COMUNICADO DE PRENSA 31 DEL 22 Y 23 DE JULIO DE 2020
SENTENCIA C-258/20

LA CORTE DECLARÓ INEXEQUIBLE EL DECRETO LEGISLATIVO 558 DE 2020 POR CUANTO ESTABLECIÓ QUE LAS MEDIDAS DE EXCEPCIÓN ADOPTADAS IMPLICAN UNA DESMEJORA DE DERECHOS SOCIALES, DISPONEN DE RECURSOS DESTINADOS A LA FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES PARA FINES DISTINTOS A ELLAS, NO ASEGURA LA SOSTENIBILIDAD FINANCIERA, NO SATISFACE LOS REQUISITOS DE CONEXIDAD MATERIAL Y DE MOTIVACIÓN SUFICIENTE

V. EXPEDIENTE RE-284 - SENTENCIA C-258/20 (julio 23)

M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo

1. Norma objeto de revisión constitucional

DECRETO 558 DE 2020
(abril 15)

Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en desarrollo de lo previsto en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, "Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional", y

CONSIDERANDO:

Que en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrán declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Que según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de emergencia, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrán dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que el 7 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud identificó el Coronavirus COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional.

Que el 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad producido por el Coronavirus COVID-19 en el territorio nacional.

Que el 9 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud solicitó a los países la adopción de medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus.

Que la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del Coronavirus COVID- 19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad en su propagación, y la escala de trasmisión, toda vez que al 11 de marzo de 2020 a la OMS se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países y que a lo largo de esas últimas dos semanas el número de casos notificados fuera de la República Popular China se había multiplicado en 13 veces, mientras que el número de países afectados se había triplicado, por lo que instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación , confirmación , aislamiento , monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, todo lo cual debe redundar en la mitigación del contagio.

Que según la Organización Mundial de Salud la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 es una emergencia sanitaria y social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las personas y las empresas.

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015, declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de esta, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del nuevo Coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos.

Que el vertiginoso escalamiento del brote de Coronavirus COVID-19 hasta configurar una pandemia representa actualmente una amenaza global a la salud pública, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables, de la cual Colombia no podrán estar exenta.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 9 de marzo de 2020 0 muertes y 3 casos confirmados en Colombia.

Que al 17 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y Protección Social había reportado que en el país se presentaban 75 casos de personas infectadas con el Coronavirus COVID-19 y 0 fallecidos, cifra que ha venido creciendo a nivel país de la siguiente manera: 102 personas contagiadas al 18 de marzo de 2020; 108 personas contagiadas al día 19 de marzo de 2020; 145 personas contagiadas al día 20 de marzo, 196 personas contagiadas al día 21 de marzo, 235 personas contagiadas al 22 de marzo, 306 personas contagiadas al 23 de marzo de 2020; 378 personas contagiadas al día 24 de marzo; 470 personas contagiadas al día 25 de marzo, 491 personas contagiadas al día 26 de marzo, 539 personas contagiadas al día 27 de marzo, 608 personas contagiadas al 28 de marzo, 702 personas contagiadas al 29 de marzo; 798 personas contagiadas al día 30 de marzo; 906 personas contagiadas al día 31 de marzo, 1.065 personas contagiadas al día 1 de abril, 1.161 personas contagiadas al día 2 de abril, 1.267 personas contagiadas al día 3 de abril, 1.406 personas contagiadas al día 4 de abril, 1.485 personas contagiadas al día 5 de abril, 1.579 personas contagiadas al día 6 de abril, 1.780 personas contagiadas al 7 de abril, 2.054 personas contagiadas al 8 de abril, 2.223 personas contagiadas al 9 de abril, 2.473 personas contagiadas al día 10 de abril, 2.709 personas contagiadas al 11 de abril, 2.776 personas contagiadas al 12 de abril y ciento nueve (109) fallecidos a esa fecha.

Que pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 13 de abril de 2020 112 muertes y 2.852 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (1.205), Cundinamarca (115), Antioquia (272), Valle del Cauca (498), Bolívar (134), Atlántico (92), Magdalena (66), Cesar (32), Norte de Santander (43), Santander (29), Cauca (19), Caldas (36), Risaralda (61), Quindío (49), Huila (55), Tolima (25), Meta (24), Casanare (7), San Andrés y Providencia (5), Nariño (38), Boyacá (31), Córdoba (13), Sucre (1) y La Guajira (1), Chocó (1).

Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, se ha reportado la siguiente información: (i) en reporte número 57 de fecha 17 de marzo

de 2020 a las 10:00 a.m. CET1 señaló que se encuentran confirmados 179.111 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 7.426 fallecidos, (ii) en reporte número 62 de fecha 21 de marzo de 2020 a las 23:59 p.m.

CET señaló que se encuentran confirmados 292.142 casos del nuevo coronavirus COVID- 19 y 12.783 fallecidos , (iii) en reporte número 63 de fecha 23 de marzo de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 332.930 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 14.509 fallecidos, (iv) en el reporte número 79 de fecha 8 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET se encuentran confirmados 1.353.361 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 79.235 fallecidos, (v) en el reporte número 80 del 9 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.436.198 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 85.521 fallecidos, (vi) en el reporte número 81 del 10 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.521.252 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 92.798 fallecidos, (vii) en el reporte número 82 del 11 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1.610.909 casos del nuevo coronavirus COVID-19 y 99.690 muertes, y (vii) en el reporte número 83 del 12 de abril de 2020 a las 10:00 a.m. CET señaló que se encuentran confirmados 1,696,588 casos del Coronavirus COVID-19 y 105.952 fallecidos.

Que según la Organización Mundial de la Salud - OMS, en reporte de fecha 12 de abril de 2020 a las 19:00 GMT-5, -hora del Meridiano de Greenwich-, se encuentran confirmados 1.773.088 casos, 111.652 fallecidos y 213 países, áreas o territorios con casos del Coronavirus COVID-19.

Que el Fondo Monetario Internacional, en declaración conjunta del presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la Directora Gerente del Fondo Monetario Internacional del 27 de marzo de 2020, indicaron que "Estamos ante una situación sin precedentes en la que una pandemia mundial se ha convertido en una crisis económica y financiera. Dada la interrupción repentina de la actividad económica, el producto mundial se contraerán en 2021. Los países miembros ya han tomado medidas extraordinarias para salvar vidas y salvaguardar la actividad económica. Pero es necesario hacer más. Se debe hacer prioridad al apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables a fin de acelerar y afianzar la recuperación en 2021. Si bien el mayor impacto sanitario ha ocurrido en las economías avanzadas, los países de mercados emergentes y en desarrollo y en especial los países de bajo ingreso, se verán particularmente afectados por la combinación de una crisis sanitaria, una brusca reversión de los flujos de capital y,

para algunos, una drástica caída de los precios de las materias primas. Muchos de estos países necesitan ayuda para reforzar su respuesta a la crisis y restablecer el empleo y el crecimiento, dada la escasez de liquidez de divisas en la economía de mercados emergentes y las pesadas cargas de la deuda en muchos países de bajo ingreso [...]".

Que el artículo 47 de la Ley Estatutaria 137 de 1994 faculta al Gobierno nacional para que en virtud de la declaración del Estado de Emergencia, pueda dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos, siempre que (i) dichos decretos se refieran a materias que tengan relación directa y especifica con dicho Estado, (ii) su finalidad esté encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos, (iii) las medidas adoptadas sean necesarias para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria de Estado de Excepción correspondiente, y (iv) cuando se trate de decretos legislativos que suspendan leyes se expresen las razones por las cuales son incompatibles con el correspondiente Estado de Excepción.

Que además de la tragedia humanitaria de la pérdida de vidas, la rápida expansión del brote de la enfermedad y los numerosos casos de contagio confirmados, entre ellos en Colombia a la misma fecha, y de no tomarse medidas inmediatas, se pronostica mayores índices de mortalidad y, por tanto, un problema sanitario que debe ser resuelto de manera inmediata, con medidas efectivas de contención y mitigación.

Que la Organización Internacional del Trabajo en el comunicado de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre el "El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas", afirma que "[...] El Covid-19 tendrán una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral [...]".

Que así mismo la Organización Internacional del Trabajo en el referido comunicado estima "[...] un aumento sustancial del desempleo y del subempleo como consecuencia del brote del virus. A tenor de varios casos hipotéticos sobre los efectos del Covid-19 en el aumento del PIB a escala mundial [...]. en varias estimaciones preliminares de la OIT se

señala un aumento del desempleo mundial que oscila entre 5,3 millones (caso "más favorable") y 24,7 millones de personas (caso "más desfavorable"), con respecto a un valor de referencia de 188 millones de desempleados en 2019. Con arreglo al caso hipotético de incidencia "media", podría registrarse un aumento de 13 millones de desempleados (7,4 millones en los países de ingresos elevados). Si bien esas estimaciones poseen un alto grado de incertidumbre, en todos los casos se pone de relieve un aumento sustancial del desempleo a escala mundial. A título comparativo, la crisis financiera mundial que se produjo en 2008-9 hizo aumentar el desempleo en 22 millones de personas".

Que en consecuencia la Organización Internacional del Trabajo - OIT en el citado comunicado insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para (i) proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generadas por el coronavirus COVID-19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró el estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con el fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del Coronavirus COVID-19.

Que en el marco de la emergencia y a propósito la pandemia del Coronavirus COVID-19, mediante el Decreto 531 del 8 de abril de 2020 se ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de los habitantes la República de Colombia a partir de cero horas (00:00 horas) del 13 de abril de 2020 hasta las cero horas (00:00 horas) del día 27 de abril 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

Que además de la tragedia humanitaria de la pérdida de vidas, la rápida expansión del brote de la enfermedad y los numerosos casos de contagio confirmados, entre ellos en Colombia a la misma fecha, y de no tomarse medidas inmediatas, se pronostica mayores índices de mortalidad y, por tanto, un problema sanitario que debe ser resuelto de manera inmediata, con medidas efectivas de contención y mitigación.

Que dentro de las consideraciones del mencionado decreto, en el acápite de "medidas" se indicó "[...] Que los efectos económicos negativos a los

habitantes del territorio nacional requieren de la atención a través de medidas extraordinarias referidas a aliviar las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, que puedan verse afectadas en su cumplimiento de manera directa por efectos de la crisis[...]" y "[...] Que los efectos económicos negativos generados por el nuevo Coronavirus Covid-19 a los habitantes del territorio nacional requieren de la atención mediante la adopción de medidas extraordinarias encaminadas a atender las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, con el fin de proteger el sector salud, promover la industria y el comercio del país y permitan absorber las pérdidas económicas y fuerza laboral afectada por esta pandemia[...]".

Que producto de la declaratoria de pandemia del Coronavirus COVID-19 es preciso tomar medidas extraordinarias, estrictas y urgentes relacionadas con la contención del virus y su mitigación, así como medidas orientadas a conjurar los efectos económicos asociados, disponiendo de los recursos financieros, humanos y logísticos para enfrentarlos.

Que, ante la magnitud de la pandemia, el Gobierno nacional ha tomado medidas urgentes para poder contener el avance de la pandemia, las cuales tienen un impacto significativo en la actividad económica del país. Que con el propósito de mitigar la propagación del Coronavirus COVID-19 a través de las medidas de aislamiento preventivo obligatorio, se genera una disminución en el consumo de bienes y servicios y por tanto los empleadores - personas naturales y la pequeña y mediana industria, pueden ver afectado su flujo de recursos de forma tal que presentarían dificultades para atender sus obligaciones corrientes, tales como arrendamientos, servicios públicos y salarios.

Que en la medida en que algunos empleadores están haciendo un gran esfuerzo para efectuar el pago de los salarios a sus trabajadores, es necesario aliviar otros costos salariales, con el fin de contribuir para que dichas empresas y personas naturales que son empleadores, puedan mantener las plazas de empleo que generan.

Que, por tanto, se hace necesario tomar medidas para disminuir las cargas económica de estos empleadores, con el fin de que estas puedan concentrar sus esfuerzos económicos en mantener las nóminas de trabajadores y continuar con el pago de los salarios, permitiendo en todo caso que los trabajadores continúen contando con el aseguramiento de los riesgos derivados de la invalidez y sobrevivencia que ofrece el Sistema General de Pensiones.

Que los trabajadores independientes al no recibir contraprestación por la imposibilidad de vender bienes o prestar sus servicios, pueden ver afectado su flujo de caja y con ello el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones, aun cuando la disminución en sus actividades no obedezca a una decisión voluntaria, sino a un hecho derivado del aislamiento preventivo decretado por el Gobierno nacional como medida para evitar el crecimiento de los contagios generados por el Coronavirus COVID-19.

Que a su vez, debe disminuirse la carga de los trabajadores independientes, ante las restricciones de ingreso que genera la medida del aislamiento obligatorio, permitiéndoles contar con el aseguramiento de los riesgos derivados de la invalidez y sobrevivencia que ofrece el Sistema General de Pensiones.

Que de conformidad con lo establecido en el literal d del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 la afiliación al Sistema General de Pensiones implica la obligación de efectuar los aportes que se establecen en la Ley.

Que por su parte, conforme con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 el monto actual de la cotización al Sistema General de Pensiones corresponde al 16% de la Base de Cotización, definida según los artículos 18 y 19 de la Ley 100 de 1993.

Que de la misma forma el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, define la distribución del aporte pensional, indicando que el 3% del ingreso base de cotización se destinará a financiar los gastos de administración del Sistema y la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, este último, ya sea a través de las reservas realizadas por el Régimen de Prima Media o el pago del seguro previsional en el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Que para disminuir las cargas laborales de los empleadores y de los trabajadores tanto dependientes como independientes, en atención a la afectación generada por el Coronavirus COVID-19 en la economía y sociedad colombianas, se modifica temporalmente el porcentaje de cotización del aporte al Sistema General de Pensiones, de forma tal que para los períodos de abril y mayo que deben ser pagados en mayo y junio de 2020, únicamente deba realizarse el pago del 3% del ingreso base de cotización. En todo caso, los trabajadores continuarán amparados ante los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

Que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la ley 100 de 1993 existen varias

modalidades para el reconocimiento de una pensión de vejez, invalidez y sobrevivientes, entre las cuales existen la renta vitalicia inmediata, el retiro programado, el retiro programado con renta vitalicia diferida y las demás que autorice la Superintendencia Financiera de Colombia.

Que de conformidad con lo establecido en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 el valor de la mesada pensional bajo la modalidad de retiro programado se calcula dividiendo el saldo de la cuenta individual de ahorro pensional, por el capital necesario para financiar una unidad de renta vitalicia para el afiliado y sus beneficiarios, siendo la pensión mensual el valor correspondiente a la doceava parte de dicha anualidad.

Que a su vez el mencionado artículo 81 de la Ley 100 de 1993 establece que, en la modalidad de retiro programado, el saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado disfruta de una pensión por retiro programado, no podrán ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Que en virtud del mandato contenido en el artículo 81 de la Ley 100 de 1993 anteriormente referenciado, el Decreto 1833 de 2016, estableció el control de saldos, el cual consiste en que aquellas pensiones de retiro programado que lleguen al límites establecido por la Ley sean adecuadamente trasladadas a la modalidad de renta vitalicia, asegurando al pensionado o sus beneficiarios el pago de una mesada pensional determinada, en la que no deba asumir el riesgo financiero propio de la volatilidad de los mercados, que existe en la modalidad de retiro programado.

Que la modalidad de retiro programado tiene implícito un riesgo financiero, toda vez que según lo establecido en la Ley 100 de 1993, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 1833 de 2016, el Decreto 2555 de 2010 y la Circular Básica Jurídica expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, los recursos que conforman el capital pensional bajo esta modalidad de pensión continúan siendo administrados por la Administradora de Fondos de Pensiones - AFP, en portafolios invertidos en diversos activos del mercado.

Que por lo tanto, los recursos que conforman el capital para la pensión en la modalidad de retiro programado se ven afectados de manera importante por factores exógenos, en especial el riesgo financiero que se puede traducir en una baja rentabilidad de las inversiones, en atención a las fluctuaciones en las tasas de interés, los precios de las acciones y otros títulos, principalmente, en coyunturas financieras como

la actual en la que los efectos del Coronavirus COVID-19 a nivel mundial sumado a los bajos precios de petróleo, han aumentado la inestabilidad de los mercados y generado efectos adversos en los mercados de capitales.

Que este comportamiento negativo y abrupto de los mercados financieros, afecta directamente los recursos que conforman el capital de las pensiones bajo la modalidad de retiro programado, principalmente de aquellas pensiones reconocidas con un monto igual o cercano al salario mínimo legal mensual vigente, provocando el desfinanciamiento a largo plazo de la pensiones reconocidas bajo esta modalidad, de forma tal que se crea el riesgo de que los recursos resulten insuficientes en el futuro para cumplir con el pago de las mesadas pensionales correspondientes.

Que es necesario tener en cuenta que los recursos que conforman el capital de las pensiones bajo la modalidad de retiro programado, se encuentran en fase de desacumulación, esto es, en la fase del pago pensional, razón por la cual los efectos adversos en el mercado financiero no se pueden recuperar en el largo plazo, a diferencia de lo que sucede con los recursos que se encuentran en fase de acumulación, esto es, durante la etapa activa del trabajador en la que realiza el pago de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones.

Que la Corte Constitucional en Sentencia T-020 del 18 de enero de 2011, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto, ha indicado que: "Corresponde a las AFP monitorear los saldos de las cuentas de ahorro individual y adoptar las medidas pertinentes para evitar la descapitalización de las mismas. (...) Se entiende entonces que una vez los saldos de la cuenta de ahorro individual dejan de ser suficientes para pagar la pensión pagada bajo esta última modalidad (haciendo referencia al retiro programado) se produce un traslado de la modalidad de retiro programado a la de renta vitalicia."

Que conforme con el artículo 48 de la Constitución Política y la Ley 100 de 1993, el Estado es el garante del derecho y la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones.

Que en cumplimiento de la garantía estatal de las pensiones que consagra el artículo 48 de la Constitución Política, se hace necesario que el Estado pueda trasladar la administración de los recursos de las pensiones reconocidas bajo la modalidad de Retiro Programado y el pago de estas pensiones, cuando se evidencie por control de saldos que el capital acumulado en la cuenta de ahorro del pensionado se

encuentra en el límite para financiar una renta vitalicia equivalente al salario mínimo legal mensual vigente.

Que en virtud del artículo 155 de la Ley 1151 de 2007, la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, hace parte del Sistema General de Pensiones y tiene por objeto la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y las prestaciones especiales que las normas legales le asignen.

Que en virtud del artículo 1o del Decreto 4121 de 2011, se cambión la naturaleza jurídica de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, Empresa Industrial y Comercial del Estado, al de Empresa Industrial y Comercial del Estado organizada como Entidad Financiera de Carácter Especial.

Que de conformidad con lo anterior, es necesario establecer un mecanismo especial de pago, que le permita a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la recepción y pago de las pensiones hoy pagadas en la modalidad de retiro programado, para que sigan siendo pagadas por esa administradora de forma vitalicia, en aquellos casos en los que las Administradoras de Fondos de Pensiones deban acogerse al mecanismo establecido en el presente Decreto Legislativo.

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

ARTÍCULO 1. Objeto. El presente Decreto Legislativo tiene como objeto adoptar medidas en el ámbito del Sistema General de Pensiones, para brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores dependientes e independientes, y proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, que reciben un salario mínimo legal mensual vigente de una posible descapitalización de las cuentas de ahorro pensional que soportan el pago de su pensión.

ARTÍCULO 2. Ámbito de aplicación. El presente Decreto Legislativo se aplicará a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, a los empleadores del sector público y privado, a los trabajadores dependientes e independientes, a los pensionados del Régimen de Ahorro Individual, en la modalidad de retiro programado, a COLPENSIONES y a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

CAPÍTULO I
PAGO DE APORTES DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES

ARTÍCULO 3. Pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones. En atención a los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica declarada mediante el Decreto 417 de 2020, para los períodos de abril y mayo cuyas cotizaciones deben efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020, respectivamente, los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes que opten por este alivio pagarán como aporte el 3% de cotización al Sistema General de Pensiones, con el fin de cubrir el costo del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o el aporte a los fondos de invalidez y sobrevivencia del Régimen de Prima Media, según corresponda, así como el valor de la comisión de administración.

La cotización de que trata este artículo serán pagada de la siguiente manera: El 75% por el empleador y el 25% restante por el trabajador. Por su parte, los trabajadores independientes pagarán el 100% de esta cotización.

El Ministerio de Salud y Protección Social realizará las modificaciones temporales que correspondan a la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes - PILA, para dar cumplimiento a lo establecido en el presente Decreto Legislativo.

ARTÍCULO 4. Ingreso Base de Cotización. El ingreso base para efectuar la cotización de que trata el artículo anterior continuará siendo el establecido en las normas vigentes, y deberán corresponder con el reportado para efectuar el pago al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

En todo caso el ingreso base de cotización del Sistema General de Pensiones serán como mínimo un salario mínimo legal mensual vigente y máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

ARTÍCULO 5. Contabilización de las semanas y acceso al seguro previsional. Las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán tener en cuenta a favor de sus afiliados, las semanas correspondientes a los dos meses cotizados bajo las normas del presente Decreto Legislativo, con el fin de que estas semanas se contabilicen para completar las 1150 semanas que le permitan al afiliado acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad o a las 1300 semanas para obtener

una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media; así como para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y la cobertura del seguro previsional.

PARÁGRAFO. Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, cuando haya lugar al traslado entre administradoras o entre regímenes, no se deberán efectuar el traslado de valores que no se encuentren registrados como pagados efectivamente.

CAPÍTULO II
MECANISMO ESPECIAL DE PAGO PARA LAS PENSIONES RECONOCIDAS BAJO LA MODALIDAD DE RETIRO PROGRAMADO

ARTÍCULO 6. Retiros Programados. Con el fin de garantizar el aseguramiento del riesgo financiero exacerbado por el Coronavirus y proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado de una posible descapitalización de las cuentas individuales de ahorro pensional que soportan el pago de sus mesadas, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deberán acceder al mecanismo especial de pago que trata este Decreto Legislativo.

Las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deben acceder a este mecanismo, en relación con sus pensionados bajo la modalidad de retiro programado que reciban una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con el artículo 81 de la ley 100 de 1993, siempre y cuando se hubiese evidenciado por parte de las Sociedades Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías que los recursos existentes en la cuenta de ahorro pensional no son suficientes para continuar recibiendo una mesada de un salario mínimo en esta modalidad, de acuerdo con los parámetros de las notas técnicas vigentes en cada administradora al 31 de marzo de 2020, y por tal razón resulta necesario contratar una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deberán trasladar a Colpensiones, en un plazo no mayor a cuatro (4) meses, los recursos o activos del Fondo Especial de Retiro Programado y la información correspondiente a los pensionados que a la fecha de expedición de este decreto presenten una descapitalización en sus cuentas.

PARÁGRAFO. En el mes siguiente a la publicación de este decreto, Colpensiones establecerán las condiciones para la obtención de la

información de datos básicos, contractibilidad de los afiliados, así como documentos físicos, digitales y la estructura de base de datos que requiere le sean entregados por las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

ARTÍCULO 7. Mecanismo Especial de Pago. En el evento en que no haya sido posible la contratación de una renta vitalicia en favor de aquellos pensionados en la modalidad de retiro programado cuyos saldos ya no resultan suficientes para continuar recibiendo una mesada de un salario mínimo en esta modalidad, la pensión seguirán pagándose a través de Colpensiones, y tendrán las mismas características de una renta vitalicia, es decir el pensionado recibirán el pago mensual de su mesada de salario mínimo hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios par el tiempo al que ellas tengan derecha.

ARTÍCULO 8. Recursos a trasladar mediante el mecanismo especial de pago. Para efectos del mecanismo especial de pago de que trata el presente Decreto Legislativa, las Sociedades Administradoras de Fondas de Pensiones y Cesantías deberán trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, el valar correspondiente al saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos, el valor del bono pensional y la suma adicional, si a ella hubiere lugar.

Los recursos de que trata este artículo deberán ser trasladados a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, con el fin de que esa administradora los acredite en el Fondo Común, administre el portafolio conforme a las normas vigentes sobre la materia, según corresponda, y efectúe el pago de las pensiones reconocidas en el marco del Sistema General de Pensiones.

Las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deberán trasladar los recursos disponibles en dinero en efectivo, Títulos de Tesorería TES en pesos y UVR y títulos de deuda en pesos y UVR de emisores vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia. Los títulos que se encuentren en el portafolio de Retiro Programado que se trasladen a Colpensiones se entregarán valorados a precios de mercado.

La proporción de cada uno de los activos de que trata el inciso anterior, que se deban trasladar deberán ser similar a la composición de cada una de las clases de activos observada al 15 de abril de 2020.

ARTÍCULO 9. Revisión de las reservas asociados al mecanismo especial de pago. Una vez la Administradora Colombiana de Pensiones

- Colpensiones reciba los recursos y los activos a que hace referencia el artículo anterior, deberán verificar que el valor total trasladado corresponda al cálculo actuarial de todas las pensiones, conforme a los parámetros que usa dicha administradora para efectuar la cuantificación. Cuando la totalidad de los recursos trasladados no sean suficientes para cubrir el valor correspondiente al referido cálculo actuarial, el saldo faltante serán trasladado a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones por la respectiva Sociedad Administradora de Fondas de Pensiones y Cesantías, conforme a las reglas que se determinan para tal efecto por parte de Colpensiones.

El saldo de que trata este artículo se actualizará con base en la tasa técnica más la inflación que trascurra entre el momento de entrega de los recursos a que hace referencia el artículo anterior y el pago efectiva del faltante.

ARTÍCULO 10. Responsabilidad de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones en su calidad de entidad pagadora de pensión. La Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones actuará exclusivamente en calidad de pagadora de las pensiones trasladadas. Por tal razón, todas las actividades u operaciones adicionales al pago de pensiones, tales como la defensa judicial asociada a esas prestaciones, tales como reliquidaciones de mesada, pagos de retroactivos, reliquidación del bono pensional o de la suma adicional, entre otras, continuarán a cargo de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías que hayan reconocido la pensión.

El componente de comisión de administración del 1,5% establecido en las notas técnicas de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías corresponderán a la comisión de administración de Colpensiones, la cual deberán ser descontada de los recursos conforme al artículo 8 de este Decreto Legislativo.

En todo caso, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías y Colpensiones podrán acordar una comisión superior para asumir la defensa de los procesos judiciales en curso. En este evento, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deberán trasladar los dineros necesarios para cubrir obligaciones sobrevinientes, diferentes a las contempladas en la pensión originalmente reconocida, si a ello hubiera lugar.

ARTÍCULO 11. Valor de la Prestación pagada por Colpensiones. Una vez recibidas las pensiones a través del mecanismo especial contemplado en el presente Decreto, la Administradora Colombiana de

Pensiones - Colpensiones efectuará el pago de dichas mesadas por el valor reportado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, el cual no podrán ser diferente a un salario mínimo legal mensual vigente.

ARTÍCULO 12. Límites de inversiones en los fondos de pensiones obligatorias. Cuando se presenten excesos en los límites de inversión previstos en el Decreto 2555 de 2010 para el fondo de retiro programado, como consecuencia del traslado de los recursos objeto del mecanismo especial de pago, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, en un plazo no mayor a veinte (20) días hábiles desde el momento del traslado, deberán someter a consideración de la Superintendencia Financiera de Colombia un plan que permita ajustar el fondo a los límites vigentes en un plazo que no supere los siguientes veinticuatro (24) meses.

ARTÍCULO 13. Capacidad operativa de la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES. Con el fin de garantizar la capacidad operativa de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, esta podrá implementar adecuaciones tecnológicas y de infraestructura, contratación de personal o terceros, así como disponer de todas las actividades que le permitan lograr el mecanismo de pago especial, pagar oportunamente las mesadas y las demás asociadas al cumplimiento de lo previsto en el presente Decreto que impacten en su operación. Los recursos necesarios se tomarán de la Comisión de administración que establecido en el artículo 10 del presente decreto.

ARTÍCULO 14. Vigencia. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

2. Decisión

Primero. Declarar la **INEXEQUIBILIDAD** del Decreto Legislativo 558 de 2020 del 15 de abril de 2020 "Por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica", con efectos a partir de su expedición.

Segundo. ORDENAR al Gobierno Nacional que, en ejercicio de sus competencias, adopte e implemente un mecanismo que, en un plazo razonable, (i) permita a empleadores, empleados e independientes,

aportar los montos faltantes de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, cuyos pagos se hicieron parcialmente en virtud de lo dispuesto por el Decreto 558 de 2020; y (ii) garantice el restablecimiento de la vinculación a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que fueron trasladados a COLPENSIONES en cumplimiento de los dispuesto por el por el Decreto 558 de 2020.

2. Síntesis de la providencia

El Decreto 558 de 2020 adoptó dos medidas principales: (1) autorizó a los empleadores del sector público y privado, y a los trabajadores independientes, a realizar pagos parciales de los aportes al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, y (2) estableció un mecanismo especial de pago a cargo de COLPENSIONES de las mesadas de los pensionados que reciben una mesada pensional equivalente a un salario mínimo, bajo la modalidad de retiro programado, de las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

Pagos parciales de los aportes al Sistema General de Pensiones.

La primera medida autoriza el pago de un 3% del Ingreso Base de Cotización (IBC), el cual corresponde a un monto parcial del 16% establecido de manera general en la legislación, con el fin de cubrir el costo del seguro previsional en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el aporte a los fondos de invalidez y sobrevivencia del Régimen de Prima Media, según corresponda, así como el valor de la comisión de administración. Igualmente establece, entre otros aspectos de la regulación, que las Administradoras del Sistema General de Pensiones tendrán en cuenta a favor de sus afiliados las semanas correspondientes a tales períodos para efectos de la pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y de la pensión de vejez de un salario mínimo en el Régimen de Prima Media; así como para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder a las pensiones de invalidez y sobrevivencia, y la cobertura del seguro previsional.

Traslado a COLPENSIONES de los pensionados con la modalidad de retiro programado. La segunda medida, en síntesis, ordena el traslado obligatorio a COLPENSIONES de los pensionados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) bajo la modalidad de retiro programado que reciben una mesada de un salario mínimo, "siempre y

cuando se hubiese evidenciado por parte de las Sociedades Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías que los recursos existentes en la cuenta de ahorro pensional no son suficientes para continuar recibiendo una mesada de un salario mínimo en esta modalidad, de acuerdo con los parámetros de las notas técnicas vigentes en cada administradora al 31 de marzo de 2020, y por tal razón resulta necesario contratar una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente".

Control constitucional. La Corte concluyó que, si bien Decreto Legislativo 558 de 2020 cumple los requisitos formales, las medidas adoptadas no satisfacen requisitos materiales que se desprenden de la Constitución (art. 215) y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994), como enseguida se precisará.

Requisitos formales. En relación con los requisitos formales, se constató que fue expedido *(i)* por el Presidente de la República con la firma de todos los ministros; *(ii)* en desarrollo del Estado de Emergencia declarado mediante Decreto 417 de marzo de 2020, y durante su vigencia, que se extendió hasta el día 15 de abril de 2020. Adicionalmente, *(iii)* consta de motivación formal suficiente contenida en las consideraciones del Decreto.

Requisitos materiales. Para la Corporación, la primera medida, mediante la cual se autorizó a los empleadores del sector público y privado, y a los trabajadores independientes, a realizar pagos parciales de los aportes al Sistema General de Pensiones correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, **no satisface el requisito de no contradicción específica**, esencialmente por tres razones: (i) desmejora los derechos sociales de los trabajadores con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo, (ii) dispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y (iii) no asegura la sostenibilidad financiera del sistema en relación con el reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año, para efectos de la pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de la pensión de vejez de un salario mínimo en el Régimen de Prima Media.

En efecto, esta primera medida contradice, por una parte, los **artículos 215 de la Constitución Política y 50 de la LEEE**, en cuanto prohíben de forma expresa la desmejora de los derechos sociales de los trabajadores. El artículo 215, que regula el Estado de Emergencia, establece que "*El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este*

artículo". No obstante, la medida objeto de control dispone la no contabilización de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año para efectos del reconocimiento de las pensiones de los afiliados al sistema con expectativa de pensiones superiores a un salario mínimo tanto en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad como en el Régimen de Prima Media. Dicha medida, por otra parte, contradice el **artículo 48 de la Constitución** en cuanto, al autorizar pagos parciales de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones con el objeto de *brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores dependientes e independientes* a efectos de que *puedan mantener las plazas de empleo que generan,* como expresamente se señala en los considerados del decreto, está destinando estos recursos para fines diferentes a la financiación de las pensiones. Sobre el particular el inciso quinto del artículo 48 de la Constitución dispone que *"No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella".* El Decreto Legislativo no asegura, por otra parte, la sostenibilidad financiera del sistema, sostenibilidad que podría verse afectada a largo plazo como consecuencia del reconocimiento de las semanas correspondientes a los períodos de abril y mayo del presente año para efectos de la pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y de la pensión de vejez de un salario mínimo en el Régimen de Prima Media. En este punto, se pone de presente que el inciso séptimo de la precitada disposición constitucional señala expresamente que *"Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".*

Para la Sala Plena la segunda medida, consistente en el traslado a COLPENSIONES de los pensionados del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) bajo la modalidad de retiro programado con mesada pensional equivalente a un salario mínimo, no satisface los requisitos de conexidad material, de motivación suficiente, ni de no contradicción específica. En efecto, no supera el requisito de **conexidad material**, por cuanto la medida no guarda relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia. Se orienta principalmente a dar solución a un problema estructural existente en el Régimen de Ahorro Individual en relación con aquellos pensionados en la modalidad de retiro programado cuyos saldos no resultan suficientes para continuar recibiendo una mesada de un salario mínimo en esta modalidad y no ha sido posible la contratación de una renta vitalicia en su favor. En los considerandos del decreto se señala expresamente como uno de los fundamentos de la medida *"Que en cumplimiento de la garantía estatal de las pensiones que consagra el artículo 48 de la*

Constitución Política, se hace necesario que el Estado pueda trasladar la administración de los recursos de las pensiones reconocidas bajo la modalidad de Retiro Programado y el pago de estas pensiones, cuando se evidencie por control de saldos que el capital acumulado en la cuenta de ahorro del pensionado se encuentra en el límite para financiar una renta vitalicia equivalente al salario mínimo legal mensual vigente. Adicionalmente, la Corte consideró que la medida **carece de motivación suficiente** porque en el decreto no se presentan razones que resulten suficientes para justificarla en el contexto de la emergencia. Finalmente, la Corte encontró que tampoco supera el juicio de **no contradicción específica** en cuanto el decreto no asegura la sostenibilidad financiera del sistema, sostenibilidad que podría verse afectada a largo plazo como consecuencia de la obligación que asume COLPENSIONES de seguir pagando las mesadas pensionales de los pensionados que se le trasladan, hasta su fallecimiento, y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo al que ellos tengan derecho, *dado que en tales casos no haya sido posible la contratación de una renta vitalicia.* Como ya se mencionó respecto de la primera medida, el inciso séptimo del artículo 48 constitucional señala expresamente que *"Las leyes en materia pensional que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia de este acto legislativo, deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas".*

Efectos retroactivos de la inexequibilidad

La inexequibilidad del decreto bajo estudio se adopta con efectos retroactivos desde la fecha de su expedición. Por tal razón, las personas naturales y jurídicas deberán efectuar el pago de los montos dejados de aportar en el plazo razonable que señale el gobierno en ejercicio de sus facultades. El Gobierno Nacional deberá adoptar e implementar las medidas que correspondan para recaudar los aportes teniendo en cuenta, entre otros elementos, plazos y modalidades de pago razonables. Los valores dejados de pagar no causarán intereses de ningún tipo sino a partir de la nueva fecha de pago que adopte el Gobierno Nacional, por cuanto el no pago completo de los aportes se encontraba autorizado legalmente por el decreto declarado inexequible. Así mismo, el traslado de pensionados a COLPENSIONES deberá revertirse igualmente en los términos que establezca el Gobierno Nacional.

4. Salvamentos y aclaraciones de voto

El magistrado **Carlos Bernal Pulido** manifestó salvamento parcial de

voto en relación con la providencia de la referencia, porque consideró que el capítulo I del decreto 558 de 2020 era exequible. La mayoría de la Sala concluyó que las disposiciones de esta primera parte del Decreto no satisfacían algunos de los juicios materiales. El diferimiento del magistrado Bernal Difiero lo fundamentó en los siguientes tres motivos:

1. **Las medidas buscaban un fin constitucionalmente legítimo consistente en proteger las plazas de trabajo y salvaguardar el derecho al trabajo.** Tal como se expuso de manera suficiente en las consideraciones del decreto *sub judice,* el objetivo del capítulo I del Decreto 558 de 2020, fue fijar una medida que contribuyera a que los empleadores pudiesen mantener las plazas de trabajo que generan, o disminuir su pérdida, dadas las graves consecuencias económicas que estaban afrontando, a consecuencia de las medidas de aislamiento general impuestas por el gobierno nacional, que generó una parálisis de la actividad económica. Así, sin lugar a duda, la medida contenía un fin constitucionalmente legítimo, consistente en proteger el derecho al trabajo.

   Específicamente, la posibilidad de disminuir de un 16% a un 3% la cotización al Sistema General de Pensiones, manteniendo el esquema 75% a cargo del empleador y 25% a cargo del trabajador, fue una medida idónea para alivianar los costos laborales y disminuir los riesgos de despidos, en el contexto de una disminución sustancial o parálisis en los ingresos operacionales de los empleadores del país.

   Existe suficiente evidencia empírica sobre las consecuencias del confinamiento en el mercado laboral colombiano, y la especial vulnerabilidad de las micro, pequeñas y medianas empresas, las cuales emplean a la mayoría de los trabajadores formales de Colombia. Este panorama, genero incluso que la Organización Internacional del Trabajo mediante el documento *"El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas",* entre otras medidas, recomendara exenciones temporales en el pago de seguridad social[1]. Igualmente, es reveladora la práctica de diversos países afectados por la pandemia del Covid-19, al otorgar beneficios a sus empleadores generando reducciones de

[1] Organización Internacional del Trabajo. "El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas". Ginebra, 2020. En este documento la OIT propuso específicamente: "*disposiciones sobre conservación del empleo, [...] reducción temporal de las retenciones fiscales en nómina o* ***exención del pago de las cotizaciones a la seguridad social*** *".*

contribuciones parafiscales a la seguridad social[2], como medida necesaria para reducir la destrucción de empleos.

2. **La leve afectación a los derechos de los cotizantes al Sistema General de Pensiones era una medida proporcional para proteger fuentes de empleo.** La afectación a los derechos de los cotizantes al Sistema General de Pensiones fue ínfima, con relación al beneficio que representaba otorgar un alivio en la liquidez de empleadores que estaban sufriendo una dramática disminución o parálisis en sus ingresos, y, en consecuencia, una fuerte presión para eliminar sus puestos de trabajo.

   Primero, el decreto *sub judice* en ningún caso desconoció los derechos sociales de los trabajadores, o el derecho fundamental a la seguridad social, por cuanto mantuvo intacto el esquema de aseguramiento de los riesgos de invalidez, muerte y vejez. Específicamente, en cuanto al riesgo de vejez, los meses objeto de las medidas fueron tenidos en cuenta para contribuir a consolidar el derecho pensional de las personas vulnerables que deberán acogerse a la garantía de pensión mínima, y tan solo representó una leve afectación temporal a la consolidación del derecho a la pensión de vejez, representada en el 0.61% de los aportes requeridos para acceder a la pensión de vejez en el caso de los afiliados al RPM, y una reducción en términos proporcionales del aporte a las cuentas de ahorro individual de los afiliados al RAIS. En estos términos, debe recordarse que el derecho a la seguridad social como derecho fundamental, implica la garantía del aseguramiento de las contingencia que afecte el estado de salud, calidad de vida y capacidad económica de la persona[3], garantías todas que se mantuvieron incólumes mediante el decreto *sub examine.*

   Así, lo realmente desproporcionado, es anteponer un sacrificio minúsculo al derecho a cotizar al Sistema General de Pensiones -que no al *derecho fundamental* a la Seguridad Social-, con relación al derecho fundamental al trabajo y al mínimo vital de trabajadores con alto riesgo de perder sus puestos de trabajo, a consecuencia de las graves afectaciones en el flujo de caja y liquidez de la mayoría de los empleadores del país, especialmente de las micro, pequeñas, y medianas empresas, las cuales,

[2] En la República Argentina se creó el Programa de "Asistencia de Emergencia al Trabajo y la Producción", el cual, entre otras medidas de alivio, estableció la postergación o reducción de hasta el 95% del pago de contribuciones patronales
[3] Corte Constitucional, Sentencia C-057 del 2018.

paradójicamente, emplean a la gran mayoría de empleados formales del país, y son las organizaciones más vulnerables ante la disminución de sus ingresos operacionales.

3. **El impacto negativo de la sentencia en la liquidez de los empleadores puede generar más pérdidas de puestos de trabajo.** Los efectos retroactivos de la sentencia generan un pasivo más para las empresas que han logrado sobrevivir a la grave crisis económica, lo cual, lejos de contribuir a la eficacia de los derechos sociales de los trabajadores, implicará el riesgo de pérdidas de puestos de trabajo.

   En este punto, es pertinente observar que la emergencia económica derivada de la pandemia ha afectado el mercado de trabajo en niveles extraordinarios. Según el DANE, para el mes de mayo de 2020, se observó un aumento sin precedentes en la tasa de desempleo nacional, la cual ascendió al 21,4%, mientras que la tasa global de participación y tasa de ocupación se redujeron de forma considerable ubicándose en 55,2% y 43,4%, respectivamente[4]. Hay estimaciones que indican que más de 12 millones de empleos pueden estar en riesgo inmediato como consecuencia de la Pandemia. Este número puede aumentar a 15 millones si la crisis se extiende al punto que las grandes empresas de los sectores afectados deban cerrar u optar por despidos masivos[5]. El magistrado Bernal señaló que ante este sombrío panorama, la decisión de la que se apartó, en vez de disminuir el impacto de la crisis en el empleo, genera una mayor presión en los empleadores que han logrado hasta el momento mantener sus puestos de trabajo.

   Finalmente, resaltó que las implicaciones retroactivas de la decisión que me aparto tendrán un especial impacto negativo en las micro, pequeñas y medianas empresas del país, que han logrado mantener su unidad productiva a pesar de su alta vulnerabilidad ante los efectos de la crisis económica y las medidas de confinamiento, con el agravante de que estas organizaciones empresariales son quienes proveen más del 90% del empleo formal en Colombia.

Los magistrados **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ** y **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** se separaron de la decisión adoptada por la

[4] DANE. Boletín Técnico Gran Encuesta Integrada de Hogares (GEIH), Mayo 2020.
[5] Alfaro, Laura, Oscar Becerra, and Marcela Eslava. "EMEs and COVID-19 Shutting Down in a World of Informal and Tiny Firms." Documento CEDE 19 (2020).

mayoría de la Sala Plena, respecto de la declaratoria de inexequibilidad de las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 558 de 2020. A través de dicho Decreto Legislativo, el Gobierno nacional implementó medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones y proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

En su criterio, en primer lugar, la decisión de declarar la inconstitucionalidad de la disminución temporal de los aportes al sistema pensional correspondiente a los meses de abril y mayo de 2020, se basa en una lectura no ponderada de la medida gubernamental. Dicha medida aliviaba la falta de liquidez tanto para las empresas como para sus empleados y trabajadores independientes, y se encontraba directa y específicamente encaminada a impedir la extensión o agravación de los efectos de la pandemia sobre el empleo formal y los independientes. Por lo cual, señalan que no es dado afirmar la ausencia de conexidad y motivación suficiente en la adopción de la medida, la cual estaba claramente encaminada a mantener los empleos, en la mayor medida posible, protegiendo de esta forma el derecho al trabajo.

Así, señalaron de cara a una potencial violación de mandatos constitucionales que, aunque la disminución de los aportes podría eventualmente provocar distintos niveles de afectación en la situación pensional de cada uno de los trabajadores, este eventual deterioro, obedecía a un factor temporal y un efecto leve frente a la ganancia objetiva en términos de estabilidad y de condiciones laborales para los trabajadores. De esta manera, manifestaron los magistrados Guerrero y Linares que la decisión de la mayoría (i) no dimensionó el tipo y el nivel de afectación de la situación pensional de los trabajadores, ignorando que esta no constituye un factor decisivo ni para acceder a la pensión de vejez, ni en las condiciones de la misma. En el Régimen de Prima Media (RPM), por ejemplo, las semanas dejadas de cotizar representan sólo el 0.61% del tiempo requerido para acceder a la pensión de vejez, y el pago parcial sólo afecta a quienes se encuentran en la última fase de acumulación y en todo caso no tiene un peso representativo en el monto de las mesadas. En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) el capital dejado de aportar deja de sumarse a la cuenta de ahorro pensional e impide obtener los rendimientos correspondientes, pero la afectación depende de la fase de acumulación en la que se encuentra el trabajador afiliado, y en todo caso no constituye un factor determinante para acceder a la pensión ni en las condiciones económicas del pensionamiento. Lo anterior, pone en duda la posición de la mayoría sobre una afectación al mandato de sostenibilidad

financiera señalado en el artículo 48 superior; y (ii) la eventual afectación no se extendía a las personas de mayor vulnerabilidad, ya que dichos meses de abril y mayo de 2020 se tendrían en cuenta para completar las 1.150 semanas requeridas para acceder a la garantía de pensión mínima en el RAIS, y para completar las 1.300 requeridas para acceder a una pensión de un salario mínimo en el RPM.

De igual forma, consideraron los magistrados disidentes que la disminución de los aportes, correspondía a ciertas recomendaciones de la OIT para la preservación del empleo, las cuales incluyeron la implementación de exenciones temporales en el pago de seguridad social; y que las mismas permitían generar alivios de caja a empleadores, a empleados (quienes obtuvieron mayor liquidez durante dichos meses), y en esencia, generar incentivos para la conservación de empleos, garantizando en últimas el derecho al trabajo. Igualmente, señalaron los Magistrados Guerrero y Linares que el argumento de contradicción del artículo 48 de la Constitución por cambio en la destinación constitucional de los recursos de la seguridad social no hubiera permitido declarar la exequibilidad de los retiros parciales de cesantías, toda vez que la red de protección social del trabajo está diseñada para proteger a los trabajadores cuando se produce alguno de los riesgos para los cuales fue concebida.

Por otra parte, respecto de las medidas tendientes a mitigar el riesgo financiero exacerbado por el COVID-19 y proteger a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado de una posible descapitalización de las cuentas individuales de ahorro pensional que soportan el pago de sus mesadas, los Magistrados disidentes señalaron que esta medida tenía relación directa con los riesgos financieros exacerbados por la pandemia, tanto a nivel local como global, en relación con pensionados bajo la modalidad de retiro programado que recibían una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, siempre que se hubiese evidenciado que los recursos existentes en la cuenta de ahorro pensional no eran suficientes para continuar recibiendo una mesada de un salario mínimo en esta modalidad.

En este contexto, el traslado a Colpensiones no se contempló como un mecanismo sustitutivo de los instrumentos legales ordinarios para garantizar la integridad de las pensiones, sino como una herramienta de *ultima ratio,* después de verificar la descapitalización de la cuenta de ahorros del pensionado mediante el mecanismo del control de saldos, y después de intentar infructuosamente la compra de una renta vitalicia con las compañías de seguros, según lo dispone la legislación ordinaria. En un escenario extremo como este, el pensionado bajo la modalidad de

retiro programado sería trasladado a Colpensiones, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones (AFP) efectuara la entrega de los recursos que integran la cuenta de ahorros y los demás que se requirieran para el pago del valor presente de la pensión (cálculo actuarial) bajo las condiciones de la modalidad de una renta vitalicia de un salario mínimo.

Desde esta perspectiva, tampoco tienen lugar los argumentos de la mayoría de la Sala Plena, relacionados con el desconocimiento de lo dispuesto en el inciso 7 del artículo 8 de la Carta Política -sostenibilidad financiera- ya que no es cierto que se genere un efecto desestabilizador derivado del traslado de las cargas pensionales a Colpensiones, puesto que la condición ineludible de dicha operación es la entrega efectiva de los recursos necesarios para la financiación de la renta vitalicia del pensionado objeto del traslado por parte de la AFP, previa cuantificación que dirige, efectúa y supervisa la propia entidad estatal. No se trata, por tanto, de que las AFP se limitan a entregar unos deteriorados portafolios de inversión de las cuentas de ahorro y de que, a cambio de ello, Colpensiones asuma la obligación de pagar una renta vitalicia que le resulta excesivamente onerosa, sino de que esta entidad controla toda la operación de traslado para que los recursos entregados por la AFP sean los necesarios para financiar el pago futuro de las pensiones, incluso si esto implica que aquellas entidades deban entregar sumas de dinero que exceden el valor de las cuentas de ahorro individual. Es una figura análoga a la conmutación pensional que hoy en día realiza Colpensiones.

Teniendo en cuenta lo anterior, dado que el mecanismo especial de pago constituye una herramienta extraordinaria de protección a un número reducido de pensionados afiliados al RAIS que por sus condiciones de pensionamiento enfrentan un riesgo cierto y concreto de no poder recibir una mesada de un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado, en el actual escenario de crisis económica y social que dio lugar al estado de excepción, y toda vez que esta medida de protección no tiene la potencialidad de desestabilizar el modelo pensional, señalaron los Magistrados que no había lugar a la declaratoria de inexequibilidad decretada por la Sala Plena.

El magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS** respaldó la posición adoptada por la mayoría de la Sala plena de la Corte Constitucional, que declaró la inexequibilidad del Decreto 558 de 2020 "Por el cual se crea el impuesto solidario por el COVID 19, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica dispuesto en el Decreto Legislativo 417 de 2020".

No obstante, aclaró el voto en relación con la posición expuesta en la parte motiva de la sentencia sobre el alcance y precisión de la prohibición contemplada en el artículo 50 de la Ley 137 de 1994, estatutaria de los estados de excepción, y el artículo 215 de la Constitución, el cual en su inciso 9 dispone: "(...) El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo (...)". Esta es una regla constitucional que impone un límite al ejercicio de las facultades legislativas del Gobierno nacional: no agravar los derechos sociales de los trabajadores. Con esta regla, el constituyente garantiza el principio de la dignidad humana, el derecho al mínimo vital, al salario progresivo, el derecho a la seguridad social y la cláusula de la solidaridad dentro del Estado social de Derecho.

Sostuvo que el principio de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales, previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, supone que, cuando los trabajadores han alcanzado un determinado nivel de protección laboral, el margen de configuración del legislador (en este caso excepcional) está restringido en materia de derechos sociales y, por consiguiente, el Estado tiene el deber constitucional de avanzar en la consecución de tales derechos y no puede adoptar "medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados"[6].

La mayoría sustentó la declaratoria de inconstitucionalidad de las medidas contempladas en el Decreto legislativo No. 558 de 2020 en la vulneración del principio de la igualdad de trato, la equidad tributaria y la universalidad de las medidas impositivas. Por el contrario, el magistrado Rojas Ríos sostiene que esta decisión ha debido fundarse en la regla constitucional contemplada en el artículo 215 de la Constitución, que dispone: "El gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos ..." por medio de los cuales se concreten las medidas en los estados de excepción, como lo ha expuesto esta Corte desde la Sentencia C-179 de 1994.

Esta es una disposición que debe aplicarse como un todo y, al contrario de lo que ocurre cuando estamos frente a disposiciones con estructura de principios no está sujeta a ponderaciones por parte de la Corte Constitucional. La estructura de esta disposición como una regla sirve

[6] Al respecto puede consultarse lo expuesto en relación con el principio de prohibición de regresividad en derechos sociales en la Sentencia C- 077 de 2017. Reiterado en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional, como la T-1036 de 2008; T-080 de 2008 y T-221 de 2006, entre muchas otras.

para orientar el tipo control judicial que debe realizar la Corte constitucional. En el control automático de los decretos legislativos, la Corte debe tener en cuenta el límite expreso que tiene el gobierno de "no desmejorar los derechos sociales"[7].

La prohibición de regresividad de los derechos sociales es una regla del derecho interno amparada en la normatividad internacional que debe orientar las acciones o medidas que adopte el Gobierno nacional[8]. Esta regla es entendida como la prohibición para el Gobierno de adoptar medidas que suponen el empeoramiento del nivel de goce un derecho, como lo son los derechos de los trabajadores y pensionados a recibir, su salario y mesada pensional respectivamente en el tiempo y el monto establecido. Como ocurre en el caso bajo examen, en el Decreto 558 de 2020.

En materia de control judicial de la prohibición de la regresividad de los derechos se ha establecido por la Corteidh y por la CIDH que toda medida que afecta los derechos sociales es, en principio, una medida que vulnera el artículo 26 de la CADH. Sin embargo, la prohibición no es absoluta y el Estado le corresponde demostrar que son justificables. Y el alcance de las limitaciones o restricciones debe tener en cuenta lo contemplado en el artículo 5 del Protocolo adicional a la Convención americana de derechos humanos, en materia de derechos sociales, económicos y culturales "Protocolo de San Salvador", el cual establece: "Los Estados partes sólo podrán establecer restricciones y limitaciones al goce y ejercicio de los derechos establecidos en el presente Protocolo mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos."[9]

Para el magistrado Rojas Ríos, en consonancia con el estándar internacional, la Corte constitucional en varias oportunidades, como en la Sentencia C-038 de 2004 ha definido parámetros para admitir medidas regresivas de derechos sociales, como lo son: que no desconozcan los derechos adquiridos; que respeten los principios constitucionales del trabajo; y que sean proporcionales[10].

En concepto del magistrado Rojas Ríos, el parámetro de interpretación

---

[7] En relación con la diferencia entre la estructura de las normas, principios, reglas y cómo debe ser la actuación judicial frente a cada una de ellas, puede consultarse: M. Atienza y J. Ruíz Manero, Sobre principios y reglas. Doxa 10 (1991), pág. 106 y ss.
[8] Ver C. Courtis. Artículo 26. Desarrollo progresivo en: Christian Steiner Marie-Christine Fuchs (editores) Convención americana sobre los derechos humanos. Comentario segunda edición. Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2019, pág. 801 y ss.
[9] Al respecto puede consultarse, Courtis, C. (comp.) Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Editores del Puerto CEDAL-CELS, Buenos Aires, 2006.
[10] Puede consultarse la C. 040 de 2004.

de la prohibición de la regresividad de los derechos sociales expuesta por la mayoría de la corporación para el examen del Decreto 558 de 2020 opera para la normalidad. En tiempos de normalidad constitucional, le corresponde al legislador en virtud de la cláusula general de competencia legislativa y con el pleno desarrollo del principio democrático debatir las limitaciones a los derechos sociales, cumpliendo con los estándares internacionales para la validez de las limitaciones y restricciones de los DESC ya expuestos.

Sin embargo, la situación es diferente en los Estados de Excepción. En estos contextos, la norma constitucional establece la prohibición de no restringir ni limitar los derechos sociales de los trabajadores. Y es en este cardinal argumento, el que a juicio del Magistrado Rojas Ríos debió haberse fundado la declaratoria de inexequibilidad del Decreto 558 de 2020. En el marco del Estado de emergencia económica y en desarrollo de las facultades legislativas excepcionales, el Gobierno no puede afectar, limitar ni restringir los derechos sociales de los trabajadores.

Con fundamento en las razones expuestas, el Magistrado Alberto Rojas Ríos presentó aclaración de voto a la decisión adoptada por medio de la Sentencia C-258 de 2020.

ALBERTO ROJAS RÍOS
Presidente