoriedad de las cotizaciones y a la posibilidad que tienen los trabajadores de continuar laborando pese a haber cumplido los requisitos para pensionarse estableciendo obligaciones a los empleadores que, en principio, no están contempladas en rigor por las normas en las que fundó su directriz.

LA DEMANDA. En ejercicio de la acción de nulidad JORGE OCTAVIO ROZO VALENZUELA solicita la suspensión provisional y la declaratoria de nulidad de los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta 00001 de 24 de enero de 2005¹, proferida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social.

Las disposiciones acusadas son las destacadas del siguiente texto:

"CIRCULAR CONJUNTA NUMERO 00001 DE 2005

(enero 24)

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 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:

Con fundamento en las anteriores disposiciones legales y en la jurisprudencia señalada, estos Ministerios se permiten precisar lo siguiente:

[...]

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".

LA SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL. El actor fundamenta su solicitud en que el numeral 3 acusado vulnera en forma flagrante el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, en cuanto permite que el trabajador, en el régimen de prestación definida, una vez cumplidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez continúe laborando y que el empleador efectúe los aportes pues la norma lo obliga a solicitar el reconocimiento de la pensión de vejez y de no hacerlo, dentro de los 30 días siguientes a la fecha en que cumplió los requisitos, faculta al empleador a solicitarlo.

También quebranta el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, porque obligar al empleador a que continúe cotizando para pensiones cuando el empleado en el régimen de prima media con prestación definida ha cumplido los requisitos para obtener la pensión de vejez contradice lo dispuesto por la normatividad referida en el sentido de que la obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez.

El numeral 4 demandado transgrede las disposiciones anteriores porque permite que el trabajador escoja entre pensionarse o continuar laborando y en este último caso establece la obligación de seguir cotizando para pensión.

Para resolver, SE CONSIDERA:

1) NATURALEZA DEL ACTO DEMANDADO.

Las circulares, como la acusada, que compartan una decisión administrativa son susceptibles de control en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

Sobre la naturaleza de acto administrativo de las circulares la Corporación en sentencia de 21 de septiembre de 2001, radicación No. 6371, Consejera Ponente OLGA INÉS NAVARRETE, expresó:}

"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.

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

"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".

La circular acusada precisa algunos aspectos en materia pensional que, en principio, no están contemplados en rigor por las normas en las que se soporta por lo cual este acto comporta una decisión susceptible de ser acusada ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

2) COMPETENCIA

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

"Art. 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 de orden nacional o por las personas o entidades de derecho privado cuando cumplan funciones administrativas del mismo orden. [...]"

El asunto es de competencia de la Sección Segunda de conformidad con el Acuerdo 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 se conoce la Sala de lo Contencioso Administrativo se distribuirán entre sus secciones atendiendo a 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."

3) LA DEMANDA

Como la demanda reúne los requisitos formales es del caso ordenar su admisión y trámite.

4) SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

La suspensión provisional es una medida sujeta a condiciones y requisitos exigentes como son la flagrancia y la violación de textos superiores. Por consiguiente no le es dable al juzgador acceder a su decreto sino cuando encuentre visibles esos extremos pues en los casos en que la materia ofrezca dudas o deba examinarse el fondo del asunto no resultaría procedente la medida.

La circular demandada, como lo advirtió el actor, establece algunas directrices generales en materia pensional, sin distinguir entre los regímenes propios del sistema general de pensiones como con el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

Como el demandante solicitó la suspensión provisional en relación con el régimen de prima media con prestación definida pues la vulneración normativa resulta más evidente en esta materia la Sala sólo se ocupará de este régimen.

4.1. PRIMER CARGO CONTRA LOS NUMERALES 3 Y 4 DE LA CIRCULAR CONJUNTA NUMERO 00001 DE 2005.

El criterio del demandante los apartes subrayados de los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta Número 00001 de 24 de enero de 2005, vulneran el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 al consagrar:

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."

Arguye el demandante que la posibilidad que otorgan los artículos acusados a la persona que reúne los requisitos para pensionarse anticipadamente o para acceder a la pensión mínima de vejez en el régimen de prima media con prestación definida de optar entre pensionarse o seguir trabajando no fue concebida por la norma conculcada.

PARÁGRAFO 3 DEL ARTÍCULO 33 DE LA LEY 100 DE 1993, CITADO COMO VIOLADO.

ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.

[...]

PARÁGRAFO 3º.

Se considera justa la 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 ese 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."

La norma transcrita establece una nueva causal de retiro del servicio cuando el trabajador del sector privado o el servidor público cumpla los requisitos establecidos para tener derecho a la pensión de vejez, la cual se aplica una vez sea reconocida o notificada la pensión por parte de los administradores del sistema general de pensiones.

La Corte Constitucional, mediante sentencia C- 1037 del 5 de noviembre de 2003, Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería, declaró ajustada esta norma a la Carta, en forma condicionada, estableciendo que la misma debía entenderse en el sentido de que la facultad del empleador operaba una vez se hubiera notificado al interesado, además del reconocimiento de la pensión, su inclusión en la nómina para el pago de la misma.

Si bien la Ley 100 de 1993 establece una nueva causal de retiro ello no implica que el trabajador (público o privado) tenga que pensionarse al cumplir los requisitos mínimos y no pueda continuar laborando pues la norma no contempla tal prohibición.

En efecto, el inciso final del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 permite que tanto en el régimen de prima media con prestación definida como en el de ahorro individual con solidaridad el afiliado o el empleador efectúen aportes voluntarios, es decir, consagra la posibilidad para ambos de continuar con el vínculo laboral, circunstancia que beneficia al trabajador pues con mayores cotizaciones podrá aumentar el monto de la

pensión.

En consecuencia, si a pesar de haber cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez el trabajador en el régimen de prima media con prestación definida desea continuar con la relación laboral puede hacerlo y el empleador podrá solicitar el reconocimiento de la misma en nombre de aquel y dar por terminado el vínculo cuando haya sido incluido en la nómina para el pago de la pensión.

4.2 SEGUNDO CARGO CONTRA LOS NUMERALES 3 Y 4 DE LA CIRCULAR CONJUNTA NUMERO 00001 DE 2005.

En criterio del demandante los apartes subrayados de los numerales 3 y 4, inciso 1, de la Circular Conjunta Número 00001 de 24 de enero de 2005, vulneran el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 al consagrar:

"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 el objeto de incrementar el monto de la pensión. [...]".

ARTÍCULO 17 DE LA LEY 100 DE 1993, MODIFICADO POR EL ARTÍCULO 4 DE LA LEY 797 DE 2003, CITADO COMO VIOLADO.

"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."

La Sala encuentra procedente acceder a la suspensión provisional de los apartes subrayados, en lo que se refiere a la aplicación de la circular en relación con el régimen de prima media con prestación definida, por las siguientes razones:

Al tenor de los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993 las cotizaciones al sistema general de pensiones tienen el carácter de obligatorias para los afiliados y sus empleadores, en la proporción de ley, mientras subsista la relación laboral. No obstante la obligación de cotizar para pensión en el régimen de prima media con prestación definida cesa cuando el afiliado cumple los requisitos para devengar la pensión mínima de vejez o cuando se pensione por invalidez o anticipadamente.

Por ende aunque permanezca la relación laboral la obligación de cotizar al sistema general de pensiones finaliza con la ocurrencia de alguna de las tres posibilidades anteriores, sin perjuicios de los aportes voluntarios que decida continuar efectuando el afiliado o el empleador en los siguientes regímenes.

La vulneración del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 se ve a primera vista al comparar la norma con los apartes resaltados del artículos 3 de la circular acusada porque le impone al empleador la obligación de continuar cotizando cuando el trabajador decida no pensionarse aunque haya satisfecho los requisitos para hacerlo anticipadamente, circunstancia que no se encuentra contemplada en el régimen de prima media con prestación definida.

El artículo 4 atacado también resulta violatorio de esta disposición en cuanto hace una precisión en igual sentido al señalar que cuando el trabajador reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez y decida seguir laborando se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral, con el objeto de incrementar el monto de la pensión, pues la decisión de continuar efectuando aportes está sujeta a la voluntad del afiliado o del empleador en los dos regímenes.

En consecuencia, resulta evidente que la circular conjunta expedida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público Social contraría en forma flagrante lo dispuesto por la Ley 100 de 1993 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 reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez pues la norma es clara al señalar 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 se pensione por invalidez o anticipadamente.

En criterio de la Sala si bien los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social en virtud de lo dispuesto en los Decretos 246 de 2004 y 205 deben velar por el cumplimiento de las normas que regulan el Sistema de Seguridad Social Integral la competencia para hacer precisiones o impartir directrices no puede invadir o exceder el ejercicio de la facultad reglamentaria de la cual se encuentra investido el Presidente de la República, conforme al artículo 189- 11 de la Carta Política, orientada a facilitar el contenido de la aplicación de las leyes.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda,

RESUELVE:

1) Admítase la demanda que en ejercicio de la acción de nulidad instaura el ciudadano JORGE OCTAVIO ROZO VALENZUELA contra los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 00001 de 24 de enero de 2005, proferida por los Ministerios de Protección Social y Hacienda y Crédito Público.

En consecuencia, se dispone:

- 1.1. Notifíquese personalmente al Agente del Ministerio Público.
- 1.2. Notifíquese personalmente la admisión de esta demanda a los Ministros de la Protección Social y Hacienda y Crédito Público, o a quienes hagan sus veces.
- 1.3. Fíjese el asunto en lista por el término de diez (10) días para los efectos previstos en el artículo 207-5 del C.C.A.
- 1.4. Solicítense los antecedentes administrativos del acto acusado.
- 1.5. No hay lugar a señalar suma alguna por concepto de gastos ordinarios del proceso.

2) Decretése la suspensión provisional de las expresiones "*el empleador está obligado a continuar efectuando las cotizaciones a su cargo mientras dure la relación laboral, por tratarse de afiliados obligatorios al sistema*" y "*se continuarán realizando las cotizaciones durante la vigencia del vínculo laboral,*" contenidas en los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 00001 de 24 de enero de 2005, proferida por los Ministros de Hacienda y Crédito Público y de la Protección Social, en lo que guarda relación con el régimen de prima media con prestación definida, y niégase respecto de las demás expresiones acusadas.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia la estudió y aprobó la sala en sesión de la fecha.-

VÍCTOR HERNANDO ALVARADO ARDILA

GERARDO ARENAS MONSALVE

GUSTAVO EDUARDO GÓMEZ ARNGUREN

BERTHA LUCIA RAMÍREZ DE PÁEZ

ALFONSO VARGAS RINCÓN

LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO

NOTA DE PIE DE PÁGINA:

1 Publicado en el Diario Oficial 45815 de febrero 7 de 2005

Fecha y hora de creación: 2025-11-23 10:01:20