

**PENSION DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Desafiliación del régimen no es requisito para su reconocimiento sino para su disfrute**

La adquisición del estatus de pensionado acontece con la concurrencia de los dos requisitos señalados por la norma precitada (artículo 33 de la Ley 100 de 1993), relativos al tiempo de servicios y a la edad. De modo que siendo claro en qué momento se adquiere el derecho pensional, observa la Sala que el actor lo confunde con la obligación de pago de las mesadas pensionales, en cuanto no distingue que la causación del derecho pensional y su disfrute, son conceptos diferentes que fácticamente pueden o no coincidir en el tiempo. Este es el sentido que tienen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, que diferencian entre causación y disfrute de la pensión de vejez, al señalar que ésta se reconoce –causación- cuando se reúnen los requisitos mínimos, pero para el disfrute de la misma –pago de mesadas-, es necesaria la desafiliación al régimen, o el retiro del servicio, según el caso, como lo indica el artículo 35 *ídem*.

**FUENTE FORMAL:** LEY 100 DE 1993 – ARTICULO 33 / LEY 344 DE 1996 – ARTICULO 19

**NORMA DEMANDADA:** ACUERDO 49 DE 1990 (1 DE FEBRERO) – ARTICULO 13 PARCIAL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS (NO NULO) / ACUERDO 49 DE 1990 (1 DE FEBRERO) – ARTICULO 35 PARCIAL CONSEJO NACIONAL DE SEGUROS SOCIALES OBLIGATORIOS (NO NULO)

**CIRCULAR ADMINISTRATIVA – Control de legalidad por la jurisdicción contencioso administrativa**

Así las cosas, la circular constituye un acto administrativo, como expresión unilateral de la voluntad de la administración que se reitera crea, modifica o extingue una situación jurídica subjetiva o general. Ahora bien, en caso contrario, si la circular repite lo decidido por otras normas “*con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda*”, o si aquella contiene un concepto u orientación del superior jerárquico, sin que contenga una decisión, no se está frente a un acto administrativo. Estos son los criterios generales que ha estatuido esta Corporación para determinar cuándo es susceptible de control jurisdiccional una circular administrativa. Ahora bien, sobre las Circulares Nos. 521 de 2 de diciembre de 2002 y 2643 de 16 de marzo de 2006, la Sala considera que tienen igualmente la entidad de actos administrativos, ya que van más allá de una instrucción de la Vicepresidencia de Pensiones en el Seguro Social, pues definen los criterios a seguir, para establecer desde cuando se reconoce el retroactivo pensional a quienes han cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicios.

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 2304 DE 1989 – ARTICULO 14

**NOTA DE RELATORIA:** Sobre el control de legalidad por la jurisdicción Contencioso administrativa respecto de las circulares administrativas, Consejo de Estado, Sección Segunda, sentencia de 17 de mayo de 2012, Rad. 2008-00116(2556-08), M.P., Víctor Hernando Alvarado Ardila

**PENSION DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Disfrute a partir del retiro del servicio no de la inclusión en nómina de pensionados**

El numeral 4 de la Circular 521 de 2002 está dirigido al afiliado dependiente que cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, pero en su historia laboral no aparece registrado el retiro del Sistema General de Pensiones, entonces se dispone que *“la pensión debe reconocerse a partir de la fecha de inclusión en nómina”*, sin que sea relevante si el afiliado dejó de cotizar. Sin embargo se le da la posibilidad al trabajador o al empleador de probar la desvinculación laboral, para solicitar el retiro retroactivo del sistema y así proceder a modificar la fecha desde la que se genera el pago de las mesadas. De manera que ya no sería a partir de la inclusión en nómina sino desde la fecha del retiro laboral.

**PENSION DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Empleado con múltiples vinculaciones acreditación de retiro de del sistema por cada una de ellas para el pago de mesadas retroactivas. Falta de competencia**

Para la Sala, este inciso del numeral 4 de la Circular 521 de 2002 al establecer que el trabajador dependiente cada vez que tiene un nuevo empleador tiene una nueva afiliación y que, por tanto cada vez que termine un vínculo laboral está obligado a desafiliarse del sistema de pensiones, entiende erróneamente que a cada relación laboral corresponde una afiliación, cuando en realidad, la afiliación al sistema es una sola, sólo que puede estar inactiva por un tiempo, si el trabajador está cesante y en consecuencia al no estar remunerado no está obligado a cotizar al sistema, de manera que no puede afirmarse que esté en mora porque la obligación de cotizar al sistema depende del ejercicio de una actividad remunerada. Tampoco se encuentra justificado que el inciso segundo disponga que si el trabajador o el empleador no pueden probar todos los retiros laborales se le sancione con esperar el pago de las mesadas hasta el corte de nómina, porque al ser una sola la afiliación al régimen de prima media en el sistema general de pensiones, la desafiliación también es una sola, de manera que bastaría con que el trabajador pruebe el último retiro laboral. Así las cosas, el inciso segundo del numeral 4 establece condiciones para el disfrute de las mesadas pensionales que no se deducen y que van más allá de lo dispuesto por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, de manera que sí hubo una extralimitación en las funciones de la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica del Instituto de Seguros Sociales, pues no son competentes para crear condiciones adicionales para gozar de la pensión, diferentes a las previstas en el citado acuerdo. Por ende se decretara la nulidad del segundo inciso del numeral 4 de la Circular 521 de 2002.

**NORMA DEMANDADA:** CIRCULAR 521 DE 2002 (2 DE DICIEMBRE)  
INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES NUMERAL 4 INCISO 2 ( NULO)

**PENSION DE VEJEZ EN EL REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA – Empleado con múltiples vinculaciones en los últimos 4 años, acreditar retiro de cada una. Falta de competencia**

La Sala encuentra que la excepción supone que aunque el último empleador sí haya reportado la novedad de retiro (como no se distingue, de conformidad con el contexto de aplicación, se entiende que es laboral y del sistema), se exige que se prueben los retiros laborales no reportados dentro de los cuatro años anteriores, para que el pago de la mesada no se genere a corte de nómina. Lo cual configura

un exceso porque, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, solamente exigen la desafiliación del sistema o retiro para que se pueda disfrutar de la pensión, sin que sea dable al Seguro Social, entrar a diferenciar si el trabajador dependiente tuvo vinculaciones laborales anteriores respecto de las cuales no reportó el retiro laboral, pues como se indicó anteriormente si hubo lapsos en los que el trabajador dejó de cotizar por estar cesante y cambió de empleador, esto no implica que debiera desafiarse del sistema cada vez que cambiaba de empleador, pues no se puede hablar de múltiples afiliaciones cada vez que el trabajador cambia de empleador, ni de mora al no ser remunerado.

**NORMA DEMANDADA:** CIRCULAR 2643 (16 de marzo) INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES ( NULO)

## **CONSEJO DE ESTADO**

### **SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

#### **SECCION SEGUNDA**

**Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE**

Bogotá, D.C., primero (1) de agosto de dos mil trece (2013).

**Radicación número: 11001-03-25-000-2009-00090-00(1211-09)**

**Actor: NORMAN CAÑAVERAL OSPINA**

**Demandado: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y OTROS**

### **AUTORIDADES NACIONALES DECRETO DEL GOBIERNO**

Procede la Sala a dictar sentencia en la acción pública de simple nulidad ejercida por el señor Norman Cañaverál Ospina contra las siguientes normas: 1) Los artículos 13 y 35 parciales del Acuerdo 49 del 1° de febrero de 1990 proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990; 2) las Circulares Nos. 521 de 2 de diciembre de 2002 y 2643 de 16 de marzo de 2006 expedidas por el Instituto de Seguros Sociales; y 3) los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 001 de 24 de enero de 2005, de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social.

### **ANTECEDENTES**

#### **1. La demanda**

El señor Norman Cañaverál Ospina, en ejercicio de la acción consagrada en el artículo 84 del Código Contencioso Administrativo, demanda ante esta jurisdicción la nulidad de:

- Los artículos 13 y 35 parciales del Acuerdo 49 de 1990, aprobado por el

Decreto 758 de 1990, normas que señalan lo siguiente:

“ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo.” (Sólo el aparte subrayado)

(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona.” (Sólo el aparte subrayado)

- La Circular No. 521 de 2 de diciembre de 2002 expedida por el Instituto de Seguros Sociales, relativa a la fecha de causación de pensiones y pago de retroactivos.
- La Circular No. 2643 de 16 de marzo de 2006 expedida por el Instituto de Seguros Sociales, que modificó la Circular No. 521 de 2002.
- Los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 001 de 24 de enero de 2005, de los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social, que desarrollan el alcance de los artículos 17 y parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 4 y 9 de la Ley 797 de 2003, que indican:

“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.

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.”

#### **NORMAS VIOLADAS Y CONCEPTO DE VIOLACIÓN**

En la demanda el actor cita como normas violadas:

Del Código Contencioso Administrativo, los artículos 3, 84, 128 y 152.

De la Ley 100 de 1993, los artículos 17 y 33.  
De la Constitución Política, los artículos 6, 25, 48 y 53.

Como fundamento de la pretensión de nulidad **contra los artículos 13 y 35 parcial del Acuerdo 49 de 1990**, el actor señala que en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, dicho acuerdo continúa vigente.

Manifiesta que el artículo 5 del Decreto 3063 de 1989 define la desafiliación como “*el acto por el cual el Instituto retira del Régimen de los Seguros Sociales Obligatorios a un afiliado, cuando se presenta alguna de las causales previstas en el presente reglamento*”; de otro lado indica que según el artículo 39 del citado decreto “*La desafiliación automática se produce con la presentación del aviso de retiro del trabajador por parte de la empresa o con el reporte de la novedad en la respectiva autoliquidación*”; a partir de estas normas concluye el demandante que el término “*desafiliación*” contenido en el artículo 13 del Acuerdo 49 de 1990 implica la terminación del vínculo laboral del trabajador que se va a pensionar.

Considera que el Decreto 1406 de 1999 al definir el retiro del trabajador, modifica el Acuerdo 49 de 1990, por lo que en su criterio, los conceptos de retiro y desafiliación se deben asimilar, pues ambos significan desvinculación laboral del trabajador.

Precisa que el artículo 13 del Acuerdo demandado establece que la “*desafiliación*” o “*desvinculación laboral*” del trabajador, es un requisito para adquirir el derecho a la pensión y empezar a percibirla (fl. 18), con lo cual se viola el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que señala las condiciones para adquirir la pensión de vejez, pues aquélla no está allí contemplada.

Expresa que los preceptos demandados desconocen el artículo 53 de la Constitución Política porque violan los principios de supremacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales y de irrenunciabilidad a los mínimos señalados en las normas laborales; el artículo 25, porque se obliga al trabajador a renunciar al trabajo para poder disfrutar de la pensión, aún cuando el empleador y el patrono quieran continuar con el vínculo laboral, conforme lo dispuesto en los artículos 17 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 797 de 2003; y el artículo 48, pues se atenta contra el principio de la irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social, pues si el trabajador no se desvincula laboralmente debe renunciar a la pensión, aunque haya cumplido los requisitos para adquirirla.

Señala que la continuidad de las cotizaciones y del contrato de trabajo, después de cumplir con los requisitos para adquirir el derecho a pensionarse, dependen de la voluntad del trabajador y del empleador, en razón, respectivamente de los artículos 17 de la Ley 100 de 1993, relativo a que la obligación de cotizar cesa cuando se cumplen los requisitos para pensionarse y 9 de la Ley 797 de 2003, sobre la potestad del empleador de terminar el contrato de trabajo, si el asalariado acredita las condiciones para jubilarse.

Indica que al ordenarse la desafiliación del trabajador para que pueda disfrutar de la pensión, los actos demandados desconocen el principio de celeridad previsto en el artículo 3 del CCA, que implica “*remover de oficio los obstáculos puramente formales.*”

**Respecto de la Circular 521 de 2002** manifiesta el actor que dicha circular imparte instrucciones a los funcionarios de pensiones del Seguro Social para que

únicamente los trabajadores retirados del sistema puedan disfrutar de la pensión, bajo el entendido que deben haber terminado su vínculo laboral; así a juicio del demandante el retiro o desvinculación laboral es un requisito para que el trabajador pueda pensionarse y disfrutar de las mesadas respectivas.

Adiciona que si el retiro del trabajador no fue comunicado por el empleador al Seguro Social, aún cuando continúe laborando, los funcionarios de la entidad no otorgan la pensión a partir del momento en que el afiliado cumplió los requisitos y dejó de cotizar, sino desde que la pensión es incluida en nómina. Señala textualmente: *“En otras palabras cuando el Seguro Social, como es lo acostumbrado, se demora 2, 3 o 4 años para aprobar e incluir en nómina la pensión, el trabajador pierde 2, 3 o 4 años de pensión, solamente porque no se produjo su desvinculación laboral, o porque habiéndose producido, su patrono no cumplió con el requisito formal del “retiro”* (fl. 23).

**Agrega que la citada Circular y la No. 2643 de 2006** desconocen el artículo 6 de la Constitución Política, porque el Vicepresidente de Pensiones del Seguro Social no estaba facultado para fijar condiciones de pensión diferentes a las establecidas en la Ley 100 de 1993, por lo que se extralimitó en sus funciones. Señala también que se violaron los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política, y el artículo 3 del CCA.

**Sobre la Circular Conjunta 001 de 2005**, por la cual se establece que el afiliado que ha cumplido con los requisitos para la pensión, es un afiliado obligatorio y si continúa su vínculo laboral, debe seguir cotizando para la pensión; el demandante considera que desconoce lo ordenado por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, dado que la obligación de cotizar cesa cuando se cumplen los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, así el trabajador no está obligado a cotizar aunque continúe su vínculo laboral.

Adiciona que la referida Circular viola el artículo 6 de la Constitución Política porque los Ministros de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social no están facultados para fijar cotizaciones obligaciones para pensión, en casos diferentes a los establecidos en la Ley 100 de 1993.

## **2. Contestación a la demanda.**

### **Ministerio de la Protección Social<sup>1</sup>**

Se opone a las pretensiones de la demanda y se pronuncia de la siguiente manera sobre los cargos propuestos por actor (fls. 142 a 148):

Propone la excepción de pleito pendiente pues indica que los numerales 3 y 4 de la Circular 001 de 1995, fueron demandados en el proceso de simple nulidad No. 2556-2008, donde se suspendieron provisionalmente sus efectos.

Respecto del artículo 35 del Acuerdo 49 de 1990, señala que es indispensable el retiro del servicio del afiliado para que pueda entrar a disfrutar la pensión de vejez.

Precisa que según el artículo 17 de la Ley 100 de 1993 durante la vigencia de la relación laboral deben realizarse cotizaciones obligatorias a uno de los dos regímenes del sistema general de pensiones y que *“La obligación de cotizar cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión*

---

<sup>1</sup> Ahora Ministerio de Salud y Protección Social por disposición de la Ley 1444 de 2011.

*mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente.”*

Expresa que el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003 estableció como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal y reglamentaria que el trabajador cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión; no obstante, la Corte Constitucional en la sentencia C-1037 de 2003, al pronunciarse sobre la exequibilidad de esta norma indicó que el empleador debe verificar la existencia del acto de reconocimiento de la pensión y la inclusión en nómina, pues desde ese momento la persona puede disfrutar la pensión y queda retirada del sistema.

Señala que el retiro previo del servicio para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, no desconoce los derechos de los afiliados al trabajo y a la seguridad social, pues permite la igualdad de oportunidades y el acceso de las nuevas generaciones al mercado laboral. Por tanto, si bien es posible que el afiliado pueda seguir cotizando al sistema para mejorar la cuantía después de cumplir los requisitos mínimos, el disfrute de la pensión está condicionado al retiro del servicio *“comoquiera que una misma persona no puede tener en forma simultánea, el estatus de pensionado y el de afiliado cotizante al Sistema General de Pensiones.”* (fl. 148).

### **Ministerio de Hacienda y Crédito Público**

Mediante escrito visible a folios 152 a 167, este Ministerio se opone a las pretensiones de la demanda, así:

Manifiesta que el demandante sostiene reiteradamente que la desafiliación al régimen o retiro del sistema de seguridad social, constituyen un requisito para obtener el derecho a la pensión.

Puntualiza que en el régimen de seguros sociales obligatorios se pueden imponer ciertas condiciones para materializar el pago por un siniestro, así el asegurado tiene ciertas cargas, ya no relativas al derecho al sí mismo, sino frente al sistema.

Relata que todo sistema de aseguramiento público y privado reconoce que ocurrido el siniestro emerge el derecho subjetivo para el asegurado, asunto que difiere de las cargas que se le imponen para percibir la mesada pensional.

Precisa que la desafiliación del régimen o el retiro del servicio no son requisitos para la obtención de la pensión por vejez, sino exigencias compatibles con el ordenamiento legal en cuanto se trata de condiciones necesarias para preservar la estabilidad jurídica y económica del sistema.

Considera respecto de la Circular 001 de 2005 que fue expedida en el marco de las competencias del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que comprende unas instrucciones destinadas a los operadores jurídicos que aplican las normas del sistema general de pensiones, por la cual se acogen los criterios incorporados en la ley, los reglamentos y la jurisprudencia vigentes.

Manifiesta que defiende la legalidad de la Circular, aunque considera que esta Corporación no tiene competencia para pronunciarse porque aquélla no es un acto administrativo.

Señala que los numerales demandados de la Circular no contradicen el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 4 de la Ley 797 de 2003, puesto que éste señala que el trabajo remunerado es la fuente de la obligación de cotizar.

Expresa que en razón del principio de solidaridad, quien se encuentra en la condición de poder pensionarse por el hecho de desarrollar una actividad remunerada, pero decide seguir trabajando, debe continuar efectuando el pago de cotizaciones mientras dure la relación laboral.

### **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

#### **La parte actora**

En escrito visible a folios 185 a 188, el demandante señala que el Seguro Social en la Circular No. 2643 de 2006, expedida con fundamento en la Circular Conjunta No. 001 de 2005, dispuso que cuando el afiliado haya cumplido con los requisitos para adquirir el derecho a la pensión, pero no aparece como desvinculado laboralmente, la prestación pensional debe reconocerse a corte de nómina; lo que a juicio del actor constituye no un requisito para el disfrute de la pensión, sino un requisito para el reconocimiento de la misma.

Indica que el Seguro Social niega a los afiliados el derecho a obtener la pensión a partir del momento en que cumplen los requisitos y la reconoce sólo desde cuando la pensión es ingresada en nómina de pensionados, ya que el empleador no reportó al sistema el retiro laboral del trabajador.

Precisa que el Seguro Social exige el retiro laboral del trabajador, como requisito para obtener la pensión a partir del momento en que se cumplen los requisitos.

Manifiesta frente a la Circular 001 de 2005, que ella sí es objeto de control jurisdiccional y que comparte lo expuesto por esta Corporación en el auto que decretó la suspensión provisional de los numerales 3 y 4, para que en consecuencia se decrete su nulidad.

Comenta que el Ministerio de Hacienda no tiene competencia para proferir actos administrativos que sirvan de apoyo al Seguro Social para establecer requisitos adicionales a los que fija la ley para que un afiliado pueda obtener el derecho a la pensión a partir del momento en que haya adquirido el estatus de pensionado.

Resalta que lo expresado por el Ministerio de la Protección Social es contrario a lo ordenado por el artículo 11 de la Resolución 1747 de 2008, proferida por el citado Ministerio, en la cual se prevé que quien ha cumplido los requisitos para la pensión, no está obligado a cotizar para pensiones.

#### **Los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de la Protección Social**

En escritos visibles a folios 189 a 201 y 202 a 207 reiteran lo expuesto en las contestaciones de la demanda.

### **CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO**

La Procuraduría Tercera Delegada ante el Consejo de Estado en escrito visible a folios 209 a 214 solicita que se desestimen las pretensiones de la demanda, con fundamento en los siguientes argumentos:

Considera que el afiliado que está devengando una remuneración debe cancelar oportunamente sus aportes, conforme lo determina el artículo 20, modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

Manifiesta que no es lógico exponer, como lo hace el actor, que al continuar las cotizaciones, se le impida pensionarse al trabajador y por tanto deba esperar una mayor edad laboral, pues los dos requisitos de edad y tiempo de servicios son las condiciones para que el afiliado al sistema general de pensiones se convierta en pensionado.

Expresa que la potencialidad de ser pensionado desaparece cuando en realidad el beneficiario cesa en sus actividades laborales, pues se le reconoció y disfruta la pensión, ya que puede acontecer que aunque haya un reconocimiento formal pensional, el sujeto siga laborando, caso en el cual no puede estar desafiliado del SGP porque le asiste la obligación de seguir aportando.

Destaca que según la sentencia C-1037 de 2003 es una justa causa para dar por terminada la relación laboral o reglamentaria cuando se ha reconocido la pensión, siempre y cuando el beneficiario esté incluido en nómina.

## CONSIDERACIONES DE LA SALA

### Cuestiones previas

#### **Excepción de pleito pendiente. Nulidad de los numerales 3 y 4 de la Circular Conjunta No. 001 de 2005**

Afirma el Ministerio de la Protección Social<sup>2</sup> que los numerales 3 y 4 de la Circular 001 de 2005 fueron demandados en el proceso de simple nulidad No. 2555-2008, donde fueron suspendidos provisionalmente sus efectos, por lo que en el presente caso se configura la excepción de pleito pendiente.

A este respecto se tiene que esta Sección mediante sentencia del 17 de mayo de 2012<sup>3</sup> declaró la nulidad de los citados numerales al considerar en síntesis lo siguiente:

*“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.*

---

<sup>2</sup> Ahora de Salud y Protección Social.

<sup>3</sup> Consejo de Estado, Sección Segunda, M.P. Víctor Alvarado Ardila, proceso con radicado 110010325000200800116 00 y número interno 2556-2008.

*(...) 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.”*

Visto lo anterior, como la acción de nulidad ya fue decidida por esta Corporación, no tiene vocación de prosperidad la excepción propuesta por el Ministerio de la Protección Social.

De manera que la Sala frente a la solicitud de nulidad contra los numerales 3 y 4 de la Circular No. 001 de 2005 se estará a lo resuelto en el citado fallo proferido por esta Sección.

#### **El control jurisdiccional de las circulares administrativas<sup>4</sup>**

Esta Corporación ha manifestado de manera reiterada que 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”*.

No obstante, se ha establecido que las circulares administrativas sólo son objeto del control de legalidad por parte de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, siempre y cuando contengan una decisión de la autoridad pública, que produzca efectos jurídicos, en cuanto crea, suprimir o modificar una situación jurídica, y que tenga fuerza vinculante frente al administrado<sup>5</sup>.

Así las cosas, la circular constituye un acto administrativo, como expresión unilateral de la voluntad de la administración que se reitera crea, modifica o extingue una situación jurídica subjetiva o general.

Ahora bien, en caso contrario, si la circular repite lo decidido por otras normas *“con el fin de instruir a los funcionarios encargados de ejercer determinadas competencias, entonces, la circular no será un acto susceptible de demanda”*<sup>6</sup>, o si aquélla contiene un concepto u orientación del superior jerárquico, sin que contenga una decisión, no se está frente a un acto administrativo.

---

<sup>4</sup> En igual sentido consultar la sentencia de esta Sección, del 17 de mayo de 2012, M.P. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación número: 11001-03-25-000-2008-00116-00(2556-08) Actor: Jorge Octavio Roza Valenzuela.

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Consejo de Estado, M.P. Olga Inés Navarrete, sentencia de 21 de septiembre de 2001, exp. 6371.

Estos son los criterios generales que ha estatuido esta Corporación para determinar cuándo es susceptible de control jurisdiccional una circular administrativa.

Descendiendo al caso bajo estudio, el Ministerio de Hacienda afirmó en la contestación de la demanda que esta Corporación no es competente para conocer de la demanda de nulidad contra la Circular 001 de 2005, pues considera que no es un acto administrativo. A este respecto se tiene que este punto ya fue definido por esta Sala en la sentencia del 17 de mayo de 2012, en donde se consideró que la referida circular era un acto administrativo, así:

*“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.”*

(...)

*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 ... ”*

Ahora bien, sobre las Circulares Nos. 521 de 2 de diciembre de 2002 y 2643 de 16 de marzo de 2006, la Sala considera que tienen igualmente la entidad de actos administrativos, ya que van más de allá de una instrucción de la Vicepresidencia de Pensiones en el Seguro Social, pues definen los criterios a seguir, para establecer desde cuando se reconoce el retroactivo pensional a quienes han cumplido con los requisitos de edad y tiempo de servicios.

Así la Circular No. 521 de 2002 expone detalladamente cuando se empieza a pagar la mesada del afiliado dependiente y del independiente, diferenciando para este efecto, entre la fecha del cumplimiento de la edad, de la última cotización, de la desafiliación o retiro del sistema general de pensiones o de la fecha de inclusión en nómina del pensionado.

De otro lado, la Circular 2643 de 2006, deja sin efectos el numeral 4 de la Circular 521 de 2002, estableciendo que *“el retiro del sistema para el pago del retroactivo pensional solamente será exigible con relación al último empleador...”*. De manera que también contiene una manifestación de la voluntad de la administración, que tiene fuerza vinculante.

Así las cosas concluye la Sala que las citadas circulares son objeto de control jurisdiccional.

Visto entonces que no se acredita impedimento procesal alguno, procede la Sala a pronunciarse de fondo sobre la legalidad de los actos demandados.

## Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si los artículos 13 y 35 parciales del Acuerdo 49 de 1 de febrero de 1990 proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990, y las Circulares Nos. 521 de 2 de diciembre de 2002 y 2643 de 16 de marzo de 2006 expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, son nulos por desconocer las normas en que debían fundarse, pues en criterio del actor exigen como requisito para el reconocimiento de la pensión, la desvinculación laboral del trabajador.

Indica el accionante que los actos administrativos demandados violan los artículos 25, 48 y 53 de la Constitución Política, 17 y 33 de la Ley 100 de 1993 (modificado por el artículo 7 de la Ley 797 de 2003), y 6 del Código Contencioso Administrativo, por cuanto, establecen una condición adicional a la prevista por el legislador en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Para desarrollar el problema jurídico la Sala abordará los siguientes aspectos: i) vigencia del Acuerdo 49 de 1990, ii) de la causación y el disfrute de la pensión de vejez, iii) de la desafiliación al sistema general de pensiones y del retiro del servicio y iv) sobre las Circulares 521 de 2002 y 2643 de 2006.

### **i) Vigencia del Acuerdo 49 de 1990**

Según el artículo 31<sup>7</sup> de la Ley 100 de 1993, al régimen de prima media le son aplicables las disposiciones anteriores del seguro de pensiones del ISS que no contraríen las regulaciones del sistema creado por la Ley 100.

Así entre otras reglas continúan siendo aplicable, la prevista en el Acuerdo 49 de 1990, artículos 13 y 35, según la cual efectuado el reconocimiento de la pensión al afiliado *“será necesaria su desafiliación al régimen para que pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada”* y *“Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión ...”*.

### **ii) De la causación y el disfrute de la pensión de vejez.**

El actor en el escrito de la demanda afirma que los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, y las Circulares 521 de 2002 y 2643 de 2006 establecen un requisito adicional para el reconocimiento de la pensión de vejez, que no está previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (edad y tiempo de servicio), consistente en que se exige el retiro laboral del trabajador para que tenga derecho a la pensión.

A este respecto, se considera necesario precisar que el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, contiene los requisitos en el régimen de prima media con prestación

---

<sup>7</sup> “ARTÍCULO 31. CONCEPTO. El régimen de Prima Media con Prestación Definida es aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas, de acuerdo con lo previsto en el presente Título.

Serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley.”

definida para tener derecho a la pensión de vejez, esto es, para la causación o adquisición del estatus pensional, indicando:

*“ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.  
<Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

*1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

*A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

*2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.  
(...)”*

Así la adquisición del estatus de pensionado acontece con la concurrencia de los dos requisitos señalados por la norma precitada, relativos al tiempo de servicios y a la edad. De modo que siendo claro en qué momento se adquiere el derecho pensional, observa la Sala que el actor lo confunde con la obligación de pago de las mesadas pensionales, en cuanto no distingue que la causación del derecho pensional y su disfrute, son conceptos diferentes que fácticamente pueden o no coincidir en el tiempo.

Este es el sentido que tienen los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, que diferencian entre causación y disfrute de la pensión de vejez, al señalar que ésta se reconoce –causación- cuando se reúnen los requisitos mínimos, pero para el disfrute de la misma –pago de mesadas-, es necesaria la desafiliación al régimen, o el retiro del servicio, según el caso, como lo indica el artículo 35 *ídem*.

En este orden de ideas, la causación del derecho pensional “*ocurre desde el momento mismo en que el afiliado reúne los requisitos mínimos de edad y densidad de cotizaciones exigidos normativamente*”<sup>8</sup>, mientras que el disfrute de la misma “*apunta a que, para comenzar a percibir las mesadas pensionales, se requiere la desafiliación del régimen*”<sup>9</sup>, situación que está relacionada con el momento a partir del cual se genera el pago de mesadas retroactivas.

Así las cosas se concluye que, carece de fundamento la solicitud de nulidad del actor, pues la desafiliación al sistema es un requisito para el disfrute de la pensión pero no de la causación del derecho.

**iii) De la desafiliación al sistema general de pensiones y del retiro del servicio.**

El accionante manifiesta que la desafiliación al régimen exigida por las normas demandadas, que en su criterio es un requisito adicional para adquirir el derecho pensional, es sinónimo de desvinculación laboral o retiro del servicio del trabajador.

---

<sup>8</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia del 24 de marzo de 2000, radicación 13425, citada en las sentencias de 20 de junio de 2012, M.P. Camilo Tarquino Gallego, radicación No. 41754, y de 19 de julio de 2011, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, radicación No. 38375.

<sup>9</sup> Corte Suprema de Justicia, sentencia de 7 de febrero de 2012, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno, radicación No. 39206.

Sobre este punto se resalta que el artículo 13 del Acuerdo 49 de 1990 indica que es necesaria la desafiliación al régimen para entrar a disfrutar de la pensión de vejez, y que el artículo 35 *ídem* establece que las pensiones del Seguro Social se pagarán previo retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso. Al utilizar la vocal “o”, el acuerdo no consagra que sean categorías sinónimas, sino que prevé la aplicación de la norma cuando se trata de un trabajador particular o de un servidor público, así en el primer caso se exige la desafiliación y en el segundo el retiro del servicio.

En este sentido el artículo 19 de Ley 344 de 1996<sup>10</sup>, norma aplicable a los servidores públicos, precisa que el disfrute de la pensión de vejez y la permanencia en el servicio son incompatibles, así:

*“ARTÍCULO 19. Sin perjuicio de lo estipulado en las Leyes 91 de 1989, 60 de 1993 y 115 de 1994, el servidor público que adquiriera el derecho a disfrutar de su pensión de vejez o jubilación podrá optar por dicho beneficio o continuar vinculado al servicio, hasta que cumpla la edad de retiro forzoso. Los docentes universitarios podrán hacerlo hasta por diez años más. La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones.”*

El fundamento de dicha incompatibilidad es la racionalización del gasto público, de modo que cuando la persona decide seguir vinculada al servicio público, el fondo de pensiones cuenta con ese dinero para las funciones solidarias y su opta por disfrutar de la pensión, se permite el acceso de otra persona al cargo.

Visto lo anterior, se tiene que el retiro del servicio o desvinculación laboral, es la terminación de la relación laboral o legal y reglamentaria del trabajador o servidor, mientras que la desafiliación del régimen hace referencia al retiro del sistema general de pensiones.

Ahora, bien puede acontecer que la desafiliación al sistema general de pensiones concorra con la desvinculación laboral, como sucede en el caso del trabajador que en forma concomitante con la adquisición del estatus pensional, se retira del servicio, desafiliándose del sistema de pensiones; pero el afiliado, tiene otra opción, y es que habilitado por el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, puede cesar en el pago de las cotizaciones a pensión, bajo la condición que haya cumplido los requisitos para pensionarse.

Así, aunque la cotización a pensiones para el afiliado con vínculo de dependencia laboral, es consecuencia de la relación laboral o de la actividad remunerada, como lo ordena el inciso primero del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. Ley 797 de 2003), el segundo inciso del artículo en comento contempla una excepción, al señalar que dicha obligación de cotización cesa cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, se pensione por invalidez o anticipadamente.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad del inciso 2 del artículo 17 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. 4 de la Ley 797 de 2003) en la sentencia C-529 de 2010<sup>11</sup>, al considerar lo siguiente:

<sup>10</sup> Este artículo fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-584 de 1997, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

<sup>11</sup> Sentencia de 23 de junio de 2010, Magistrado Ponente Dr. Mauricio González Cuervo.

*“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.”*

En todo caso si el trabajador decide dejar de cotizar al sistema pensional, debe desafiliarse del mismo para tener derecho a reclamar el pago de las mesadas retroactivas, cuando solicite el reconocimiento pensional, salvo que se trate de un servidor público, evento en el cual debe retirarse del servicio.

En suma, la desafiliación al sistema general de pensiones no es equivalente a la desvinculación laboral, como lo entiende el actor, pues -se insiste- la vinculación laboral puede continuar sin que la persona siga afiliada al sistema, en virtud de la posibilidad que tiene de desafiliarse y dejar de cotizar cuando reúne los requisitos para pensionarse.

En este orden de ideas es claro, que no asiste razón al demandante, pues las normas demandadas no obligan al afiliado a renunciar o desvincularse laboralmente para adquirir el derecho a pensionarse, sino que se reitera, lo exigido por aquéllas es la desafiliación al régimen o el retiro del servicio, como condición para poder percibir las mesadas pensionales retroactivas.

Asunto diferente es la posibilidad que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo o la relación legal o reglamentaria, cuando el trabajador del sector privado o servidor público cumpla con los requisitos para tener derecho a la pensión, según lo previsto en el parágrafo 3 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (mod. art. 9 de la Ley 797 de 2003), norma declara exequible condicionadamente en la sentencia C-1037 de 2003<sup>12</sup>, en el entendido que además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se puede dar por terminada la relación laboral sin que se notifique debidamente inclusión en la nómina pensionados.

iv) **Sobre las Circulares 521 de 2002 y 2643 de 2006.**

El cargo del actor se concreta en que mediante las Circulares 521 de 2002 y 2643 de 2006, la Vicepresidencia de Pensiones y de la Dirección Jurídica Nacional, se extralimitaron en sus funciones al fijar condiciones para pensionarse diferentes a las establecidas en la Ley 100 de 1993, consistentes en que i) el retiro laboral es un requisito para el reconocimiento del derecho pensional, y que ii) cuando en la historia laboral del trabajador no obra que se retiro del sistema general de pensiones, el pago de las mesadas se efectúa a partir de la inclusión en nómina.

---

<sup>12</sup> Corte Constitucional, M.P. Jaime Araujo Rentería

Sobre el primer punto indica el demandante que los actos acusados imparten instrucciones a los funcionarios de pensiones del Seguro Social para que únicamente los trabajadores retirados del sistema puedan disfrutar de la pensión, bajo el entendido que deben haber terminado su vínculo laboral; así el demandante insiste en que el retiro o desvinculación laboral es un requisito para que el trabajador pueda pensionarse y disfrutar de las mesadas respectivas.

Frente a este aspecto, teniendo en cuenta que el accionante expone los mismos argumentos que propuso contra los artículos 13 y 35 del Acuerdo 45 de 1990, se reitera que el retiro del sistema general de pensiones, es un requisito para el disfrute de las mesadas pensionas y no para el reconocimiento del derecho pensional, por tanto no asiste la razón al actor.

En cuanto al segundo argumento, referente a que la Circular 521 de 2002 establece que aunque el afiliado haya cumplido con los requisitos para pensionarse, si su retiro del servicio no fue comunicado por el empleador al Seguro Social, así haya dejado de cotizar, las mesadas deben concederse a partir de la inclusión en nómina. La Sala procede a estudiar, si éste constituye un requisito para pensionarse diferente a los establecidos en la Ley 100, para este efecto se analizará lo dispuesto por la circular frente a la citada ley, y así en consecuencia determinar si la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional se extralimitaron en sus funciones.

Al respecto se tiene que de la lectura de lo expuesto por el actor, se concluye que éste se refiere al numeral 4 de la Circular 521 de 2006 que señala:

*“Si el afiliado dependiente, después de haber cumplido los requisitos para la pensión de vejez, no le aparece registrado el retiro del Sistema General de Pensiones en su historia laboral, la pensión debe reconocerse a partir de la fecha de inclusión en nómina de pensionados, aún en el evento de que hubiere dejado de cotizar y lógicamente se encuentre en mora en el pago cotizaciones. En este caso, si el trabajador o empleador puede probar la desvinculación laboral, mediante la liquidación de prestaciones y otro medio probatorio conducente y legalmente válido, podrá solicitar el retiro retroactivo del Sistema (art. 23 Decreto 1818 de 1996). Obtenido el retiro en la forma señalada habrá lugar a la modificación de la fecha inicial de pago de la pensión.*

*Igual procedimiento se debe seguir cuando el trabajador venía afiliado con varios empleadores y no aparece registrado el retiro con la totalidad de estos, es decir, se reconoce a corte de nómina.”*

Ahora bien, la Circular 2643 de 2006, dejó sin valor el inciso segundo del numeral 4 de la Circular 521 de 2006 que viene de transcribirse, y en su lugar dispuso que:

*“Por tanto, el retiro del Sistema para el pago del retroactivo pensional solamente será exigible con relación al último empleador, con excepción de –aquellos casos en los cuales la última cotización efectuada por los demás empleadores que hayan omitido reportar el retiro no sea superior a cuatro (4) años –contados desde el reporte de la novedad del retiro del último empleador–, y en consecuencia se declara sin valor y efecto el inciso segundo del numeral 4° de la Circular No. 521 del 2 de diciembre de 2002.”*

No obstante, aunque la Circular 2643 de 2006 haya dejado sin efectos el inciso 2 del numeral 4 de la Circular 521 de 2002, este hecho no inhibe a la Sala para que realice el control de legalidad del referido numeral, ya que la pérdida de fuerza ejecutoria no inhibe al juez administrativo para que se pronuncie sobre la legalidad del acto administrativo, pues según lo ha manifestado reiteradamente esta Corporación *“es suficiente que una norma jurídica de carácter general haya tenido vigencia por un pequeño lapso, para que la jurisdicción de lo contencioso ante una demanda en su contra deba pronunciarse sobre su legalidad”*<sup>13</sup>.

Igualmente se ha considerado que la derogatoria de una norma no tiene efectos retroactivos, mientras que la declaratoria de nulidad sí, en este orden, es posible efectuar el control de legalidad de un acto administrativo a través de la acción de simple nulidad por el tiempo en el que tuvo efectos, en razón de las situaciones jurídicas particulares que se pudieron consolidar<sup>14</sup>.

Visto lo anterior, la Sala procede a efectuar el control de legalidad del numeral 4 de la Circular 521 de 2002 frente a los argumentos expuestos por el actor.

Al este respecto se tiene que el referido numeral está dirigido al afiliado dependiente que cumplió con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez, pero en su historia laboral no aparece registrado el retiro del Sistema General de Pensiones, entonces se dispone que *“la pensión debe reconocerse a partir de la fecha de inclusión en nómina”*, sin que sea relevante si el afiliado dejó de cotizar.

Sin embargo se le da la posibilidad al trabajador o al empleador de probar la desvinculación laboral, para solicitar el retiro retroactivo del sistema y así proceder a modificar la fecha desde la que se genera el pago de las mesadas. De manera que ya no sería a partir de la inclusión en nómina sino desde la fecha del retiro laboral.

Ahora bien, las condiciones establecidas en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de prima media están señaladas en el artículo 33, consistentes en tiempo de servicios y edad, y para el disfrute de las mesadas, se aplican por disposición del artículo 31, las normas vigentes del Instituto de Seguros Sociales, que para el presente caso, es el Acuerdo 49 de 1990.

Las normas en comento señalan:

*“LEY 100 DE 1993*

*ARTÍCULO 33. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE VEJEZ.  
<Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones:*

*1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre.*

*A partir del 1o. de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.*

<sup>13</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 1998, M.P. Dr. Julio Correa Restrepo, proceso con radicado No. 8727.

<sup>14</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 2 de noviembre de 2001, M.P. Dra. María Inés Ortiz Barbosa, proceso con radicado No. 11001-03-27-000-2001-0011- 01(11857).

2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo.  
(...)"

"Acuerdo 49 de 1990:

ARTÍCULO 13. CAUSACIÓN Y DISFRUTE DE LA PENSIÓN POR VEJEZ. La pensión de vejez se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, *pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma*. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."

(...)

ARTÍCULO 35. FORMA DE PAGO DE LAS PENSIONES POR INVALIDEZ Y VEJEZ. *Las pensiones del Seguro Social se pagarán por mensualidades vencidas, previo el retiro del asegurado del servicio o del régimen, según el caso, para que pueda entrar a disfrutar de la pensión* El Instituto podrá exigir cuando lo estime conveniente, la comprobación de la supervivencia del pensionado, como condición para el pago de la pensión, cuando tal pago se efectúe por interpuesta persona."

De lo anteriormente expuesto, es claro para la Sala que el numeral 4 de la Circular 521 de 2002, no se refiere a los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de vejez, sino que explica desde cuando procede el pago de las mesadas si en la historia laboral del afiliado dependiente no consta la desafiliación al sistema general de pensiones, esto es, se refiere al disfrute de la pensión.

Visto entonces que no asiste razón al actor en cuanto considera que lo estipulado en la citada circular constituye un requisito para adquirir el derecho pensional, procede la Sala a estudiar si la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional, al expedir el numeral 4 de la Circular 521 de 2002 y la Circular 2643 de 2006, relativas al disfrute de las mesadas pensionales, se extralimitaron en sus funciones al desarrollar este aspecto. Así, la Sala estudiará su contenido frente a los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, en tanto en éstos se determina que es necesaria la desafiliación al régimen o el retiro del servicio para disfrutar de la pensión de vejez<sup>15</sup>.

En este orden de ideas la Sala precisa que el primer inciso del numeral 4 al disponer que el pago de la mesada para el trabajador dependiente que habiendo cumplido con los requisitos para pensionarse dejó de cotizar, se genera en principio a corte de nómina y no cuando el afiliado cumplió con los requisitos para adquirir el derecho pensional, como lo pretende el actor, está en consonancia con lo dispuesto por el artículo 13 del Acuerdo 49 de 1990, visto que el requisito para el disfrute de las mesadas es la desafiliación al sistema general de pensiones, sólo que existe la opción de probar el retiro laboral para hacer procedente la desafiliación retroactiva y así el pago de las mesadas pensionales desde la desvinculación laboral.

---

<sup>15</sup> Para los servidores públicos de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 344 de 1996 "La asignación pensional se empezará a pagar solamente después de haberse producido la terminación de sus servicios en dichas instituciones."

En lo atinente al segundo inciso del numeral 4 de la Circular 521 de 2002, se destaca que parte del supuesto de que el afiliado dependiente tuvo múltiples empleadores, pero no aparece en su historia laboral, el reporte de la novedad de retiro con cada uno, de lo cual se infiere que, el referido numeral entiende que a cada vínculo laboral correspondió una afiliación, por lo que en consecuencia se debe reportar la novedad de retiro del sistema frente a cada una de las supuestas afiliaciones, y que en caso de no hacerlo, para que proceda el pago de las mesadas retroactivas se debe probar el retiro laboral con cada uno de los empleadores.

Para la Sala, este inciso del numeral 4 al establecer que el trabajador dependiente cada vez que tiene un nuevo empleador tiene una nueva afiliación y que, por tanto cada vez que termine un vínculo laboral está obligado a desafiliarse del sistema de pensiones, entiende erróneamente que a cada relación laboral corresponde una afiliación, cuando en realidad, la afiliación al sistema es una sola, sólo que puede estar inactiva por un tiempo, si el trabajador está cesante y en consecuencia al no estar remunerado no está obligado a cotizar al sistema, de manera que no puede afirmarse que esté en mora porque la obligación de cotizar al sistema depende del ejercicio de una actividad remunerada.

Adicionalmente el trabajador que cumplió con los requisitos para pensionarse pasa de ser deudor del sistema a acreedor del mismo, aunque haya decidido voluntariamente continuar con las cotizaciones al sistema general de pensiones, así lo manifestó la Corte Constitucional en la sentencia C-529 de 2010<sup>16</sup>.

Tampoco se encuentra justificado que el inciso segundo disponga que si el trabajador o el empleador no pueden probar todos los retiros laborales se le sancione con esperar el pago de las mesadas hasta el corte de nómina, porque al ser una sola la afiliación al régimen de prima media en el sistema general de pensiones, la desafiliación también es una sola, de manera que bastaría con que el trabajador pruebe el último retiro laboral.

Así las cosas, el inciso segundo del numeral 4 establece condiciones para el disfrute de las mesadas pensionales que no se deducen y que van más allá de lo dispuesto por los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, de manera que sí hubo una extralimitación en las funciones de la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica del Instituto de Seguros Sociales, pues no son competentes para crear condiciones adicionales para gozar de la pensión, diferentes a las previstas en el citado acuerdo. Por ende se decretara la nulidad del segundo inciso del numeral 4 de la Circular 521 de 2002.

Ahora bien, como se expuso anteriormente, la Circular 2643 de 2006 dejó sin efectos inciso segundo del numeral 4 de la Circular 521 de 2002 y en su lugar dispuso que para el pago del retroactivo pensional será exigible solamente el retiro del Sistema con relación al último empleador, pero previó una excepción, esto es, que sí se debe probar el retiro laboral con todos los empleadores cuando la

---

<sup>16</sup> “Esa regla es plenamente armónica con la que ahora se analiza, según la cual, dado ese mismo supuesto de hecho –el cumplimiento de los requisitos pensionales–, cesa la obligación de cotizar al sistema. El legislador ha establecido que el cumplimiento de esos requisitos pone al afiliado en una nueva situación jurídica, en la que (...) (ii) al afiliado se le exime de la obligación de cotizar, precisamente por reunir ya los requisitos. Frente al sistema pensional, el cumplimiento de los requisitos pone al afiliado en una nueva situación: pasa de deudor a acreedor del mismo.” *M.P. Mauricio González Cuervo*.

vinculación con éstos sucedió en los cuatro años anteriores a la fecha del “*reporte de la novedad de retiro del último empleador*”.

La Sala encuentra que la excepción supone que aunque el último empleador sí haya reportado la novedad de retiro (como no se distingue, de conformidad con el contexto de aplicación, se entiende que es laboral y del sistema), se exige que se prueben los retiros laborales no reportados dentro de los cuatro años anteriores, para que el pago de la mesada no se genere a corte de nómina. Lo cual configura un exceso porque, los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, solamente exigen la desafiliación del sistema o retiro para que se pueda disfrutar de la pensión, sin que sea dable al Seguro Social, entrar a diferenciar si el trabajador dependiente tuvo vinculaciones laborales anteriores respecto de las cuales no reportó el retiro laboral, pues como se indicó anteriormente si hubo lapsos en los que el trabajador dejó de cotizar por estar cesante y cambió de empleador, esto no implica que debiera desafiliarse del sistema cada vez que cambiaba de empleador, pues no se puede hablar de múltiples afiliaciones cada vez que el trabajador cambia de empleador, ni de mora al no ser remunerado.

En suma, la Vicepresidencia de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional, no eran competentes para crear condiciones adicionales para gozar de la pensión, diferentes a las previstas en los artículos 13 y 35 del Acuerdo 49 de 1990, lo que impone decretar la nulidad de la Circular 2643 del 16 de marzo de 2006.

### **DECISIÓN**

En este orden de ideas se declarara la nulidad del inciso segundo del numeral 4 de la Circular No. 521 de 2 de diciembre de 2002 y de la Circular 2643 de 16 de marzo de 2006 expedidos por el Instituto de Seguros Sociales

Por otro lado, se estará a lo resuelto en la sentencia de 17 de mayo de 2012 que declaró la nulidad de los numerales 3 y 4 de la Circular 001 de 2005.

Finalmente, considera la Sala el actor no desvirtuó la presunción de legalidad de los artículos 13 y 35 parciales del Acuerdo 49 de 1 de febrero de 1990 proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social<sup>17</sup>, y de la Circular 521 de 2002, con excepción del numeral 4, por lo que no se accederá a la solicitud de nulidad.

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**

**PRIMERO.- SE DECRETA** la nulidad del inciso segundo del numeral 4 de la Circular 521 de 2002 proferida por el Vicepresidente de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

---

<sup>17</sup> La Ley 1444 de 2011 escindió el Ministerio de la Protección Social y creó los Ministerios del Trabajo, y de Salud y Protección Social.

**SEGUNDO.- SE DECRETA** la nulidad de la Circular 2643 de 2006 proferida por el Vicepresidente de Pensiones y la Dirección Jurídica Nacional del Instituto de Seguros Sociales.

**TERCERO.- ESTÉSE** a lo resuelto en la sentencia del 17 de mayo de 2012 proferida por la Sección Segunda de esta Corporación dentro del expediente con radicado No. 2556-2008, que declaró la nulidad de los numerales 3º y 4º de la Circular Conjunta No. 0001 de 24 de enero de 2005.

**CUARTO.- DENIÉGASE** la solicitud de nulidad contra los artículos 13 y 35 parciales del Acuerdo 49 de 1 de febrero de 1990 proferido por el Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, aprobado por el Decreto 758 de 11 de abril de 1990 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y de la Circular 521 de 2002, con excepción del numeral 4.

**QUINTO.- SE RECONOCE** personería jurídica al abogado Juan Rafael Pino Martínez para actuar en representación del Ministerio de Salud y Protección Social, para los efectos del poder conferido que obra a folio 220 del expediente.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

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

**LUIS RAFAEL VERGARA QUINTERO**

**GERARDO ARENAS MONSALVE  
ARANGUREN**

**GUSTAVO E. GÓMEZ**

**BERTHA LUCÍA RAMÍREZ DE PÁEZ**

**ALFONSO VARGAS RINCÓN**