Sentencia C-258/20

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE AUTORIZA EL PAGO PARCIAL DE LOS APORTES A PENSIONES Y TRASLADO POR RETIRO PROGRAMADO-Inexequibilidad

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA DERIVADO DE LA PANDEMIA POR COVID-19-Juicio de constitucionalidad

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Contenido

De conformidad con el artículo 215 de la Constitución, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede declarar el Estado de Emergencia cuando sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213, siempre que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública.

CALAMIDAD PUBLICA-Definición

La calamidad pública ha sido definida por la Corte Constitucional como “una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella…”.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Características

El artículo 215 de la Constitución establece que la declaratoria del Estado de Emergencia sólo puede llevarse a cabo “por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario”. A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados; (ii) firmados por el presidente y todos los ministros; (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y (v) podrán, de forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA, O DE GRAVE CALAMIDAD PUBLICA-Competencias del Congreso de la República

En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que (i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, los decretos legislativos que regulen materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, o en cualquier tiempo los decretos relacionados con materias de iniciativa de sus miembros; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno Nacional.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Fundamento

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO LEGISLATIVO DE DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Alcance

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE DECRETO DECLARATORIO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Presupuestos formales y materiales

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio formal

El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) su suscripción por el presidente de la República y todos sus ministros; (ii) su expedición en desarrollo del estado de excepción y dentro del término de su vigencia; y (iii) la suficiente motivación. Igualmente, en los casos en los cuales la declaratoria del estado de emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DE ESTADO DE EMERGENCIA-Juicio material

El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de finalidad

A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación o a impedir la extensión o agravación de sus efectos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de conexidad material

(…) pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente y (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de motivación suficiente

(…) ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de la fundamentación del decreto de emergencia, el Gobierno presenta razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto el artículo 8 de la LEEE establece que los “decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”.

(…) tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establecen medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia. La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no afecten el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales; que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de intangibilidad

(…) parte del reconocimiento del carácter “intocable” de algunos derechos que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 214 de la Constitución, y 5 de la LEEE, no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que, en virtud de tales disposiciones y del derecho internacional de los derechos humanos, son derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no contradicción específica

(…) tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica la Constitución ni los tratados internacionales; y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia, esto es, el grupo de medidas descritas, entre otros, en los artículos 47 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de incompatibilidad

(…) según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de necesidad

La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse (i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y (ii) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales suficientes y

adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de proporcionalidad

(…) que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción constituyan respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad.

CONTROL CONSTITUCIONAL DE DECRETO LEGISLATIVO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Juicio de no discriminación

(…) el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE, exige verificar que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no entrañen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes o injustificados.

DECRETO LEGISLATIVO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA QUE AUTORIZA EL PAGO PARCIAL DE LOS APORTES A PENSIONES Y TRASLADO POR RETIRO PROGRAMADO-Contenido

DECRETO LEGISLATIVO DICTADO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos formales

DECRETO LEGISLATIVO DICTADO EN DESARROLLO DE ESTADO DE EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL Y ECOLOGICA-Requisitos materiales

EMERGENCIA ECONOMICA, SOCIAL O ECOLOGICA-Prohibición de desmejorar derechos sociales de los trabajadores

SEGURIDAD SOCIAL-Derecho irrenunciable

INSTITUCION DE SEGURIDAD SOCIAL-Recursos no se pueden destinar y utilizar para fines diferentes a ella

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Sostenibilidad financiera

DECLARACION DE INEXEQUIBILIDAD-Efectos retroactivos

El artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia establece que las sentencias que profiera este Tribunal sobre los actos sujetos a su control “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. En consecuencia, si bien la regla general es que las sentencias de la Corte tienen efectos hacia el futuro, también lo es que la Corte puede atribuirles efectos retroactivos. Sobre el particular ha dicho la Corte que los “efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una

ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro-".

Referencia: Expediente RE-284

Asunto: Revisión automática del Decreto Legislativo 558 de 2020, "por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, protege a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Social y Ecológica"

Magistrado sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C. julio veintitrés (23) de dos mil veinte (2020)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, en especial de las previstas en los artículos 215 y 241-7 de la Constitución Política, y cumplidos los trámites y requisitos1 establecidos en el Decreto 2067 de 1991, decide definitivamente sobre la constitucionalidad del decreto legislativo de la referencia, cuyo texto es del siguiente

tenor:

A. DECRETO LEGISLATIVO OBJETO DE REVISIÓN2

“MINISTERIO DEL TRABAJO

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

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, podrá 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, podrá 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 podrá estar exenta.

Que el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 9 de marzo de 2020 O 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 contraerá 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 tendrá 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, 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 económicas 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 podrá 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 límite 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 Básico 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 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 será 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 deberá 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 será 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 deberá 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 establecerá 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 seguirá pagándose a través de Colpensiones, y tendrá las mismas características de una renta vitalicia, es decir el pensionado recibirá 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 efectué 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 deberá 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, deberá 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 será 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 efectivo 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 corresponderá a la comisión de administración de Colpensiones, la cual deberá 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 podrá 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, ésta 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.

Publíquese, comuníquese y cúmplase.

Dado en Bogotá, D. C., a 15 de abril de 2020".

[siguen firmas del presidente de la República y de todos los ministros3]".

B. INTERVENCIONES

2. Durante el término de fijación en lista se presentaron los conceptos e intervenciones que seguidamente se enlistan. Asimismo, de manera oportuna, se recibió el concepto del Procurador General de la Nación.

a. Concepto sobre los fundamentos, el contenido y el alcance del Decreto 558 de 2020

3. El Ministerio del Trabajo y Colpensiones ofrecieron una amplia explicación sobre el fundamento, el contenido y el alcance del Decreto 558 de 2020, teniendo en cuenta los interrogantes que fueron formulados en el auto mediante el cual se asumió el conocimiento de dicha normativa4.

4. En relación con el alcance del alivio en los aportes al sistema pensional, se hicieron las siguientes precisiones:

(i) La medida tiene por objeto dotar de liquidez a los empleadores y a los trabajadores independientes, permitiéndoles efectuar el aporte por el 3% del ingreso base de cotización al sistema general de pensiones, en lugar del 16%.

La afectación en la liquidez de los empleadores y trabajadores independientes es inminente y grave, ya que las medidas de aislamiento preventivo generan una disminución en el consumo de bienes y servicios que impactan negativamente el flujo de recursos de los trabajadores independientes, de la pequeña y mediana industria, de los establecimientos de comercio y de la Nación, lo que dificulta la atención de sus obligaciones en el pago de arrendamientos, servicios públicos y salarios, y que, eventualmente, pueden conducir al cierre definitivo de las empresas y a la pérdida de plazas de trabajo.

De hecho, el Observatorio de la Organización Internacional del Trabajo ya alertó sobre este peligro, indicando que bajo la actual coyuntura las empresas de los distintos sectores económicos “se enfrentan a pérdidas catastróficas que amenazan su funcionamiento y solvencia, y millones de trabajadores están expuestos a la pérdida de sus ingresos y al despido”, y que esta problemática afecta en mayor medida a los trabajadores que hacen parte de la informalidad. Según las proyecciones de la OIT, globalmente puede producirse una reducción de un 6,7% en el nivel de empleo durante el segundo semestre del año 2020, que equivale a cerca de 200 millones de nuevas personas desempleadas.

Este mismo riesgo se ha evidenciado en Colombia, pues según los estudios realizados por la Dirección de Política Macro Económica del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, durante el último mes se ha presentado una reducción en los flujos de caja en todos los sectores productivos que provoca una caída en sus ingresos operacionales en cerca del 90% y un castigo entre el 20 y el 40% de los activos líquidos. De hecho, según un estudio realizado por JP Morgan Chase & Co Institute en el año 2016, la mitad de las pequeñas empresas cuentan con una posición de caja que les permite cubrir sus gastos durante 27 días, mientas que el 25% solo pueden hacerlo por apenas 13 días, y las empresas intensivas en mano de obra tienen una posición aún más débil y vulnerable.

Dadas las dificultades de los empleadores y trabajadores independientes para hacer frente a sus obligaciones y para dar continuidad a su actividad económica, resultaba indispensable aliviar los costos salariales y prestacionales para mantener las plazas de empleos y las operaciones productivas. En función de esta necesidad se contempló la disminución en las cotizaciones al sistema pensional.

(ii) Con respecto a los efectos del alivio, se aclaró que los trabajadores siguen amparados por los riesgos de invalidez y sobrevivencia durante la vigencia del pago parcial de aportes. Frente al riesgo de vejez, en el régimen de prima media, los períodos objeto de la cotización reducida son tenidas en cuenta cuando se requieran para completar las 1300 semanas exigida en la ley, pero siempre que el afiliado se vaya a pensionar con una mesada de un salario mínimo; por ello, los aportes correspondientes a los meses de abril y mayo no se reflejarán en la historia laboral de quienes vayan a obtener una mesada de un valor superior, ni tampoco se tienen en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación con el que se determina el valor de la pensión. Por su parte, a los cotizantes que se encuentran en régimen de ahorro individual no les ingresará ningún capital durante las ocho semanas objeto de la cotización reducida, pero estas semanas se tendrán en cuenta cuando sean necesarias para completar las 1150 requeridas en la ley para acceder a la Garantía de Pensión Mínima contemplada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

(iii) Finalmente, se precisa que la disminución en los aportes al sistema pensional es opcional para los empleadores y trabajadores independientes, y que tal facultad no está condicionada a que los ingresos operacionales se hubiesen reducido de manera significativa como consecuencia de la pandemia durante los períodos de abril y mayo de 2020.

5. En relación con el traslado a Colpensiones de los pensionados en el RAIS bajo la modalidad de retiro programado, se hicieron las siguientes precisiones:

(i) La medida pretende proteger a los pensionados en la modalidad de retiro programado de una posible descapitalización de sus cuentas de ahorro pensional.

(ii) Los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima no pueden ser utilizados para financiar las mesadas de los pensionados bajo dicha modalidad. Lo anterior, en la medida en que según el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos 832 de 1996 y 1833 de 2016, la garantía de pensión mínima de vejez es un beneficio otorgado a aquellos afiliados que a pesar de tener la edad de pensión y haber cotizado 1150 semanas, no cuentan con el capital necesario para financiar el pago de una mesada de un salario mínimo. En tal sentido, la ley dispone que en estas hipótesis el afiliado tiene derecho a una prestación periódica por este valor, que se financia con los recursos de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos, el valor de los bonos o títulos pensionales si hay lugar a ellos, y los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, provenientes de los aportes del 1,5% del ingreso base de cotización de los afiliados al régimen de ahorro individual, y en su defecto, de los aportes efectuados directamente por la Nación.

En contraste, cuando el afiliado cuenta con el capital necesario para financiar su pensión, este puede optar por cualquiera de las modalidades contempladas en el artículo 79 de la Ley 100 de 1993, incluido el retiro programado. Sin embargo, la legislación no contempla la posibilidad de que los recursos del mencionado fondo puedan ser destinados a pagar las mesadas de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que durante la fase de desacumulación presentan una desfinanciación de sus cuentas de ahorro. Así pues, “bajo la normatividad actual no es posible que los pensionados en retiro programado actuales hagan uso de los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, pues ellos son exclusivamente para los afiliados que habiendo cotizado 1150 semanas no alcanzaron el capital suficiente para pensionarse en el Régimen de Ahorro Individual”.

(iii) Bajo el actual escenario, el pago de las mesadas para los pensionados bajo la modalidad de retiro programado se encuentra en riesgo, teniendo en cuenta, por un lado, las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993 para calcular su valor y, por otro lado, las condiciones del mercado financiero.

En efecto, según el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, el valor de las mesadas en esta modalidad de pensionamiento se calcula dividiendo el saldo de la cuenta individual 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 la respectiva anualidad. Según este mismo precepto, mientras se recibe la pensión el saldo de la cuenta no puede ser inferior al capital requerido para financiar al afiliado y sus beneficiarios una renta vitalicia de un salario mínimo. Según 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, los recursos que integran el capital pensional continúan bajo la administración de la Administradora de Fondos Pensionales en portafolios invertidos en diversos activos del mercado.

Así las cosas, bajo esta modalidad de aseguramiento los recursos destinados al pago de las mesadas pensionales y los riesgos asociados a su manejo están en cabeza del afiliado, por no haber sido transferidos a una compañía de seguros. En este contexto, el pensionado asume los riesgos de las fluctuaciones en el mercado por fenómenos como las variaciones en las tasas de interés o en los precios de las acciones, los derivados de su extralongevidad, o los asociados a la aparición de nuevos beneficiarios o a incrementos en el salario mínimo superior a la inflación, riesgos exógenos estos que pueden generar una baja rentabilidad de las inversiones e incluso una descapitalización de las cuentas de ahorro individual.

Así pues, los cambios abruptos en los mercados financieros afectan directamente los recursos que conforman el capital bajo la modalidad del retiro programado, especialmente aquellas reconocidas con un monto igual o cercano al salario mínimo legal mensual vigente,

provocando su desfinanciación a largo plazo. Existe entonces el riesgo latente de que los recursos del afiliado resulten insuficientes en el futuro para cubrir el pago de las mesadas pensionales.

Previendo la situación anterior, el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, reglamentado en el Decreto 1833 de 2016, estableció un sistema de control de saldos, para que cuando el capital "llegue al límite establecido por la Ley sea trasladado 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 existen en la modalidad de retiro programado".

Un esquema como este, sin embargo, en la actual coyuntura es incapaz de garantizar el pago de las mesadas pensionales, por los efectos a nivel mundial de la pandemia y de los bajos precios del petróleo, que han incrementado la inestabilidad de los mercados y generado otros efectos adversos en los mercados de capitales.

Según indicó el Ministerio de Hacienda, "los estudios actuariales [...] han mostrado que existe un riesgo de descapitalización en las cuentas de Retiro Programado generado por el diseño mismo de esta modalidad de pensión, debido a que los recursos de los pensionados se siguen administrando bajo un esquema de cuentas individuales y no existen compensaciones con saldos entre una cuenta y otra, lo que se conoce como mutualización de los riesgos, lo cual dificulta la administración de algunos riesgos y en particular, del riesgo de extralongevidad". De esta suerte, la administración de este capital difiere del modelo utilizado por las compañías de seguro, en el que todos los recursos se administran como una universalidad y, en el que, por tanto, se pueden mutualizar los riesgos.

Y aunque actualmente existen retiros programados cuyos recursos se encuentran en el límite del control de saldos, debiéndose acudir al mecanismo dispuesto en el artículo 81 de la Ley

100 de 1993 para activar el tránsito a la modalidad de renta vitalicia, “se observa en el mercado poco apetito por este tipo de seguros de largo plazo”. Lo anterior es aún más grave si se tiene en cuenta que según la información arrojada por la Superintendencia Financiera de Colombia, a partir del año 2012 comenzó a optarse por la modalidad de retiro programado, de suerte que, a febrero de 2020, del total de las 187.552 pensiones del régimen de ahorro individual, 109.180 se reciben bajo dicha modalidad, es decir, el 58% del total.

Al mismo tiempo, se encontraron afectaciones significativas en la rentabilidad de los portafolios del Fondo de Retiro Programado durante los meses de febrero y marzo de 2020, debido a la desvalorización de las inversiones. Así, mientras para enero de 2020 la rentabilidad efectiva mensual para los fondos de pensiones de retiro programado fluctuó entre 0,92 y 1,1%, en el mes de febrero esta se ubicó entre el -0,78% y el -0,51% y en el mes de marzo llegó a estar entre -4,01% y -5,33%5.

La alteración en los mercados financieros no parece ser un fenómeno contingente. Recientemente, el presidente del Comité Monetario y Financiero Internacional y la directora general del Fondo Monetario Internacional afirmaron que la pandemia había traído consigo una crisis económica y financiera global por la interrupción intempestiva en la actividad económica, y que la situación anterior hacía necesario brindar apoyo fiscal focalizado para los hogares y las empresas vulnerables.

Los cambios en las condiciones del mercado, aunada a la inexistencia de un mercado asegurador, tornó imperiosa la necesidad de trasladar a Colpensiones la administración de los recursos de las pensiones reconocidas bajo la modalidad de retiro programado y el pago de las mismas, “cuando se evidencia en el control de saldos que el capital acumulado en la cuenta de ahorro del pensionado es insuficiente para financiar una pensión de un salario mínimo mensual vigente en esa modalidad”. Esta medida, además, se enmarca dentro de las competencias legales de dicha entidad, a quienes corresponde no solo la administración del

régimen de prima media, sino también la gestión de las prestaciones especiales que les sean asignadas por el legislador.

(iv) Una vez los recursos sean trasladados, Colpensiones debe verificar que el valor trasladado corresponda al que arrojó el cálculo actuarial para financiar una renta vitalicia, y una vez efectuada dicha verificación, los dineros entran al Fondo Común de Vejez, con la cual se financia el pago de la prestación. Así pues, la entidad actuará exclusivamente en su calidad de pagadora de las pensiones, de modo que todas las actividades y operaciones adicionales, como la defensa judicial asociada a dichas prestaciones como la reliquidación de mesadas, el pago de retroactivos, la reliquidación del bono pensional o de la suma adicional, continúa a cargo de las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

Sin perjuicio de lo anterior, se prevé un incremento en los litigios que comprometen a Colpensiones, tanto por los motivos anteriores, como por las solicitudes para que los pensionados trasladados reciban el tratamiento de las personas afiliadas al régimen de prima media, así como un incremento en el recurso humano y de gastos de administración, para atender las nuevas demandas relacionadas con la operación de traslado prevista en el decreto.

(v) Finalmente, con respecto al impacto que podría tener el mecanismo especial de pago en el funcionamiento de Colpensiones, se hacen las siguientes precisiones: a) actualmente no es posible establecer la dimensión de la operación de traslado, ya que no existe una información oficial sobre el número de pensionados que deben acceder al mecanismo especial, sobre sus condiciones de pensionamiento, ni sobre los valores que deben ser entregados por las AFP; sin embargo, Asofondos informó que bajo las directrices del Decreto 558, cerca de 20.000 personas tendrán que transitar a Colpensiones, y que se deberán entregar cerca de 5 billones de pesos. b) La entidad recibirá un portafolio de inversiones constituido por títulos emitidos por el Gobierno nacional y por los emisores vigilados por la Superintendencia Financiera, cuya conversión y liquidación depende de las condiciones del mercado, del plazo del título y

de la calidad crediticia del emisor; preferentemente, deben ser transferidos o liquidados cuando generen una tasa de retorno positiva, aunque en cualquier caso “es incierto el horizonte de tiempo en el cual se obtendrá el efectivo […] y hay un riesgo tanto para la entidad como para la administración, ya que no se conoce la calidad de los títulos que van a ser entregados por los fondos ni la facilidad de poder venderlos sin incurrir en pérdidas”; c) eventualmente se requerirá de recursos adicionales que deberán ser entregados por la Nación para poder financiar las mesadas de quienes accedieron al mecanismo especial de pago, y la cuantía de este soporte financiero depende del nivel y de las condiciones de venta de los títulos del portafolio, en un escenario caracterizado por la incertidumbre, la desvalorización y la baja liquidez. d) Colpensiones cuenta con la infraestructura para actuar como pagadora de mesadas pensionales a través del sistema financiero y, de concretarse la operación de traslado, los nuevos pensionados a cargo de la entidad equivaldrán tan solo al 1,39% de los 1.430.623 actuales; en cualquier caso, es probable que se tengan que realizar adecuaciones para atender las nuevas demandas, como la contratación de nuevo personal y la realización de distintos ajustes tecnológicos. e) No son claras las condiciones de los títulos objeto de entrega, ni si en el corto plazo puedan ser negociados y liquidados, ya que el Decreto 558 no define los requisitos que deben tener para ser recibidos por Colpensiones; por ello, existe un riesgo de desvalorización de los títulos que debe ser enfrentado mediante un sistema de monitoreo de riesgos financieros, y mediante la entrega de los recursos faltantes por parte de la Nación.

b. Intervenciones sobre la constitucionalidad de la disminución temporal de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones6

Intervenciones que solicitan la declaratoria de exequibilidad simple7

6. La defensa del mecanismo de disminución de aportes al sistema general de pensiones se estructura a partir de dos líneas de análisis. En tal sentido, los intervinientes que defienden la constitucionalidad de la medida gubernamental argumentan que esta se justifica, primero,

porque atiende al objetivo de conjurar la crisis en el empleo generada por las medidas de aislamiento adoptadas para contender la pandemia; y, segundo, porque a pesar del eventual detrimento en la situación pensional de los afiliados, se trata de un mecanismo voluntario y transitorio que se encuentra revestido de un esquema de protección para los trabajadores en general y, especialmente, para aquellos que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

7. Con respecto a la finalidad de la medida, los intervinientes argumentan que el Ejecutivo se encontraba habilitado para disponer la disminución transitoria en los aportes al sistema pensional en el marco del estado de emergencia, ya que este ajuste apunta directa y específicamente a conjurar la crisis que originó el estado de excepción, en los términos del artículo 215 de la Carta Política. En efecto, según se explicó en las consideraciones del Decreto 558 de 2020, el Gobierno nacional adoptó medidas de aislamiento como mecanismo central para la contención de la actual pandemia. Como consecuencia de ello, sin embargo, se produjo una parálisis y una disminución generalizada en la actividad productiva y comercial, y un desplome en la demanda de bienes y servicios que amenaza gravemente la liquidez de las unidades económicas y de los hogares, y el nivel de empleo. Para atemperar la severidad de esos efectos, y, en particular, para otorgar liquidez a los agentes económicos e incentivar el mantenimiento del empleo, se dispuso la reducción en los aportes al sistema pensional.

8. De esta suerte, al existir un vínculo directo y estrecho entre la problemática que originó el estado de emergencia económica y social, y el mecanismo analizado, tal como lo explicó detalladamente el Gobierno nacional en la motivación del Decreto 558 de 2020, deben entenderse satisfechos los juicios de conexidad interna y externa, finalidad y necesidad.

9. Desde el punto de vista sustantivo tampoco se evidencia una afectación de los principios o derechos constitucionales.

Primero, la reducción prevista en la normativa revisada es voluntaria, de modo que los empleadores y trabajadores independientes tienen la opción de acceder a este beneficio, o de mantener las condiciones legales regulares de cotización al sistema pensional.

Segundo, aunque la disminución analizada podría impactar negativamente la situación de los afiliados, se trata de una medida transitoria cuya vigencia se extiende únicamente por dos meses. Desde esta perspectiva, la eventual afectación no tiene una incidencia significativa o relevante en la historia laboral de los afiliados, ni puede constituirse en una barrera de acceso al sistema pensional.

10. Finalmente, el Decreto 558 de 2020 establece un esquema de protección para los cotizantes activos, y, particularmente para quienes se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad económica. Según lo establece el artículo 5, tanto para las personas afiliadas al RAIS que solo pueden pensionarse accediendo a la garantía de la pensión mínima, como para las afiliadas al RPM que solo se pueden pensionar con un salario mínimo, las semanas transcurridas entre los meses de abril y mayo sobre las que no se efectúan los aportes al fondo de vejez, serán reconocidas para efectos pensionales; de este modo, para este grupo de personas la medida no produce ningún tipo de afectación. Adicionalmente, según los artículos 3 y 5, el aporte parcial que se mantiene en la normativa objeto de revisión se destina a cubrir los riesgos de muerte e invalidez, de modo que los trabajadores se encuentran protegidos integralmente frente a estas dos eventualidades.

Intervenciones que cuestionan la validez de la disminución temporal de las cotizaciones al Sistema General de Pensiones8

11. En contraste con la postura anterior, otros intervinientes cuestionan la validez de la medida gubernamental. En síntesis, los intervinientes formulan cuatro tipos de reparos a las disposiciones del Decreto 558 de 2020 que establecen la disminución temporal de

cotizaciones al sistema general de pensiones:

12. Primero, se cuestiona el ámbito de aplicación de la medida, pues, por un lado, se habilitó a todos empleadores y trabajadores independientes para hacer uso del alivio, independientemente de que los ingresos operacionales se hayan reducido de manera significativa como consecuencia de la crisis económica generada por las medidas de aislamiento adoptadas para contener la pandemia. Y, por otro lado, en cambio, no se extendió a los regímenes pensionales especiales sino únicamente a quienes hacen parte del sistema general de pensiones.

13. Segundo, se cuestionan los efectos jurídicos de la medida en la situación pensional de los trabajadores y en el sistema pensional como tal. Desde la perspectiva de los trabajadores, la reducción temporal en las cotizaciones representa un perjuicio grave para los cotizantes, que afecta el cumplimiento de los requisitos y las condiciones del pensionamiento y de la devolución de saldos o de la indemnización sustitutiva, con el agravante de que al no efectuarse las respectivas deducciones en el salario para el pago de los aportes al sistema pensional, la retención en la fuente por concepto del impuesto a la renta se incrementa automáticamente. Por su parte, desde la perspectiva del sistema pensional, se aduce que el alivio a los empleadores y trabajadores independientes afecta la liquidez y sostenibilidad del sistema, especialmente en el RPM, por cuanto el fondo común con el que se cancelan las mesadas de los actuales pensionados deja de recibir los recursos de los afiliados durante la vigencia de la medida, y, además, al reconocerse el tiempo laborado a quienes acceden a la garantía de pensión mínima en el RAIS y a quienes se pensionan en el RPM con un salario mínimo, se genera una fuente adicional de desfinanciación.

14. Tercero, los intervinientes controvierten la eficacia de la medida desde la perspectiva del mantenimiento del empleo. En efecto, el Gobierno nacional justificó la reducción en los aportes al sistema pensional, sobre la base de que el deterioro en la situación pensional de los afiliados tiene como contrapartida una ganancia en términos de la conservación del

empleo, ya que según el Decreto 558 de 2020, en el actual escenario de crisis los empleadores carecen de las condiciones económicas para mantener la nómina, y la disminución en los aportes al sistema pensional se convierte en un alivio que incentiva el mantenimiento de los puestos de trabajo. Empero, por la forma en que se configuró el mecanismo, no hay ninguna garantía de que el pago parcial de aportes efectivamente contribuya a conservar los puestos de trabajo, y puede ocurrir perfectamente que un empleador opte por pagar parcialmente los aportes de sus trabajadores, y que luego estos sean despedidos.

15. Finalmente, se cuestiona el esquema de distribución de cargas y beneficios entre los actores del sistema, ya que se mantuvieron los pagos por concepto de gastos de administración a las AFP y a Colpensiones, e incluso los aportes a los Fondos de Solidaridad Pensional y de Subsistencia, mientras que, en contraste, el tiempo laborado no es reconocido para efectos pensionales. Además, la medida beneficia al empleador en tanto se alivia su carga prestacional, siendo el trabajador el que finalmente asume la totalidad de las consecuencias adversas de este modelo.

16. A continuación se explica cada uno de los reparos enunciados.

17. Con respecto al alcance del mecanismo de disminución de aportes al sistema general de pensiones, varios intervinientes cuestionan el hecho de que la facultad para disminuir los aportes se haya conferido a todos los empleadores y trabajadores independientes, y no solo a aquellos cuyos ingresos operacionales se han reducido drásticamente como consecuencia de la crisis que dio lugar a la emergencia económica y social. Las entidades estatales, por ejemplo, tienen asegurados los recursos presupuestales para efectuar los aportes establecidos en la ley desde el 2019, y, de igual modo, existen sectores económicos cuya actividad se ha mantenido durante la crisis que produjo la emergencia económica y social, o que, incluso, ha prosperado. Y si el fundamento fáctico del alivio es la caída intempestiva y drástica en los ingresos operacionales, carece de toda justificación que este se haya hecho

extensivo a los sujetos que no se encuentran dentro de este supuesto.

18. Desde ese punto de vista, las disposiciones legales objeto de revisión adolecerían de dos tipos de falencias. Primero, el Gobierno nacional se habría excedido en el ejercicio de las facultades normativas excepcionales, pues al extenderse el beneficio analizado a actores no afectados por las medidas de aislamiento, se desbordó la problemática específica que dio lugar a la declaratoria del estado de emergencia. Y, segundo, el alivio sería materialmente inadmisible, por generarse un menoscabo injustificado en la situación pensional de trabajadores cuyos empleadores no atraviesan la dificultad económica con fundamento en la que el Gobierno estableció el mecanismo legal, todo lo que se traduce en una vulneración de una amplia gama de derechos y principios constitucionales, entre ellos, el derecho a la pensión, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad y la condición más beneficiosa; además, al haberse asimilado dos hipótesis disímiles, se termina por vulnerar el derecho a la igualdad. En contraste, la disminución de los aportes se contempló únicamente para el sistema general de pensiones y no para los regímenes pensionales exceptuados, siendo inequitativo y discriminatorio que los empleadores golpeados por la crisis no puedan acceder al alivio por el hecho de que los trabajadores se encuentren vinculados a un régimen pensional exceptuado, y que se establezca una diferenciación en función del régimen pensional al que se encuentra vinculado el trabajador.

19. En relación con los efectos patrimoniales del esquema transitorio de cotización al sistema general de pensiones, tanto desde la perspectiva de los cotizantes, como desde la perspectiva del sistema pensional como tal, se presentan varias argumentaciones.

20. Desde el punto de vista de los afiliados, se plantea que el alivio definitivo a los empleadores y trabajadores independientes en sus cargas prestacionales se traduce indefectiblemente en un deterioro de la situación patrimonial de los cotizantes, en múltiples frentes:

– Con respecto al RAIS, la afectación se origina en el deterioro en el ahorro pensional, ya que en este régimen la pensión se construye con los aportes de capital efectuados por el afiliado durante su vida productiva y con los respectivos rendimientos. Al facultarse a los empleadores y los trabajadores independientes a no efectuar las cotizaciones al fondo de pensión de vejez durante los meses de abril y mayo de 2020, la cuenta de ahorro pierde el capital que según la legislación debería ser aportado, así como los rendimientos que se obtendrían de haberse efectuado la cotización. Los estimativos de Asofondos dan cuenta de las afectaciones económicas de la medida. Según esa entidad, para un salario de un millón de pesos, en 40 años se pierden $6.357.267; para uno de tres millones, la pérdida en ese lapso de tiempo ascendería a $21.672.500; para uno de 5 millones la afectación sería de $36.120.833; y para uno de diez, la cifra asciende a $72.241.666.

– Por su parte, el alivio a los empleadores y los trabajadores independientes también incide en el RPM, ya que, a menos que el pensionamiento vaya a ser por un salario mínimo, no se contabilizan las semanas efectivamente laboradas durante los meses de abril y mayo de 2020, de las 1300 requeridas para acceder a la pensión de vejez. De hecho, algunos de los intervinientes expusieron su situación personal, indicando que estando muy próximos a la edad de pensionamiento sin haber cotizado las semanas requeridas en la legislación, la medida adoptada por el Gobierno nacional ponía en peligro el acceso a la pensión de vejez. El ciudadano Rafael Moreno Vargas, por ejemplo, explicó que se encuentra vinculado a la Rama Judicial, y que, teniendo ya 60 años de edad, tiene 1200 semanas cotizadas de las 1300 requeridas por el ordenamiento jurídico, por lo que la medida gubernamental representa para él un menoscabo cierto y concreto en su situación pensional.

(ii) La disminución en los aportes al sistema general de pensiones representa no solo un obstáculo para el acceso a la pensión de vejez, sino también un deterioro en las condiciones de pensionamiento. En el RAIS la afectación se produce porque incluso si los ahorros son

suficientes para financiar la pensión de vejez, el valor de las mesadas se reduce al no contar con los recursos aportados durante el tiempo de vigencia de la medida, ni con los rendimientos que hubieren producido durante la fase de acumulación. En el RPM, incluso cuando el afiliado ya ha cumplido con el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de vejez, la medida puede llegar a tener repercusiones patrimoniales importantes, ya que la mesada pensional se calcula teniendo en cuenta el promedio salarial de los últimos diez años de vida laboral, de suerte que, para quienes se encuentran en esta fase, la disminución en los aportes prevista en el Decreto 558 de 2020 afecta el ingreso base de liquidación con fundamento en el que se determina el valor de las mesadas. Asimismo, como en este régimen es posible incrementar el valor de la prestación cuando se cotiza por encima de las 1300 semanas básicas exigidas por la legislación, la medida podría llegar a impedir el acceso a este beneficio, especialmente en aquellos escenarios en que el afiliado se encuentra en la fase final de acumulación y se encuentra próximo a la edad de pensionamiento. La ciudadana María Inés Solano Rodríguez, por ejemplo, intervino para ilustrar la forma en que el Decreto 558 de 2020 afecta a personas que, como ella, no podrán acceder al beneficio de recibir una pensión del 80% del IBC, por cuanto las cotizaciones de abril y mayo de 2020 no se reflejarán en la historia laboral.

(iii) La medida puede afectar a los afiliados que no reúnen los requisitos para acceder a la pensión de vejez, ya que, en cualquier caso, estos tienen derecho a recibir la devolución de saldos o la indemnización sustitutiva, según el caso, y, en razón de la disminución en los aportes al sistema pensional, el monto se verá reducido por el menor capital aportado.

(iv) Finalmente, el ciudadano Javier Orlando Rodríguez Aponte sostiene que el límite de 25 salarios mínimos del ingreso base de cotización para liquidar el aporte a los fondos de invalidez y sobrevivencia constituye una medida arbitraria que perjudica a quienes, con sus propios ingresos, cotizan sobre un IBC superior a este monto para que, en caso de sobrevenir alguno de estos riesgos, cuenten con una mayor protección económica.

21. Partiendo de este análisis, los intervinientes concluyen que el perjuicio provocado a los afiliados al sistema pensional es inconstitucional desde distintos puntos de vista. Primero, la norma desconoce la prohibición expresa del artículo 215 de la Carta Política de desmejorar la situación de los trabajadores, ya que, en este caso, el alivio a la carga prestacional de los empleadores tiene como contrapartida un deterioro cierto y grave en la situación pensional de aquellos. Segundo, la medida también contraviene un amplio repertorio de principios y derechos constitucionales, entre ellos, el derecho a la seguridad social, el principio de progresividad y la prohibición de regresividad, la irrenunciabilidad de los derechos laborales, el principio de supremacía de la realidad sobre las formas, y la condición más beneficiosa de los trabajadores. Finalmente, se advierte que el límite de 25 salarios mínimos como IBC para realizar los aportes al sistema pensional, que no existe de manera general en la legislación, es una medida que no podía ser adoptada en el marco de la emergencia económica y social, por cuanto no atiende al objetivo de aliviar las cargas prestacionales de los empleadores, en tanto los aportes sobre el excedente de los 25 SMLMV es asumido por el afiliado.

22. Ahora, desde la perspectiva del sistema pensional como tal, los intervinientes argumentan que el Decreto 558 de 2020 también resulta lesivo de los principios constitucionales en función de los que se estructura la seguridad social, particularmente del principio de sostenibilidad. De una parte, el fondo común de vejez que maneja Colpensiones deja de recibir los aportes con los que se financian las mesadas pensionales actuales, por lo que, en últimas, ese vacío deberá ser asumido por el propio Estado, entregando recursos públicos que deberían tener otra vocación. Por lo demás, como según lo establece el artículo 5 de dicha normativa, el tiempo transcurrido entre abril y mayo de 2020 debe ser reconocido para acceder a la garantía de pensión mínima en el RAIS y a la pensión de vejez de un salario mínimo en el RPM, a pesar de que no se efectuaron los aportes respectivos, es claro que la medida también impacta negativamente el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y el Fondo Común de Vejez de Colpensiones, debiendo el Estado asumir la desfinanciación producida por la medida gubernamental.

23. En relación con la eficacia del alivio prestacional, y, por esa vía, el tipo de vínculo de la

medida con la crisis que originó la emergencia económica y social, afirman algunos ciudadanos que participaron en el proceso que la intervención del Ejecutivo en el sistema pensional fue justificada con el argumento de que, al haberse adoptado las medidas de confinamiento para contender la pandemia, se produjo una afectación generalizada en la producción y el consumo que ha hecho insostenible, o que al menos dificulta, el mantenimiento de la nómina de los empleadores, y que, además, limita los recursos a disposición de los trabajadores para satisfacer sus necesidades vitales básicas. Entonces, con el propósito de aliviar las cargas prestacionales, y de contribuir por esa vía al mantenimiento del empleo, se habría dispuesto la disminución en los aportes al sistema general de pensiones.

24. Empero, la medida no tendría la virtualidad de contribuir a dicho propósito gubernamental. Según advirtieron varios intervinientes, el diseño mismo de la disposición no ofrece ninguna garantía en este sentido, ya que el otorgamiento del alivio no está condicionado al mantenimiento de los respectivos puestos de trabajo. Así las cosas, podría ocurrir que el trabajador sea perjudicado por la reducción en la cotización al sistema pensional, y que, posteriormente, sea despedido. Y más allá de que el Decreto 558 de 2020 no haya establecido el condicionamiento señalado, en cualquier caso el alivio allí previsto resulta insuficiente desde el punto de vista económico, como para constituir un verdadero incentivo para el mantenimiento del empleo del país en el actual escenario de crisis. De esta suerte, no hay garantías de que las cargas asumidas por los trabajadores al ver desmejorada su situación pensional, tenga como contrapartida el mantenimiento de los puestos de trabajo. Y, como al mismo tiempo la alteración temporal del régimen pensional se justificó sobre la base de que la modificación sería funcional al objetivo de contener la crisis económica y social que dio lugar a la emergencia, el mecanismo sería inconstitucional por no satisfacer los juicios de conexidad interna y externa, necesidad y finalidad.

25. Finalmente, los intervinientes cuestionan la distribución de cargas económicas asumidas por los actores del sistema pensional: los empleadores, los trabajadores y los administradores de los fondos de pensiones de vejez. A su juicio, la medida beneficia

directamente a los empleadores porque disminuye sus cargas prestacionales, mantiene las muy significativas cuotas de administración en favor de las AFP y de Colpensiones, y, en cambio, el trabajador asume todo el peso por el beneficio otorgado al empleador, sin tener ninguna certidumbre sobre su estabilidad en el trabajo. Así pues, el modelo económico que subyace genera unas asimetrías y desequilibrios que son insostenibles desde la perspectiva de la equidad.

c. Intervenciones sobre el mecanismo especial de pago de las mesadas de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado (Anexo No. 2)

Intervenciones que defienden la constitucionalidad del mecanismo especial de pago9

26. La Presidencia de la República, Colpensiones, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el ciudadano Juan Carlos Esguerra Portocarrero estiman que el mecanismo especial de pago de las mesadas de los pensionados con un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado, se enmarca dentro de las potestades que le fueron conferidas al Ejecutivo en el marco del estado de emergencia económica y social, y que, desde el punto de vista sustantivo, la medida garantiza los derechos de los sujetos objeto del traslado, y preserva la funcionalidad del sistema pensional.

27. Con respecto a las potestades del Gobierno nacional para disponer el traslado pensional, se argumenta que este mecanismo apunta específicamente a hacer frente a una problemática propia del estado de emergencia económica y social, y que, por tanto, podía ser ordenado en el marco del respectivo estado de excepción.

28. En efecto, en el contexto de la crisis sanitaria y económica desatada por la aparición de

la pandemia, se produjo un comportamiento atípico en los mercados financieros en los que se invierten los recursos de los cotizantes y de los afiliados en fase de desacumulación. Aunque este fenómeno impacta negativamente a todo el sistema pensional, la afectación resulta particularmente grave para los pensionados con un salario mínimo en la modalidad de retiro programado, ya que, primero, en esta modalidad los pensionados asumen el riesgo de desfinanciación de las mesadas, y, segundo, dado el bajo monto de las mesadas, se corre el riesgo de no poder recibir al menos un salario mínimo mensual.

29. Y, aunque en principio las AFP deben efectuar periódicamente el control de saldos de las respectivas cuentas de ahorro, y trasladar a los pensionados a la modalidad de renta vitalicia cuando su capital se torna insuficiente para financiar mesadas de un salario mínimo, en el actual escenario esto no es viable, debido no solo a que el mercado es de por sí escaso, sino también a que bajo las actuales condiciones de crisis y de reducción de las tasas de interés, la oferta es, en términos prácticos, nula. Tampoco es factible la utilización de los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ya que bajo el actual diseño legal, este sirve para financiar las pensiones de quienes lograron cotizar durante 1150 semanas y han cumplido con la edad de pensionamiento pero cuyo capital es insuficiente para financiar una pensión de un salario mínimo, más no para financiar las mesadas de quienes se pensionaron bajo la modalidad de renta vitalicia, y durante la fase de desacumulación sufrieron la descapitalización de sus cuentas.

30. En este contexto, el Gobierno se habría enfrentado a una disyuntiva, teniendo que elegir entre exponer a los pensionados al riesgo de perder sus mesadas por un salario mínimo, e intervenir en el sistema para idear y poner en marcha un mecanismo alternativo que asegure las prestaciones económicas a todos los pensionados. Precisamente, el Decreto 558 de 2020 sería la respuesta a esta problemática, ordenando el traslado a Colpensiones de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado con un salario mínimo.

31. Así las cosas, en la medida en que el mecanismo especial de pago previsto en la

normativa objeto de revisión constituye la respuesta del Estado a una contingencia derivada directa y específicamente de la crisis económica que dio lugar al estado de emergencia económica y social, el Ejecutivo contaba con todas las facultades para intervenir el sistema pensional en los términos establecidos en el Decreto 558 de 2020.

32. Asimismo, el mecanismo especial de pago tendría la virtualidad de garantizar los derechos de los afiliados, y de preservar la funcionalidad del sistema pensional, tal como se explica a continuación:

(i) Desde la perspectiva de los pensionados objeto del traslado, la medida gubernamental apunta a garantizar el pago de mesadas pensionales por valor de un salario mínimo, pago que, en el escenario ordinario, no se encontraba asegurado por la descapitalización de las cuentas de ahorro, y la inviabilidad de la contratación de rentas vitalicias con las entidades aseguradoras. Tampoco se desconoce la libertad de elección de los afiliados al sistema pensional, pues, aunque los pensionados bajo la modalidad de retiro programado deben ser trasladados a Colpensiones, debe tenerse en cuenta que, previamente al pensionamiento, los afiliados consienten expresamente en ser transferidos a la modalidad de renta vitalicia en caso de materializarse el riesgo de descapitalización de su cuenta de ahorro, que es precisamente lo que se dispone en el Decreto 558 de 2020.

(ii) Desde la perspectiva del sistema pensional, el mecanismo mantiene tanto su funcionalidad, como el delicado equilibrio de cargas y responsabilidades entre los actores que lo integran. Lo anterior, por la confluencia de las siguientes circunstancias: a) aunque los pensionados son transferidos a Colpensiones y esta entidad asume el rol de pagadora, en modo alguno lo anterior implica trasladar las responsabilidades económicas al fondo público de pensiones, pues las AFP deben entregar a Colpensiones no solo los activos correspondientes a las cuentas de ahorro individual, sino el valor adicional que resulte necesario para financiar el pago de las mesadas bajo la modalidad de renta vitalicia, y, además, deben asumir todos los gastos adicionales distintos al pago de las mesadas, como

los que resulten de las reliquidaciones de las pensiones por vía judicial, el pago de retroactivos o los originados en el litigio judicial. b) Por la razón anterior, tampoco es cierto que la medida implicará que el Estado asuma la carga prestacional de los pensionados trasladados y que hacia el futuro deba hacer entrega de cuantiosos subsidios para financiar las mesadas, pues la responsabilidad económica es asumida integralmente por las AFP. c) De igual modo, Colpensiones recibe la cuota de administración por las cargas que asume en el manejo de los recursos pensionales y en el pago de las mesadas. d) La entidad tiene el perfil, la trayectoria, la capacidad y las condiciones para asumir esta nueva responsabilidad, ya que, precisamente, su objeto consiste en administrar el fondo común de vejez y en pagar las mesadas en el régimen de prima media, en los mismos términos en que se pagan las rentas vitalicias. e) El número de personas que probablemente serán objeto del mecanismo especial no es significativo para el tamaño de Colpensiones, pues únicamente representarán el 1,39% del total de pensionados, por lo que la entidad no se verá avocada a realizar un reajuste institucional integral para atender esta nueva responsabilidad, sino únicamente ajustes puntuales y accesorios que no alteran su normal funcionamiento.

Intervenciones que controvierten la constitucionalidad del mecanismo especial de pago10

34. La mayor parte de los intervinientes, empero, formularon distintos reparos al Decreto 558 de 2020, tal como pasa a explicarse a continuación. En general, se plantearon objeciones relacionadas, primero, con la incompetencia del Gobierno nacional para una medida semejante en el marco del estado de emergencia económica y social; segundo, con el desconocimiento de los procedimientos de deliberación y concertación que exigía una transformación del sistema pensional. Finalmente, con la violación de los principios sustantivos que estructuran el sistema de seguridad social, así como el desconocimiento de los derechos de los afiliados al sistema pensional.

35. En relación con el primer tipo de reparos, diferentes intervinientes argumentan que el traslado a Colpensiones de pensionados del RAIS bajo la modalidad de retiro programado, no podía ser dispuesto por el Gobierno en el marco del estado de excepción. Expresan varias razones:

(i) En primer lugar, el Gobierno nacional dispuso la transferencia masiva de pensionados a Colpensiones en función de dos supuestos fácticos que, en realidad, corresponden a conjeturas y a proyecciones infundadas sobre la situación del sistema pensional, más que a hechos ciertos, concretos y documentados. Por ello, al decaer el fundamento fáctico de la intervención gubernamental en el sistema pensional, desaparece también su competencia para introducir cambios sustantivos y de gran envergadura en el sistema de seguridad social.

En efecto, el Gobierno adujo que la intervención resultaba imprescindible en la actual coyuntura, debido al riesgo inminente de descapitalización de las cuentas de ahorro de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, y a la caída en la oferta en el mercado asegurador. Por un lado, la volatilidad en los mercados financieros habría impactado negativamente la rentabilidad de las cuentas de ahorros de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado con un salario mínimo, hasta el punto de que, como en principio estos asumen los riesgos asociados a la pérdida de rentabilidad de los recursos de las cuentas de ahorro, la financiación de sus mesadas se encontraría gravemente comprometida. Por otro lado, aunque en principio en hipótesis como estas los pensionados deben migrar a la modalidad de renta vitalicia a través de una compañía de seguros, las condiciones actuales del mercado asegurador harían inviable esta solución, de modo que, de no idearse una nueva alternativa, los pensionados están llamados a perder sus mesadas por un valor de un salario mínimo.

A juicio de los intervinientes, este escenario extremo esbozado por el Gobierno nacional corresponde a una hipótesis que no ha sido justificada y de la que no se ha dado cuenta en

términos cuantitativos y cualitativos. Primero, como los mercados financieros fluctúan permanentemente en función de múltiples variables, correspondía al Ejecutivo dimensionar la variación actual, y mostrar cómo y de qué manera esta desborda las proyecciones del comportamiento ordinario. Segundo, en la medida en que los recursos de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado son invertidas en portafolios de bajo riesgo, el Gobierno debía mostrar cómo la volatilidad en el mercado financiero constituye una amenaza actual, cierta, concreta y grave para las referidas cuentas de ahorro, y cómo en la actual coyuntura los recursos de los pensionados bajo la modalidad de renta vitalicia con un salario mínimo, ahora resultan insuficientes para asegurar el pago de sus mesadas hacia el futuro. Y, tercero, como según la legislación los pensionados que están expuestos al riesgo inminente de no poder financiar mesadas de un salario mínimo deben ser trasladados a la modalidad de renta vitalicia a través del mercado asegurador, el Gobierno debía ofrecer una explicación ulterior que diera cuenta de la inviabilidad de la solución legal.

Sin embargo, no solo el Gobierno nacional no ofreció ninguna explicación sobre ninguno de estos fenómenos, sino que, además, no existen evidencias del escenario extremo descrito. Por el contrario, aunque durante el mes de marzo la volatilidad en los mercados financieros se reflejó en los portafolios de inversión, la circunstancia anterior no deviene necesariamente en una pérdida definitiva de la rentabilidad, pues ello ocurre únicamente si se procede inmediatamente a la liquidación del portafolio, siendo la pérdida en los demás casos un efecto meramente contable. De igual modo, la descapitalización se convierte en un hecho real de mantenerse indefinidamente la volatilidad en los mercados, fenómeno que desapareció rápidamente, en el mismo mes de abril de 2020.

Desde esta perspectiva, las medidas gubernamentales se habrían fundado en un discurso especulativo que sobredimensionó el comportamiento negativo de los mercados financieros y su impacto en el sistema pensional, y que prescindió de un análisis objetivo de la realidad y de una perspectiva histórica que incorpore a las proyecciones económicas las dinámicas naturales de las cuentas de ahorro en el régimen de ahorro individual.

(ii) En segundo lugar, se argumenta que, independientemente de la ocurrencia real o meramente supuesta de los hechos alegados por el Gobierno nacional como fundamento del Decreto 558 de 2020, asociados a la descapitalización de las cuentas de ahorro pensional y a la caída abrupta en la oferta de rentas vitalicias en el mercado asegurador, se trata de fenómenos que están desvinculados de la crisis que originó el estado de emergencia económica y social, y que, por tanto, no podían ser tratados en el marco de dicho mecanismo.

En efecto, tanto las fluctuaciones en el mercado financiero y su impacto potencial en la rentabilidad de las cuentas de ahorro de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado, como el deterioro progresivo en la oferta de rentas vitalicias, son fenómenos independientes y que desbordan la crisis sanitaria y económica que originó el estado de emergencia económica y social decretado por el Gobierno nacional. Las variaciones en la rentabilidad de los portafolios de inversión son permanentes, y, aunque en el mes de marzo la volatilidad se pudo haber incrementado de manera significativa, no existen evidencias de que, con una perspectiva de largo plazo, este fenómeno fuera extraño y ajeno al comportamiento histórico del mercado financiero. Y, con respecto a las dificultades para contratar rentas vitalicias en escenarios de descapitalización, el Gobierno mismo sostuvo que se trata de una problemática de vieja data, producida por factores ajenos a la actual crisis económica y sanitaria como el riesgo de deslizamiento, los riesgos judiciales o la disminución de las tasas de interés; es decir, aunque la caída en la oferta pudo haberse profundizado y acentuado durante la crisis sanitaria y económica actual, el problema de base es anterior e independiente a esta última.

En este orden de ideas, en la medida en que la orden de traslado de pensionados atiende a una problemática de orden estructural y a fisuras del sistema que no se originan específicamente en la crisis que dio lugar al estado de excepción, el Ejecutivo no se encontraba habilitado para intervenir el sistema pensional apelando a los instrumentos del estado de emergencia económica y social.

(iii) Finalmente, los intervinientes llaman la atención sobre la existencia de una amplia gama de instrumentos previstos en el ordenamiento jurídico para hacer frente al fenómeno de descapitalización de las cuentas de ahorro, y para garantizar el pago de las mesadas pensionales, al menos por un salario mínimo.

Asofondos afirma que el sistema jurídico contempla un sistema completo y articulado de protección a los ahorros de los afiliados, que incluye, por ejemplo, la separación patrimonial de las AFP de las cuentas de ahorro individuales, la garantía estatal de las cuentas en los términos del artículo 48 de la Carta Política, el régimen de inversión según perfiles de riesgo en los términos del Decreto 2555 de 2010, el esquema de diversificación de los portafolios de inversión para garantizar una relación óptima entre riesgos y rentabilidades, la Reserva de Estabilización de Rendimientos o Encaje que, según el Decreto 2555 de 2010, corresponde al 1% del valor de cada fondo, la Garantía de Rentabilidad Mínima conforme al perfil de riesgo del respectivo fondo y el comportamiento del mercado, la supervisión permanente de la Superintendencia Financiera en aspectos como el cumplimiento del régimen de inversión de rentabilidad mínima, de reserva de estabilización, seguimiento a políticas de inversión y evaluación de riesgo en la gestión de inversiones, la relación de solvencia exigida a las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías, la póliza global bancaria en los términos del Decreto 656 de 1994, y el Fondo de Garantía de Pensión Mínima para las personas que habiendo cotizado durante 1150 semanas y cumplido la edad de jubilación no alcanzan a financiar por sí mismas la pensión, pero cuyo espectro podría extenderse a las hipótesis de desfinanciación de las cuentas de ahorro individual en la fase de desacumulación.

Asimismo, varios intervinientes afirman que el ordenamiento jurídico no solo contempla distintos mecanismos para evitar la descapitalización de las cuentas de ahorro, sino que también prevé la hipótesis que ahora pretende enfrentar el Gobierno nacional mediante el Decreto 558 de 2020, ya que las AFP deben realizar un monitoreo permanente de las cuentas de ahorro de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado en los términos del Decreto 832 de 1996, para que, en caso de que los recursos dejen de ser suficientes para

financiar las mesadas por factores como la extralongevidad o la volatilidad de los mercados, se proceda al traslado del afiliado a la modalidad de renta vitalicia, a través de las aseguradoras, en los términos del artículo 81 de la Ley 100 de 1993 y de la normatividad concordante.

Y aunque el Gobierno argumenta que el mercado de las rentas vitalicias es escaso y que en la actual coyuntura esta insuficiencia se ha profundizado, este planteamiento es improcedente, ya que al momento del pensionamiento el beneficiario debe diligenciar la garantía de aseguramiento exigida en el Decreto 832 de 1996, con la cual las aseguradoras se comprometen a otorgar la renta vitalicia en el momento en que se produce la desfinanciación de la respectiva cuenta de ahorro. Así pues, o las aseguradoras han venido incumpliendo las promesas de cobertura, o las AFP fallaron al permitir que los afiliados se pensionaran bajo la modalidad de retiro programado sin haber suscrito la documentación relativa a su aceptación de la promesa de cobertura de renta vitalicia. Adicionalmente, el ordenamiento jurídico cuenta con distintos instrumentos para garantizar la viabilidad económica del mercado de las rentas vitalicias, actualizando la metodología para calcular las mesadas según la expectativa de vida de los colombianos y según las demás variables que afectan el capital pensional, y considerando el riesgo de deslizamiento cuando se presenten diferencias entre la variación anual del IPC y el incremento en el salario mínimo, tal como consta en las resoluciones 3099 de 2015 y 3023 de 2017 del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Existiendo todas estas herramientas diseñadas para enfrentar contingencias como las que se presentan actualmente, correspondía al Gobierno demostrar que todo este esquema es inadecuado o insuficiente para garantizar el pago de las mesadas de los pensionados con un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado. Esta explicación no solo no fue proporcionada, sino que, además, tampoco existen elementos de juicio que permitan adherirse a tal suposición, por lo que, el Ejecutivo no se encontraba habilitado para hacer uso de las facultades normativas propias del Congreso para intervenir el sistema pensional.

En este orden de ideas, el Ejecutivo carecía de la competencia para expedir el Decreto 558 de 2020 en el marco del estado de emergencia económica y social. Al haberlo hecho con fundamento en un estado de excepción, las medidas debían tener por objeto exclusivo conjurar la crisis que dio lugar al estado de excepción. En este caso, sin embargo, el Gobierno intervino el sistema pensional para atender problemáticas cuya existencia y gravedad es incierta, y que en todo caso no se originan en la crisis sanitaria y económica que motivó el estado de excepción, y que, además, en principio podían ser afrontadas mediante distintos instrumentos económicos y jurídicos de cuya insuficiencia, ineptitud o ineficacia no se dio cuenta.

36. El segundo grupo de señalamientos de los intervinientes apunta a poner de presente el desconocimiento de los mecanismos democráticos de deliberación y de concertación exigidos por la Carta Política para introducir medidas que, como la analizada, tienen un impacto profundo en la operatividad de los sistemas de seguridad social, y en el ejercicio de los derechos sociales. A su juicio, el Gobierno ha debido, primero, someter esta iniciativa a consideración de la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Laborales y Salariales, en consonancia con las directrices del artículo 56 de la Carta Política y, segundo, poner el proyecto en conocimiento de la ciudadanía y someterlo al escrutinio público a través de los mecanismos de deliberación, para garantizar los principios de participación ciudadana, transparencia y publicidad y, en general, el derecho al debido proceso. En contraste, el Ejecutivo aprovechó los instrumentos del estado de emergencia económica y social para imponer unilateralmente medidas de gran calado que trastocan el sistema pensional, omitiendo la discusión pública sobre asuntos que naturalmente deben ser objeto del más amplio debate democrático.

37. Finalmente, los intervinientes cuestionan el contenido de las medidas adoptadas, argumentando que estas impactan negativamente tanto el sistema pensional, como los derechos de los cotizantes y pensionados, desde distintas perspectivas.

(i) La primera línea de críticas apunta a cuestionar la funcionalidad del traslado de los pensionados con un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado a Colpensiones. Dentro de esta aproximación, sin embargo, se encuentran dos posturas distintas que asignan al modelo acogido en el Decreto 558 de 2020 un alcance distinto.

– La mayor parte de los intervinientes sostiene que a pesar de que según el Decreto 558 de 2020 el mecanismo apunta a beneficiar a los pensionados, garantizando el pago de sus mesadas en un escenario en el que sus cuentas de ahorro atraviesan el riesgo de descapitalización, en realidad, la medida se estructuró en beneficio de las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías.

Ello es así porque según la legislación, las AFP deben efectuar permanentemente un control de saldos de las cuentas de ahorro para que, en caso de que se evidencie su insuficiencia para financiar las mesadas por al menos un salario mínimo, los pensionados sean trasladados a la modalidad de renta vitalicia a través de una compañía aseguradora; de este modo, aun cuando en principio los pensionados bajo este esquema asumen el riesgo de descapitalización de su cuenta, cuando su cuenta llega a un punto crítico, deben migrar a la modalidad de renta vitalicia a través de una aseguradora que el propio pensionado ha designado previamente. Siendo esto así, no se advierte ninguna ganancia para los pensionados, porque legalmente tienen garantizado el pago de una mesada de un salario mínimo, bien sea a través de las AFP y con cargo a su cuenta de ahorro, o bien sea a través de las aseguradoras cuando son trasladados al régimen de renta vitalicia.

Desde este punto de vista, es claro que la medida apunta a beneficiar a las AFP, al liberarlas de las cargas económicas que les corresponde asumir cuando no garantizan el pago de un salario mínimo a los pensionados que tienen a su cargo. De hecho, las AFP son responsables cuando la gestión de los recursos pensionales es inadecuada, cuando no efectúan el control de saldos a que están obligados, o cuando omiten el traslado oportuno al régimen de renta vitalicia. Aun cuando en todas estas hipótesis las AFP deben garantizar el pago de una

mesada equivalente a un salario mínimo según la legislación, el Decreto 558 de 2020 dispuso que estas entidades se liberan de sus cargas y responsabilidades económicas entregando a Colpensiones el valor de las cuentas de ahorro de los pensionados objeto del traslado, independientemente de que este sea suficiente para garantizar el pago de las mesadas hacia el futuro. Bajo este modelo, entonces, las mencionadas entidades hacen entrega de los ahorros de los pensionados y no se hacen responsables de su gestión, y trasladan los riesgos que han debido asumir a Colpensiones y, en últimas, al propio Estado.

– Empero, otros intervinientes argumentan que la falencia del Decreto 558 de 2020 no consiste en trasladar las cargas y las responsabilidades económicas al sistema público pensional, pues de hecho estas se mantienen en cabeza de las AFP, sino en que se introdujo un mero cambio de pagador que operativamente puede ser muy desgastante, pero que, desde el punto de vista sustantivo, no hace frente a ninguna de las dificultades que se generan con la descapitalización de las cuentas de ahorro de los pensionados ni con la escasa oferta de rentas vitalicias en el mercado asegurador. Dentro de esta aproximación, entonces, se cuestiona el hecho de que el esquema especial de pago no obedezca a una lógica ni a una funcionalidad clara.

En efecto, según la Ley 100 de 1993 y la normativa concordante, las AFP deben invertir los recursos de los pensionados según su perfil de riesgo, efectuar permanentemente un monitoreo de los ahorros durante la fase de desacumulación, y trasladar oportunamente al régimen de renta vitalicia, a través de las aseguradoras, a quienes estén en riesgo de no poder seguir financiando una pensión de un salario mínimo. De materializarse este riesgo como consecuencia del desconocimiento de estos deberes en cabeza de las AFP, estas deben responder con su propio patrimonio y garantizar el pago de las mesadas.

Desde esta perspectiva, resulta inexplicable el sentido y la utilidad de la medida legislativa,

pues el Decreto 558 mantiene intacto el riesgo de descapitalización en escenarios de alta volatilidad y el esquema de cargas y responsabilidades en cabeza de las AFP, limitándose a disponer un cambio de pagador. La deficiencia anterior se hace más patente si se tiene en cuenta que bajo el modelo ideado por el Gobierno nacional, las sociedades administradoras de Fondos de pensiones entregarán a Colpensiones los mismos títulos que según este han sido objeto de desvalorización, y cuyos rendimientos no varían por el solo cambio en el tenedor; es decir, la rentabilidad negativa de los títulos en que están invertidos los ahorros de los pensionados en un escenario de alta volatilidad, es la misma que tendrá Colpensiones con los títulos que recibirá de las AFP, de mantenerse las condiciones del mercado financiero.

En ese orden, el modelo gubernamental no representa para el pensionado ninguna ventaja adicional a la que ya tenía bajo las condiciones legales ordinarias, tampoco libera a las AFP de sus cargas y responsabilidades legales y, en cambio, sí genera traumatismos importantes en el sistema pensional por el traslado masivo de pensionados y el cambio de pagador que, tal como se explicó, no contrarresta en modo alguno el riesgo de descapitalización de las cuentas de ahorro ni solventa los problemas en el mercado de rentas vitalicias.

Como puede advertirse, aunque entre los intervinientes se presentan profundas discrepancias sobre el alcance del mecanismo especial de pago, todos coinciden en que este no representa para los pensionados comprendidos por la medida una ventaja o un beneficio concreto e individualizable.

(ii) Otra línea de críticas, que ya no se concentran en el análisis constitucional de la funcionalidad del esquema gubernamental, controvierten la validez de los instrumentos empleados en el Decreto 558 de 2020, concluyendo que tal como fue concebido el traslado de pensionados a Colpensiones, se terminan por vulnerar los derechos sociales de estos últimos, y en general de todos los afiliados, así como los principios fundamentales con arreglo a los que se estructuró el sistema de salud. En particular, se formulan los siguientes

señalamientos:

– Dado que el fundamento de la medida gubernamental es el comportamiento atípico de los mercados financieros que se traduce en una descapitalización de las cuentas de ahorro, y dado que este fenómeno afecta a todos los afiliados y no solo a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado con un salario mínimo, la protección del Decreto 558 de 2020 resulta discriminatoria.

Con respecto a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que devengan más de un salario mínimo, los intervinientes argumentan que la diferenciación en función del rango de ingresos, carece de justificación. Primero, la sola circunstancia de devengar un salario mínimo no se traduce necesariamente en un mayor grado de vulnerabilidad económica, pues ello depende de distintos factores, como el número, condición jurídica y edad de las personas que dependen de la mesada, o el estado de salud del pensionado. Asimismo, el fundamento del mecanismo de protección no es el deber del Estado de proveer a todos las personas un salario mínimo, sino el de garantizar que el ahorro conseguido a lo largo de toda la vida productiva se mantenga durante la fase de desacumulación. Desde esta perspectiva, resulta constitucionalmente inadmisible que del universo de pensionados que están expuestos al riesgo de descapitalización de sus cuentas de ahorros en un escenario crítico como el actual, solo algunos de ellos sean destinatarios de la medida de protección estatal, y que solo para ellos se diseñe un dispositivo especial para mantener el valor de las mesadas.

Por razones semejantes, se argumenta que carece de justificación que la protección estatal no se haya extendido a los cotizantes al régimen de ahorro individual, cuyos esfuerzos financieros se verán menguados por la volatilidad de los mercados financieros, con el agravante de que en estos casos los recursos son invertidos en portafolios de mayor riesgo.

Así pues, la medida gubernamental sería vulneratoria del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación.

– Adicionalmente, se llama la atención sobre la afectación de los derechos de los pensionados que son objeto del traslado, pues a pesar de que el Gobierno nacional sostuvo que se trataba de una medida de salvamento en su favor, en realidad el mecanismo especial de pago no solo no les reporta el beneficio alegado, sino que, además, se afectan sus derechos prestacionales.

Sin haberse materializado la descapitalización de las cuentas de ahorro ni el riesgo de los pensionados de recibir una mesada inferior a un salario mínimo, estos sujetos son trasladados unilateralmente y de manera inconsulta a Colpensiones, prescindiendo de su voluntad, y, por ende, de su derecho a elegir el régimen pensional y la entidad que realiza el pago de las mesadas. No se trata de un asunto menor, ya que, al ser trasladados sus ahorros al fondo común de vejez de Colpensiones bajo las reglas del régimen de prima media, la propiedad sobre los ahorros pensionales desaparece y, con ello, la posibilidad de disponer y de transmitir por causa de muerte los derechos sobre los saldos de dicha cuenta. Lo anterior tiene el agravante de que el traslado es irreversible, de modo que los pensionados pierden definitivamente los beneficios del régimen de ahorro individual.

(iii) Otra línea de críticas, más allá de la afectación de los derechos prestacionales de los afiliados, señala que el mecanismo especial de pago trastoca la lógica del sistema pensional colombiano y desconoce los principios constitucionales con arreglo a los que fue configurado. Lo anterior, porque la idea de trasladar a personas que obtuvieron su pensión bajo las reglas del régimen de ahorro individual, en el que cada individuo construye con sus propios recursos su pensión, a un fondo público común estructurado bajo una lógica distinta, desconfigura integralmente el sistema pensional.

Según advierten algunos intervinientes, la medida profundiza gravemente las asimetrías que existen actualmente entre las cargas y beneficios que tienen Colpensiones y las AFP. Actualmente, el RAIS cuenta con el mayor número de cotizantes activos que contrasta con el muy bajo número de pensionados, la mayor parte con mesadas particularmente bajas, mientras que Colpensiones tiene la mayor carga prestacional por contar con el mayor de número de pensionados, muchos de ellos con altas mesadas, mientras que actualmente sus cotizantes activos son relativamente bajos. Para el 2010, los afiliados activos de Colpensiones eran 2.160.000, recaudó 4 billones de pesos de sus cotizantes activos y entregó 12.6 billones de pesos en mesadas pensionales; en contraste, en ese mismo año las AFP tenían 5.000.000 de afiliados activos, recaudó 8.8 billones de pesos de sus cotizantes activos y entregó 327.000.000 millones. Para el año 2019, los cotizantes activos de los fondos privados de pensiones eran 16.462.821, frente a los 6.680.364 de Colpensiones, mientras que esta última entidad tiene a su cargo el 92% de los pensionados.

En ese orden, el Decreto 558 de 2020 no hace sino profundizar ese desequilibrio, liberando a las AFP de sus cargas prestacionales y trasladándolas al fondo público de vejez. Y como los recursos transferidos a Colpensiones son insuficientes para financiar el pago de las mesadas, la medida contribuirá a descapitalizar el fondo común de vejez con el que se financia el pago de las pensiones de vejez de las personas afiliadas al régimen de prima media y, en últimas, será el Estado el que, a través de costosos subsidios, termine por asumir la carga prestacional de personas que por estar afiliados al régimen de ahorro individual, estaban llamadas a construir por sí solas su pensión.

C. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN

38. Mediante escrito presentado el 18 de junio de 2020, el Procurador General de la Nación solicitó a este tribunal declarar la inexequibilidad del Decreto 558 de 2020. A su juicio, aunque la normativa cumple los requisitos formales, no ocurre lo propio con las exigencias competenciales y sustantivas, tal como pasa a explicarse a continuación.

39. En relación con el cumplimiento de los requisitos formales, la vista fiscal sostiene que el Decreto 558 de 2020 fue suscrito por el presidente y todos sus ministros, que fue expedido durante la vigencia del estado de emergencia decretado por el Gobierno nacional el 17 de marzo de 2020 durante treinta días, y que contiene una motivación que da cuenta de la necesidad y de la pertinencia de las medidas para conjurar la actual crisis.

40. No obstante ello, las medidas adoptadas por el Gobierno nacional, tanto las relativas a la disminución de los aportes al sistema pensional durante los meses de abril y mayo de 2020, como las relativas al traslado de pensionados bajo la modalidad de retiro programado a Colpensiones, adolecen de algunos vicios de orden competencial y sustantivo.

41. En relación con la facultad otorgada a los empleadores y trabajadores independientes para efectuar transitoriamente el pago parcial de los aportes al sistema pensional, el Procurador argumenta que aunque la medida guarda relación con los hechos que dieron lugar al estado de emergencia económica y social, ya que las órdenes de aislamiento generaron una parálisis en la actividad productiva que dificulta el mantenimiento de la nómina, de suerte que la flexibilización prevista en el Decreto 558 de 2020 constituye un alivio financiero, en todo caso la disposición gubernamental afecta el núcleo esencial de derechos intangibles, al menos desde tres perspectivas.

(i) En efecto, si bien el mecanismo pretende dotar a los empleadores de la liquidez necesaria para mantener el nivel de empleo aliviando las cargas laborales, los trabajadores resultan perjudicados porque a pesar de haber laborado durante el lapso previsto en la norma impugnada, este no se contabiliza para efectos pensionales. Lo anterior, a su turno, puede convertirse en un obstáculo para acceder a la pensión de vejez, y disminuye el promedio del ingreso base de liquidación. Con ello, la carga por el alivio otorgado a los empleadores es asumida integralmente por los trabajadores, y ni siquiera se comparte con los

administradores de los fondos.

– En el RAIS, las personas que cotizan sobre un salario mínimo tendrán una pérdida en su capital de $6.357.267 al momento del retiro, cuando, precisamente, con este capital se financian las mesadas. Todo lo anterior se traduce en que los afiliados pueden llegar a no cumplir los requisitos para la pensión, o pueden llegar a recibir mesadas de menor cuantía.

– En el caso de los afiliados a Colpensiones la situación es particularmente gravosa, pues la reducción de los aportes implica una disminución en los ingresos del fondo común de vejez, y aunque se tienen en cuenta las semanas necesarias para pensionarse con un salario mínimo, las mismas no se contabilizan cuando se pretende cotizar por encima de las 1300 semanas requeridas para acceder a una tasa de remplazo mayor en el monto de la pensión si el aporte es superior al salario mínimo, “lo que afectaría el IBL de aquellos trabajadores que tienen un número superior de semanas de las de garantía de pensión mínima”.

En últimas, la norma establece una renuncia tácita en materia pensional que desconoce el derecho a la pensión, el principio de irrenunciabilidad, la primacía de la realidad sobre las formas y de la condición más beneficiosa.

(ii) Desde la perspectiva del derecho a la igualdad, la norma resulta igualmente problemática porque el artículo 5 del Decreto 558 solo reconoce las semanas laboradas para efectos pensionales a quienes pretenden acceder a una pensión de un salario mínimo, dejando a los demás afiliados en una situación de desprotección, y provocando una desmejora en su situación laboral. Se trata entonces de un tratamiento discriminatorio que no se encuentra justificado en la normatividad analizada.

(iii) Finalmente, resulta inexplicable que el alivio se haya extendido a los empleadores del sector público, ya que las entidades que lo integran cuentan con un presupuesto con recursos garantizados desde el año anterior.

42. Con fundamento en las consideraciones descritas, el Procurador solicita a este tribunal declarar la inexequibilidad de las disposiciones del Decreto 558 de 2020 que facultan a los empleadores y a los trabajadores independientes para efectuar pagos parciales al sistema pensional durante los meses de abril y mayo de 2020.

43. En relación con las disposiciones que contemplan el mecanismo especial de pago de las mesadas de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que reciben una suma equivalente a un salario mínimo, el Procurador General señala cuatro tipos de falencias.

(i) En primer orden, argumenta que la medida gubernamental no guarda relación con la declaratoria del estado de emergencia. Según expresó el propio Gobierno en los considerandos del Decreto 558 de 2020, el mecanismo se adoptó por la posible descapitalización de las cuentas de ahorro pensionales administradas por las AFP, con ocasión de la crisis provocada por el COVID-19; a su juicio, la volatilidad en los mercados y la caída en los precios del petróleo generan un riesgo financiero que, de materializarse, podría afectar los recursos que integran las cuentas de ahorro pensionales, y hacer inviable el pago de las mesadas correspondientes a un salario mínimo.

Para el Procurador, esta línea explicativa es insuficiente y equívoca, ya que se basa en conjeturas sobre riesgos hipotéticos relacionados con una “posible descapitalización” que en modo alguno acredita la necesidad, urgencia e inmediatez que se requiere acreditar para utilizar los instrumentos de los estados de excepción. Sin existir evidencias sobre la insuficiencia de las cuentas de ahorro para financiar a corto, mediano y largo plazo el pago de las pensiones mínimas de retiro programado, el mecanismo especial previsto en el decreto carece de justificación. Por lo demás, el riesgo de desfinanciación es inherente al

modelo pensional, por lo que, las AFP deben asumirlo también en escenarios de crisis económicas, en lugar de trasladar la volatilidad del mercado al presupuesto nacional.

De hecho, el Ejecutivo no dio a conocer las notas técnicas ni las proyecciones financieras que acreditan la existencia de un riesgo cierto y concreto de descapitalización. Y, aunque durante el primer trimestre de 2020 se presentaron afectaciones financieras para las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones, la valoración de la sostenibilidad debe hacerse con una perspectiva de largo plazo, con proyecciones entre 25 y 30 años, de modo que la actual coyuntura no necesariamente será significativa en el largo plazo. En definitiva, entonces, aunque la volatilidad en los mercados financieros es un hecho cierto y alcanzó niveles preocupantes, no lo es la insuficiencia de las cuentas de ahorro pensional de cara al pago de las mesadas.

(ii) En segundo orden, argumenta que el ordenamiento jurídico contempla diferentes instrumentos para hacer frente al tipo de dificultades que se pretende encarar en el Decreto 558 de 2020, pues según el artículo 12 del Decreto 832 de 1996, las AFP deben controlar permanentemente el saldo de las cuentas de ahorro individual para que cuando estas se descapitalicen, se adquiera una póliza de renta vitalicia. Y si el saldo de la cuenta es insuficiente para dicha adquisición y este fenómeno es atribuible a la inactividad de la respectiva AFP, el diferencial debe ser asumido por esta última.

(iii) En tercer orden, afirma que en el Decreto 558 de 2020 se adoptaron medidas que exceden, incluso desde el punto de vista temporal, el marco del estado de emergencia. La autorización a Colpensiones para aumentar su capacidad operativa y para ajustar su esquema de funcionamiento al nuevo rol, por ejemplo, trasciende el estrecho y preciso marco temporal del estado de excepción, y se traducirá en “un importante impacto administrativo que tiene vocación de permanencia que […] excederá lo permitido por la Carta Política, omitiendo la necesidad de que las medidas normativas tomadas en estado de excepción sean las requeridas para alcanzar los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de

emergencia respectivo". En general, se trata de una medida de hondo calado social y económico, que trastoca las bases del sistema pensional, que no guarda una relación directa con la crisis que originó el estado de emergencia, que puede comprometer el futuro pensional de millones de colombianos, y que, por lo mismo, debía ser canalizada en otros escenarios que permitan el diálogo y la participación pública y abierta.

(iv) Finalmente, señala que el Decreto 558 de 2020 omite definir cuestiones de la mayor relevancia, pues no se establece el sistema para fijar el valor de los activos a trasladar, si previamente al traslado de pensionados se debe agotar el intento por obtener las pólizas de seguros, o si las pérdidas derivadas del esquema de valoración de activos deben ser asumidas por las AFP o por Colpensiones. Todos estos asuntos tienen gran impacto en el funcionamiento del sistema pensional, particularmente en materia de sostenibilidad.

44. Con fundamento en las anteriores consideraciones, el Procurador concluye que "los artículos que integran el capítulo II del Decreto 558 de 2020 no superan el juicio de conexidad material [...] porque no tiende a superar las causas de la declaratoria de emergencia ni a evitar la expansión de sus efectos, justamente por no comportar un hecho cierto", y que, por consiguiente, se debe declarar la inexequibilidad de dicho articulado.

45. El Procurador General concluye que, en la medida en que tanto la figura de la reducción en los aportes al sistema general de pensiones, como el mecanismo especial de pago de las mesadas para los pensionados bajo la modalidad de retiro programado a través de Colpensiones, son inconstitucionales, este tribunal debe declarar la inexequibilidad de las normas que crean dichos dispositivos, y de las normas complementarias contenidas en el Decreto 558 de 2020.

II. CONSIDERACIONES

A. Competencia

46. La Corte Constitucional es competente para decidir sobre la constitucionalidad del Decreto Legislativo 558 de 2020, con fundamento en el parágrafo del artículo 215 y el artículo 241-7 de la Constitución, por tratarse de un decreto legislativo dictado por el Gobierno nacional en desarrollo de las facultades propias del Estado de Emergencia declarado mediante el Decreto 417 de 2020.

B. Problema jurídico y metodología de la decisión

47. Corresponde a la Sala Plena determinar si las medidas adoptadas mediante el decreto legislativo objeto de control se encuentran ajustadas a la Constitución.

48. Para efectos de resolver el precitado problema se desarrollará la siguiente metodología: (i) se hará una breve caracterización general de los Estados de Emergencia, así como del fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos en desarrollo de dicho estado de excepción; (ii) se expondrá el contenido y alcance del decreto legislativo bajo estudio; y (iii) se decidirá sobre su constitucionalidad.

49. La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en numerosas oportunidades de precisar la naturaleza y alcance del Estado de Emergencia previsto en el artículo 215 de la Constitución. Igualmente ha precisado las fuentes, criterios y estándares que debe tomar en consideración a efectos de juzgar la constitucionalidad de los decretos legislativos que, en

desarrollo del Estado de Emergencia, dicta el presidente de la República. La Corte reitera en esta oportunidad los aspectos básicos del precedente sobre la materia con el propósito de aplicarlos al control de constitucional del Decreto Legislativo 541 de 2020 objeto de revisión.

50. De conformidad con el artículo 215 de la Constitución, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, puede declarar el Estado de Emergencia cuando sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213, siempre que: (i) perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que (ii) constituyan grave calamidad pública.

51. Este tribunal ha señalado que "los acontecimientos, no solo deben tener una entidad propia de alcances e intensidad traumáticas, que logren conmocionar o trastrocar el orden económico, social o ecológico, lo cual caracteriza su gravedad, sino que, además, deben constituir una ocurrencia imprevista, y por ello diferentes a los que se producen regular y cotidianamente, esto es, sobrevinientes a las situaciones que normalmente se presentan en el discurrir de la actividad de la sociedad, en sus diferentes manifestaciones y a las cuales debe dar respuesta el Estado mediante la utilización de sus competencias normales"12. La calamidad pública ha sido definida por la Corte Constitucional como "una desgracia o infortunio que afecta intempestivamente a la sociedad o a un sector importante de ella…".

52. En tales términos, esta Corte ha reconocido que la calamidad pública puede tener una causa natural, como ha sucedido por cuenta de temblores o terremotos, avalanchas, desbordamientos de ríos, inundaciones, etc.; o puede tener una causa técnica como es el caso del cierre de una frontera internacional, o "accidentes mayores tecnológicos"13.

53. Desde la expedición de la Constitución, se ha declarado el Estado de Emergencia por distintas causas: i) la necesidad de reajustar las asignaciones básicas de los empleados

públicos14; ii) la crisis en el servicio público de energía eléctrica15; iii) desastres naturales16; iv) la revaluación del peso frente al dólar17; v) el deterioro de la situación de los establecimientos de crédito18; vi) las actividades relacionadas con el manejo, aprovechamiento e inversión de los recursos captados del público19; vii) los servicios públicos de la seguridad social y la atención en salud20; y, por último, viii) la situación fronteriza con Venezuela21.

54. El artículo 215 de la Constitución establece que la declaratoria del Estado de Emergencia sólo puede llevarse a cabo "por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario". A su vez, la misma disposición prevé que los decretos legislativos en el marco del Estado de Emergencia tendrán fuerza de ley y deberán ser (i) motivados; (ii) firmados por el presidente y todos los ministros; (iii) destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Igualmente (iv) deben referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia y (v) podrán, de forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes, los cuales dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente.

55. Dicha disposición señala que en el decreto que declare el Estado de Emergencia el presidente debe indicar el término durante el cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias y, así mismo, convocar al Congreso, si no se hallare reunido, para que lo haga dentro de los diez días siguientes al vencimiento de dicho término.

En relación con las competencias del Congreso en el marco de los estados de emergencia, el propio artículo 215 de la Constitución establece que (i) examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas; (ii) podrá derogar, modificar o adicionar, durante el año siguiente a la

declaratoria de la emergencia, los decretos legislativos que regulen materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno, o en cualquier tiempo los decretos relacionados con materias de iniciativa de sus miembros; y, (iii) se reunirá por derecho propio, si no fuere convocado por el Gobierno Nacional.

D. Fundamento y alcance del control judicial de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia22

a. Consideraciones generales

56. Los estados de excepción son respuestas, fundadas en la juridicidad, que impone la Carta Política ante situaciones graves y anormales que no pueden ser enfrentadas por el Estado a partir de sus competencias ordinarias. Sin embargo, una característica propia del Estado constitucional es que esa competencia no puede ser omnímoda ni arbitraria.

El ordenamiento superior impone una serie de requisitos y condiciones que deben cumplirse, tanto en los decretos legislativos que declaran el estado de excepción como en aquellos que prevén las medidas legales extraordinarias para hacer frente a la crisis, conocidos usualmente como decretos de desarrollo. Estos requisitos y condiciones son los que, a su vez, justifican la competencia de la Corte para verificar la compatibilidad de los decretos con el Texto Superior. Ello, bajo el entendido de que los estados de excepción son mecanismos extraordinarios, pero, en todo caso, sometidos a condiciones de validez impuestas por la Constitución.

57. La Corte ha indicado que los requisitos mencionados se encuentran en tres fuentes normativas concretas, todas ellas integradas al parámetro de constitucionalidad: (i) las

disposiciones de la Carta Política que regulan los estados de excepción (Arts. 212 a 215 C.P.); (ii) el desarrollo de esas reglas previstas en la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción -LEEE-; y (iii) las normas de derecho internacional de los derechos humanos que prevén tanto los requisitos de declaratoria como las garantías que no pueden ser suspendidas ni siquiera en situaciones excepcionales (derechos intangibles) (Arts. 93.1 y 214 C.P.).

La existencia de un régimen jurídico con sujeción al cual deben ejercerse las competencias que surgen de la declaratoria de un estado de excepción concretan el principio de legalidad que, como lo ha indicado este Tribunal (i) obliga a que el Gobierno actúe con sujeción a las normas nacionales que rigen los estados de excepción; y (ii) exige que las suspensiones extraordinarias de los derechos y libertades que tengan lugar en razón de la crisis no sean incompatibles con las obligaciones del Estado y, en particular, con aquellas derivadas del derecho internacional humanitario y del derecho internacional de los derechos humanos.

b. Criterios formales y materiales que rigen el control de constitucionalidad

58. La jurisprudencia de este Tribunal ha establecido que el control de constitucionalidad de los decretos expedidos al amparo del Estado de Emergencia tiene dos facetas: formal y material. Se trata de un detallado escrutinio que tiene por objeto asegurar que los límites previstos para el ejercicio de las facultades de excepción sean debidamente respetados por el Gobierno Nacional.

59. El examen formal del decreto exige verificar, en su orden, el cumplimiento de tres exigencias básicas: (i) su suscripción por el presidente de la República y todos sus ministros; (ii) su expedición en desarrollo del estado de excepción y dentro del término de su vigencia; y (iii) la suficiente motivación. Igualmente, en los casos en los cuales la declaratoria del estado de emergencia haya comprendido únicamente determinado ámbito territorial, debe examinarse que los decretos de desarrollo no lo excedan.

60. El examen material comprende el desarrollo de varios escrutinios que, como lo ha indicado la Corte, constituyen expresiones operativas de los principios que guían los estados de excepción.

61. El juicio de finalidad23 se encuentra previsto en el artículo 10 de la LEEE24. A la luz de este juicio, toda medida contenida en los decretos legislativos debe estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación o a impedir la extensión o agravación de sus efectos25.

62. El juicio de conexidad material26, previsto en los artículos 215 de la Constitución27 y 47 de la LEEE28, pretende determinar si las medidas adoptadas en el decreto legislativo guardan relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. La Corte Constitucional ha señalado que la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista: (i) interno, esto es, la relación entre las medidas adoptadas y las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente29 y (ii) externo, es decir, el vínculo entre las medidas de excepción y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de emergencia30.

63. El juicio de motivación suficiente31 ha sido considerado como un juicio que complementa la verificación formal por cuanto busca dilucidar si, además de la fundamentación del decreto de emergencia, el Gobierno presenta razones que resultan suficientes para justificar las medidas adoptadas32. Dicha motivación es exigible frente a cualquier tipo de medidas33, siendo particularmente relevante para aquellas que limitan derechos constitucionales, por cuanto el artículo 8 de la LEEE establece que los “decretos de excepción deberán señalar los motivos por los cuales se imponen cada una de las limitaciones de los derechos constitucionales”34.

64. El juicio de ausencia de arbitrariedad35 tiene por objeto comprobar que en el decreto legislativo no se establecen medidas que violen las prohibiciones para el ejercicio de las facultades extraordinarias reconocidas en la Constitución, la LEEE y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia.36 La Corte Constitucional debe verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos: (i) no afecten el núcleo esencial de los derechos y libertades fundamentales37; que (ii) no interrumpan el normal funcionamiento de las ramas del poder público y de los órganos del Estado y, en particular, (iii) que no supriman o modifiquen los organismos y las funciones básicas de acusación y juzgamiento38.

65. El juicio de intangibilidad39 parte del reconocimiento del carácter "intocable" de algunos derechos que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y 214 de la Constitución, y 5 de la LEEE, no pueden ser suspendidos durante los estados de excepción. La Corte ha establecido que, en virtud de tales disposiciones y del derecho internacional de los derechos humanos, son derechos intangibles el derecho a la vida y a la integridad personal; el derecho a no ser sometido a desaparición forzada, a torturas, ni a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica; la prohibición de la esclavitud, la servidumbre y la trata de seres humanos; la prohibición de las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación; la libertad de conciencia; la libertad de religión; el principio de legalidad, de favorabilidad y de irretroactividad de la ley penal; el derecho a elegir y ser elegido; el derecho a contraer matrimonio y a la protección de la familia; los derechos del niño a la protección por parte de su familia, de la sociedad y del Estado; el derecho a no ser condenado a prisión por deudas; y el derecho al habeas corpus. Son igualmente intangibles los mecanismos judiciales indispensables para la protección de esos derechos.

66. El juicio de no contradicción específica40 tiene por objeto verificar que las medidas adoptadas en los decretos legislativos (i) no contraríen de manera específica la Constitución ni los tratados internacionales; y (ii) no desconozcan el marco de referencia de la actuación del Ejecutivo en el Estado de Emergencia, esto es, el grupo de medidas descritas, entre

otros, en los artículos 47 y 50 de la LEEE. Ha destacado la Corte que entre las prohibiciones se encuentra, por expreso mandato constitucional y legal, desmejorar los derechos sociales de los trabajadores.

67. El juicio de incompatibilidad41, según el artículo 12 de la LEEE, exige que los decretos legislativos que suspendan leyes expresen las razones por las cuales son irreconciliables con el correspondiente estado de excepción.

68. El juicio de necesidad42, previsto en el artículo 11 de la LEEE, implica que las medidas que se adopten en el decreto legislativo sean indispensables para lograr los fines que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción43.

La Corte ha señalado que este análisis debe ocuparse (i) de la necesidad fáctica o idoneidad, la cual consiste en verificar fácticamente si las medidas adoptadas permiten superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos, de manera tal que se evalúa si el presidente de la República incurrió o no en un error manifiesto respecto de la utilidad de la medida para superar la crisis; y (ii) de la necesidad jurídica o subsidiariedad que implica verificar la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de previsiones legales suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional.

69. El juicio de proporcionalidad44, que se desprende del artículo 13 de la LEEE, exige que las medidas que se adopten en desarrollo de los estados de excepción constituyan respuestas equilibradas frente a la gravedad de los hechos que causaron la crisis. Igualmente, la Corte ha precisado que el examen de proporcionalidad exige que las restricciones a derechos y garantías constitucionales se impongan en el grado absolutamente necesario para lograr el retorno a la normalidad.

Advierte la Corte que este examen particular no excluye, naturalmente, la aplicación del

examen de proporcionalidad cuando ello se requiera, por ejemplo, para controlar restricciones a derechos constitucionales, por ejemplo, en el juicio de ausencia de arbitrariedad.

70. El juicio de no discriminación45, el cual tiene fundamento en el artículo 14 de la LEEE46, exige verificar que las medidas adoptadas con ocasión de los estados de excepción no entrañen segregación alguna, fundada en razones de sexo, raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica o de otras categorías sospechosas47. Adicionalmente, este análisis implica verificar que el decreto legislativo no imponga tratos diferentes o injustificados48.

E. El Decreto 558 de 2020, el contexto de su expedición y su contenido

71. En desarrollo del Decreto Legislativo 417 del 17 de marzo de 202049, mediante el cual se declaró el Estado de Emergencia en todo el territorio nacional, fue expedida la normativa que es objeto de revisión, con el objeto de adoptar medidas en el ámbito del sistema general de pensiones para brindar, según se afirma en el decreto, 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 (art. 1).

72. El Decreto 558 de 2020 introdujo dos medidas principales: el pago parcial de aportes al sistema general de pensiones durante los meses de abril y mayo de 2020 y el traslado a Colpensiones de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que devengan un salario mínimo. A continuación, se sistematizan las dos medidas adoptadas en dicha normativa.

73. El pago parcial de aportes al sistema general de pensiones. El capítulo I del decreto objeto de revisión, artículos 3 a 5, regula el denominado “pago parcial del aporte al sistema general de pensiones”, estableciendo las condiciones de tiempo y modo de la medida y los efectos jurídicos del esquema excepcional de cotizaciones al sistema pensional. Veamos:

(i) El artículo 3 establece que los destinatarios de la medida son “los empleadores del sector público y privado y los trabajadores independientes”. La medida se dirige a todos los sujetos que tienen el deber legal de efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, y no se supedita o condiciona a que la actividad económica o los ingresos operacionales con base en los que se calcula el aporte se hayan visto afectados por las medidas de aislamiento adoptadas para contener la pandemia por el Gobierno nacional o las entidades territoriales.

Los artículos 1, 2 y 3 del Decreto 558 de 2020 establecen que la medida opera en el marco del sistema general de pensiones. Lo anterior significa, en primer lugar, que la medida no se extiende a los regímenes pensionales exceptuados, esto es, a los regímenes previstos específicamente para los miembros de las fuerzas militares y de policía, el personal civil al servicio de las fuerzas militares y de policía vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, los servidores de Ecopetrol vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003, y el personal docente de las universidades estatales u oficiales, pues, por definición, estos no hacen parte del sistema general de pensiones, y operan con requisitos y condiciones especiales de reconocimiento pensional, con un sistema propio de recaudo, y con instancias especiales y diferenciadas.

En contraste, en principio la medida se extiende a los regímenes pensionales especiales, esto es, a los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, miembros del CTI de la Fiscalía General de la Nación, madres con hijos con discapacidad que aspiran a una pensión

anticipada y aviadores civiles, ya que aunque están sometidos a unas reglas especiales en algunos aspectos, hacen parte del sistema general de pensiones.

(ii) Se trata de un esquema voluntario al que pueden acogerse los trabajadores independientes. Estos pueden, por tanto, optar por el pago parcial de aportes, o hacerlo en los términos de la legislación ordinaria. La redacción de la disposición admite, así mismo, una interpretación según la cual la voluntariedad prevista en la norma resulta aplicable también a los empleadores del sector público y privado.

En el caso de los trabajadores independientes, a quienes corresponde pagar el 100% de la cotización, es el mismo trabajador el que tiene la opción de pago parcial de aportes al sistema general de pensiones, equivalente al 3% de cotización, para los períodos de abril y mayo de 2020. En el caso de los trabajadores dependientes son sus empleadores los que tendrían la opción de realizar el pago parcial que autoriza la norma en las proporciones que correspondan.

(iii) Desde el punto de vista temporal, la medida rige únicamente para los períodos de abril y mayo cuyas cotizaciones deben efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020, respectivamente. Se trata entonces de un régimen provisional que tiene vigencia únicamente por dos meses.

(iv) Desde el punto de vista sustantivo, los artículos 3 y 4 establecen las siguientes reglas:

– El aporte es parcial porque no se realiza sobre el 16% sino sobre el 3% del ingreso base de cotización (IBC).

– El aporte parcial tiene como destino, por un lado, el seguro previsional en el RAIS y el aporte a los fondos de invalidez y sobrevivencia en el RPM, para la atención de los riesgos de muerte e invalidez en uno y otro régimen; y, por otro, el valor de la comisión de administración de Colpensiones en el RPM y de las AFP en el RAIS.

– Los aportes correspondientes a los empleados dependientes se distribuyen entre el empleador y el trabajador según los porcentajes establecidos por la ley, correspondiendo al 75% y al 25% respectivamente, esto es, el 2,25% y el 0,75% del ingreso base de cotización. Por su parte, los aportes de los trabajadores independientes son asumidos en su totalidad por ellos mismos. De esta suerte, el decreto conserva los porcentajes en que cada uno de ellos asume el pago de los aportes previstos en la legislación ordinaria.

– Según el artículo 4, el ingreso base de cotización es el establecido de manera general en la normativa vigente, que en todo caso debe corresponder al reportado para el pago de las cotizaciones al sistema de salud, y que debe oscilar entre uno y 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(v) En relación con los efectos del pago parcial de las cotizaciones al sistema pensional, el artículo 5 establece dos directrices:

– El artículo 5 establece que "[l]as 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, […] para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y la cobertura del seguro previsional".

– No ocurre lo propio tratándose del riesgo de vejez, puesto que, en virtud del pago parcial los cotizantes dejan de hacer los aportes al fondo común de vejez en el RPM, y a las cuentas de ahorro que soportan la pensión de vejez en el RAIS. En tal sentido, el efecto general de la medida gubernamental es que en el RAIS, los trabajadores dejan de efectuar el aporte de capital a su cuenta de ahorro, lo que se traduce en la pérdida de ese valor y de los rendimientos que produciría, y que, en el RPM, las semanas laboradas y no cotizadas no se reflejarán en la historia laboral del afiliado. Sin embargo, el artículo 5 establece una salvedad, ya que los períodos laborados y cotizados parcialmente se contabilizan para completar las 1150 semanas requeridas para acceder a la garantía de pensión mínima en el RAIS, y para cumplir las 1300 requeridas para obtener una pensión de un salario mínimo en el RPM.

74. El traslado a Colpensiones de pensionados bajo la modalidad de retiro programado con un salario mínimo. El capítulo II del Decreto 558, artículos 6 a 13, se refiere al denominado "mecanismo especial de pago para las pensiones reconocidas bajo la modalidad de retiro programado". En síntesis, el Gobierno dispuso el traslado obligatorio a Colpensiones de los pensionados del RAIS bajo la modalidad de retiro programado que reciben una mesada de un salario mínimo, en aquellos eventos en que la cuenta de ahorros se encuentre en una situación de descapitalización que ponga en peligro el pago de la prestación.

75. Según se expuso en los considerandos del decreto, se trata de proteger los ahorros de estos pensionados y de garantizarles el pago de su renta, disponiendo la entrega de los recursos de sus cuentas y de los demás que se requieran para el pago de sus prestaciones a Colpensiones, entidad que, hacia el futuro, asume el rol de pagadora de la renta vitalicia. Según el Gobierno, la actual crisis económica ha afectado gravemente la rentabilidad de los portafolios en los que se invierten los ahorros pensionales, de modo que como los pensionados del RAIS bajo la modalidad de retiro programado asumen los riesgos de descapitalización originados en la volatilidad en los mercados financieros, esta circunstancia pone en serio peligro el pago de sus mesadas; y aunque en estos eventos, según el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, los pensionados deben ser trasladados al régimen de renta

vitalicia a través de las compañías de seguros, actualmente esto no es viable, dada la estrechez actual del mercado de las rentas vitalicias. En este contexto, el traslado a Colpensiones de los pensionados con un salario mínimo garantizaría sus derechos, amenazados en el actual estado de emergencia económica y social.

76. Los artículos 6 a 13 del decreto regulan los destinatarios de la medida y los requisitos y las condiciones para acceder a la modalidad especial de pago; las cargas y las responsabilidades de los actores que participan en la operación de traslado; y las condiciones bajo las que los pensionados que acceden al mecanismo especial de pago, reciben la prestación económica, una vez materializado su traslado a Colpensiones. Veamos:

(i) El denominado "mecanismo especial de pago" está destinado a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado del RAIS que reciben un salario mínimo. No se encuentra previsto ni para los cotizantes activos, ni para los pensionados en el régimen de prima media, ni para los pensionados del RAIS bajo la modalidad de renta vitalicia.

En la modalidad de retiro programado del RAIS, los pensionados no solo han autofinanciado su pensión a través de las cotizaciones que realizaron durante la fase de acumulación sino que, además, asumen los riesgos de descapitalización de su cuenta por factores como la extralongevidad y la baja rentabilidad del capital ahorrado. Como contrapartida, el pensionado puede beneficiarse de las altas rentabilidades en el mercado y, cuando no tiene beneficiarios al fallecer, sus saldos en la cuenta de ahorros se integran a la masa sucesoral50.

(ii) Para individualizar e identificar a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que deben ser trasladados a Colpensiones, los artículos 6 y 7 establecen:

El artículo 6 faculta a las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías

para evaluar y valorar la situación pensional y el estado de las cuentas de ahorro individual de quienes se encuentran recibiendo mesadas de un salario mínimo bajo la modalidad de retiro programado, y para determinar, en concreto, qué personas deben ser destinatarias del mecanismo de pago especial; así pues, son las AFP las que determinan cuáles de sus afiliados deberán ser trasladados a Colpensiones.

Asimismo, los artículos 6 y 7 remiten a los mecanismos ordinarios previstos en la Ley 100 de 1993 y la normativa complementaria para monitorear las cuentas de ahorro, para determinar la procedencia del mecanismo especial de pago. En efecto, la legislación establece que, dado los riesgos que asumen los pensionados en la modalidad de retiro programado, las AFP deben efectuar un monitoreo permanente y periódico de las cuentas de ahorro mediante lo que se denomina el control de saldos, para detectar oportunamente los casos de desfinanciamiento que pongan en peligro el pago de las mesadas y que, en caso de que efectivamente los recursos resulten insuficientes para financiar el pago de una renta de un salario mínimo, se debe proceder inmediatamente a la compra de una renta vitalicia con la compañía de seguros designada previamente por el pensionado, para que, hacia el futuro, este reciba una mesada fija, no ya bajo las condiciones de la modalidad del retiro programado, sino con las propias de la modalidad de renta vitalicia.

Los artículos 6 y 7 exigen el agotamiento de ese procedimiento para acceder al mecanismo especial de pago. En tal sentido, el primero de estos preceptos determina que las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías deben verificar el estado de descapitalización de las respectivas cuentas de ahorro individual, para que, en caso de que los recursos resulten insuficientes para financiar el pago de las mesadas a 31 de marzo de 2020, se acceda al mecanismo antedicho. En estos términos, el decreto remite al procedimiento de control de saldos que ordinaria y periódicamente deben efectuar las AFP, para que, con base en los resultados de este control, se identifiquen las cuentas que por su nivel de descapitalización al día 31 de marzo de 2020, no pueden financiar el pago de las mesadas pensionales de acuerdo con la metodología de cálculo establecidas por las propias AFP.

No obstante, el artículo 7 parece introducir una exigencia adicional relacionada con el agotamiento de la fase de contratación de una renta vitalicia con el sector asegurador, de modo que solo después de haber intentado infructuosamente la obtención de una renta vitalicia se debe proceder al traslado del pensionado a Colpensiones. Según se explicó, esta exigencia resulta concordante con el esquema general de funcionamiento de las pensiones del RAIS bajo la modalidad de retiro programado, pues estas están sujetas al mecanismo de control de saldos para identificar las cuentas que puedan verse descapitalizadas, y también están sujetas al traslado a la modalidad de renta vitalicia, cuando se encuentra que los recursos son insuficientes para financiar una mesada de un salario mínimo.

(iii) La focalización del denominado “mecanismo especial de pago” se establece a partir de los siguientes parámetros:

– Primero, se encuentra previsto exclusivamente para los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que reciben un salario mínimo, bajo el entendido de que en este régimen la volatilidad en los mercados financieros, propia de la actual crisis económica global, impacta negativamente el valor de las mesadas, y de que la Constitución Política prohíbe las pensiones por un valor inferior a un salario mínimo.

– Segundo, la valoración sobre la situación financiera de los pensionados, y la decisión última sobre los pensionados que deben trasladarse a Colpensiones, recae en las propias AFP a las que se encuentran afiliados los pensionados destinatarios de la medida gubernamental.

– Tercero, para determinar la viabilidad del traslado, las AFP deben efectuar el control de saldos de las cuentas de ahorro que la ley contempla ordinariamente, para determinar en cuáles de estas, a 31 de abril de 2020, se presenta una descapitalización que impide el pago

de mesadas por un valor equivalente a un salario mínimo. Una vez identificadas esas cuentas, se debe intentar la contratación de una renta vitalicia con el sector asegurador, y solo una vez agotado infructuosamente ese intento, se debe proceder al mecanismo especial de pago.

Es así como las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías cumplen tres roles: primero, deben identificar las personas a trasladar a Colpensiones mediante el procedimiento de control de saldos, y previo agotamiento de la fase de contratación de rentas vitalicias con las aseguradoras, según se explicó anteriormente. Segundo, una vez individualizadas las personas objeto del traslado, deben entregar a Colpensiones la información y los recursos correspondientes a cada uno de ellos, para que esta asuma el pago de las mesadas. Y, tercero, una vez materializada la operación de traslado, las AFP deben atender, respecto de las personas trasladas a Colpensiones, las obligaciones del sistema pensional distintas al pago de la mesada por un salario mínimo.

(v) Las AFP deben entregar a Colpensiones la información y los recursos correspondientes a los pensionados que acceden a la modalidad especial de pago, siguiendo los siguientes parámetros:

* Primero, se debe hacer entrega no solo de los activos que integran la cuenta de ahorro individual, incluyendo los rendimientos generados con el capital aportado, sino también el valor correspondiente a los bonos pensionales, cuando haya lugar a ello, y lo que el artículo el artículo 8 denomina “la suma adicional”, cuando ello sea necesario.

Este último componente resulta particularmente importante, ya que según se desprende de los artículos 8 y 9 del Decreto 558, la totalidad de las mesadas pensionales deben ser

financiadas con los recursos que entregan las AFP a Colpensiones, de suerte que cuando los recursos que conforman la cuenta de ahorro y el bono pensional resultan insuficientes para financiar la renta vitalicia del pensionado y sus beneficiarios, aquellas deben asumir el respectivo diferencial. Es por ello que el artículo 9 establece que "[c]uando la totalidad de los recursos trasladados no sean suficientes para cubrir el valor correspondiente al referido cálculo actuarial, el saldo faltante será trasladado a […] Colpensiones por la respectiva Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones". Lo anterior muestra que la responsabilidad económica por el pago de las mesadas en la modalidad de renta vitalicia es atribuida, al menos en principio, a las AFP, y que, en este orden de ideas, Colpensiones actúa únicamente como pagador de los valores que previamente han entregado aquellas entidades. Según el inciso segundo del artículo 9, cuando el valor entregado inicialmente por las AFP a Colpensiones resulta insuficiente para financiar el pago de la renta vitalicia de los pensionados que han accedido al mecanismo especial de pago, las AFP deben entregar el saldo faltante calculado por Colpensiones, saldo que se actualiza con base en la tasa técnica más la inflación que transcurra entre el momento de la entrega inicial de los recursos, y el pago efectivo de este valor diferencial.

* Segundo, la entrega de los recursos anteriores se puede efectuar 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 de Colombia" (art. 8), y deben ser valorados a precios de mercado. Y, según el inciso tercero del artículo 6, la entrega de los recursos a Colpensiones se debe efectuar en un plazo no mayor a cuatro meses, contados desde la fecha de la expedición del Decreto 558 de 2020.

– Finalmente, además de la entrega a Colpensiones de la información y de los recursos necesarios para el pago de una renta vitalicia a los pensionados que acceden al mecanismo especial de pago, las AFP deben asumir todas las obligaciones asociadas a la atención de los derechos de los pensionados, distintas al pago de la renta mínima por un salario mínimo, pago este que, en virtud del traslado, corresponde a Colpensiones. De allí que según el artículo 10, todas las actividades adicionales al pago de esta renta vitalicia se encuentran a

cargo de las AFP, tales como la defensa judicial en los procesos que se adelanten para obtener el pago de retroactivos, la reliquidación de la mesada, así como el pago de estas prestaciones, cuando a ello hubiere lugar. El inciso tercero del mismo artículo 10 permite, sin embargo, que estas cargas sean trasladadas a Colpensiones, siempre que las AFP entreguen a esta entidad los recursos necesarios para asumir estas nuevas responsabilidades, y reconozcan una comisión por esta nueva gestión a cargo de la entidad.

(vi) Por su parte, Colpensiones asume tres tipos de cargas en la operación de traslado de pensionados: primero, debe determinar las condiciones y controlar la entrega de la información y de los recursos por parte de las AFP, para asegurar que una y otra sea suficiente para garantizar el pago de la renta vitalicia a los pensionados trasladados; segundo, debe actuar como pagadora de una renta vitalicia de las personas que accedieron al mecanismo especial de pago; y, finalmente, en caso de que así se acuerde con las AFP, debe asumir las prestaciones adicionales asociadas a los derechos de los pensionados objeto de la operación de traslado.

Es así como Colpensiones debe controlar el traslado de la información y de los recursos de los pensionados que pasan al mecanismo especial de pago. Con tal propósito, dentro del mes siguiente a la publicación del Decreto 558 de 2020, la entidad debe establecer las condiciones bajo las que las AFP deben entregar la información de los afiliados objeto del traslado (par., art. 6), así como la metodología para calcular los valores que las AFP deben transferir a Colpensiones para atender el pago de las mesadas de los pensionados trasladados (art. 9). Adicionalmente, una vez le sean entregados los recursos y activos, Colpensiones debe verificar que el valor efectivamente transferido corresponde al calculado por la AFP para financiar la renta vitalicia de cada una de las personas trasladadas, y determinar el saldo faltante a cargo de estas últimas para garantizar el pago de las mesadas, en caso de que haya lugar a ello (art. 9). El saldo así determinado “se actualizará con base en la tasa técnica más la información que transcurra entre el momento de entrega de los recursos […] y el pago efectivo del faltante” (inc. segundo, art. 9).

Una vez materializada la operación de traslado, Colpensiones asume el rol de pagadora de las mesadas pensionales de las personas que accedieron al mecanismo especial de pago, bajo las reglas de la renta vitalicia establecidas en el artículo 80 de la Ley 100 de 1993. En tal sentido, el artículo 7 establece que la pensión debe ser pagada a través de Colpensiones, y que esta tiene “las mismas características de una renta vitalicia”, de modo que “el pensionado recibirá el pago mensual de su mesada de salario mínimo hasta su fallecimiento y el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo al que tengan derecho”.

Como contrapartida a la nueva carga asumida por Colpensiones, la comisión de administración que de ordinario corresponde a las AFP, bajo este esquema se traslada a aquella entidad, según lo determina el artículo 10 del Decreto 558.

Asimismo, y para garantizar el cumplimiento de este nuevo rol institucional, el artículo 13 habilitó a Colpensiones para realizar todos los ajustes y las adecuaciones tecnológicas, operativas y de infraestructura necesarias para este propósito, con cargo a la comisión de administración que recibe por esta gestión.

Por tanto, y en la medida en que Colpensiones asume únicamente el rol de pagadora de una renta vitalicia por un salario mínimo, todas las cargas adicionales al pago de esta renta corren por cuenta de la AFP, tal como ocurre, por ejemplo, con las cargas asociadas a la defensa judicial por los procesos iniciados por los pensionados que accedieron al mecanismo especial de pago, y las asociadas al pago de prestaciones adicionales como el reconocimiento del retroactivo o por la reliquidación de las mesadas (art. 10).

En cualquier caso, las AFP pueden acordar con Colpensiones que esta asuma la defensa en los procesos judiciales en curso, sin perjuicio de que la carga económica por los mismos, así como por las obligaciones prestacionales sobrevivientes y adicionales al pago de la renta por

un salario mínimo, permanecen en cabeza de las AFP, y del derecho a recibir una comisión adicional.

F. Examen de los requisitos formales. La Corte los encuentra satisfechos

77. Conforme a las consideraciones señaladas en el acápite D, cabe concluir que el Decreto Legislativo 558 del 15 de abril de 2020 satisface la totalidad de los requisitos formales. En efecto, la Corte constata que:

* Fue expedido por el presidente de la República con la firma de todos los ministros51.

* Fue expedido en desarrollo del estado de emergencia económica, social y ecológica declarado en todo el territorio nacional mediante el Decreto 417 de marzo de 2020, y durante su vigencia, que se extendió hasta el 15 de abril de 202052.

* Contiene una amplia motivación de las circunstancias justificativas de su expedición, las razones en las que tienen sustento las medidas adoptadas, las finalidades buscadas mediante su adopción, su relevancia y necesidad, así como su vínculo con los factores desencadenantes de la declaración del Estado de Emergencia.

G. No obstante, el Decreto Legislativo 558 de 2020 no cumple los requisitos materiales

Si bien la Corte encuentra cumplidos los requisitos formales, las medidas adoptadas no satisfacen requisitos materiales que se derivan de la Constitución (art. 215) y de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción (Ley 137 de 1994), como enseguida se precisará.

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

Análisis de los requisitos materiales de la primera medida: Pagos parciales de los aportes al Sistema General de Pensiones

78. Para la Corporación, esta medida, mediante la cual se autoriza 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 durante los períodos de abril y mayo del presente año, no cumple el requisito de no contradicción específica, esencialmente porque:

i. Dispone de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y,

i. 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

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.

La medida objeto de control implica que los aportes parciales -de los empleados con expectativa de adquirir una pensión superior a un salario mínimo-, que se realicen en los meses de abril y mayo no se reflejarán en su historia laboral, ni se tendrán en cuenta para calcular el ingreso base de liquidación para efectos de determinar el valor de su pensión, por cuanto el valor cotizado sólo se destina a financiar el valor de la comisión de administración del Sistema y a asegurar la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia.

En efecto, el artículo 553 del decreto, al regular la contabilización de las semanas cotizadas bajo la modalidad prevista en dicha normatividad, establece expresamente que las Administradoras del Sistema General de Pensiones deberán tener en cuenta a favor de sus afiliados las semanas correspondientes a los dos meses cotizados con el fin de que estas semanas se contabilicen para completar (i) las 1.150 semanas que le permitan al afiliado acceder a la garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, o (ii) las 1.300 semanas para obtener una pensión de Vejez de un salario mínimo legal mensual vigente en el Régimen de Prima Media. Así mismo, que dichas semanas se contabilizarán para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y la cobertura del seguro previsional. El parágrafo de dicha disposición,por su parte, advierte que cuando haya lugar al traslado entre administradoras o entre regímenes, no se deberá efectuar el traslado de valores que no se encuentren registrados como pagados efectivamente.

79. Dado que la norma no establece mecanismos para reponer los valores dejados de aportar ni las semanas dejadas de cotizar como consecuencia del pago parcial contemplado en el artículo 3 del Decreto Legislativo 558 de 2020, los trabajadores verán afectado su derecho a

que durante la vigencia de la relación laboral los empleadores efectúen las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones, obligación que sólo cesa al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente, como lo consagra el artículo 17 de la Ley 100 de 1993. Por lo mismo, afecta el derecho de los trabajadores al reconocimiento y pago de las prestaciones y, entre ellas, de la pensión de vejez, de conformidad con las leyes del sistema general de pensiones, según lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, disposición conforme a la cual no podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados.

La desmejora del derecho a la seguridad social de los trabajadores es aún más evidente si se tiene en cuenta que el monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación54.

Esta medida, así mismo, tiene incidencia en el subsidio a los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carecen de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, personas en situación de discapacidad física, psíquica y sensorial, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción55, por cuanto tales subsidios se financian, a través del fondo de solidaridad pensional, con recursos provenientes, entre otras fuentas, de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro salarios mínimos legales mensuales

vigentes56.

Por tales razones, la medida resulta contraria al artículo 215 de la Constitución en cuanto establece que: “El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo”. El artículo 50 de la LEEE, por su parte, dispone que, de conformidad con la Constitución, en ningún caso el Gobierno podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos legislativos dictados durante el Estado de Emergencia.

Si bien el presidente de la República goza de libertad en la elección de los medios que a su juicio debe utilizar para alcanzar los fines de la declaratoria del estado de excepción, en el caso de los Estados de Emergencia a que se refiere el artículo 215 de la Constitución la mencionada libertad de medios encuentra un límite en la prohibición de desmejorar, mediante los decretos legislativos que expide en desarrollo de la emergencia, los derechos sociales de los trabajadores, la cual no contempla excepciones.

Ello no quiere decir que mediante tales decretos no pueda el Gobierno adoptar medidas en materia de derechos sociales de los trabajadores para hacerle frente a las excepcionalísimas circunstancias de la emergencia declarada, pero en ningún caso las medidas así adoptadas pueden desmejorarlos. Dado que se trata de una regla que no admite excepciones, la Corte ha de ser rigurosa en la verificación de que tal prohibición no se incumpla.

Tampoco desconoce que en caso de grave e inminente perturbación o amenaza del orden económico o social, o de grave calamidad pública, no resulte indispensable, para efectos de conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos, adoptar medidas que impliquen desmejora de los derechos sociales de los trabajadores, pero en tales casos deberá el Gobierno acudir al procedimiento ordinario, impulsando las medidas legislativas que estime pertinentes para hacer los ajustes que considere necesarios y sometiendo sus iniciativas al

debate democrático en el Congreso de la República, en el marco de las garantías que la Constitución establece en favor de los derechos de los trabajadores.

80. Por otra parte, la medida objeto de control resulta contraria al artículo 48 de la Constitución, conforme al cual todos los habitantes tienen derecho irrenunciable a la seguridad social y el Estado la obligación de respetar los derechos adquiridos con arreglo a la ley. En concordancia con tales mandatos y para efectos del presente análisis, en la precitada disposición constitucional se establecen las siguientes reglas que específicamente también son desconocidas por la medida analizada:

* No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

* Las leyes en materia pensional deberán asegurar la sostenibilidad financiera de lo establecido en ellas.

* Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones. No podrá dictarse disposición o invocarse acuerdo alguno para apartarse de lo allí establecido.

81. No obstante tales reglas, el decreto legislativo señala expresamente en su artículo 1 que el objeto de la medida es “brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores dependientes e independientes”, a fin de que puedan mantener las plazas de empleo que generan, como expresamente se señala en sus considerandos. Al autorizar pagos parciales de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones con el objeto de brindar, con la diferencia, mayor liquidez a los empleadores y trabajadores dependientes e independientes, se están utilizando los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella, contra expresa prohibición constitucional. Si bien tal objeto podría

considerarse plausible en atención a la imperiosa necesidad de proteger el empleo, lo cierto es que las facultades extraordinarias a las que puede acudir el presidente durante los Estados de Emergencia no pueden desconocer la Constitución ni el marco de referencia de actuación en el Estado de Emergencia conforme a los artículos 215 de la Constitución y 47 y 50 de la LEEE.

82. El decreto, por otra parte, no asegura la sostenibilidad financiera de la medida adoptada, desconociendo el mandato contenido en el inciso séptimo del artículo 48 de la Constitución, en cuanto 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". El decreto, sin embargo, no previó la forma de compensar los recursos dejados de percibir por el sistema durante los dos períodos mencionados, no obstante que reconoce las semanas correspondientes 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 lo adviertieron distintas intervenciones al señalar que, desde la perspectiva del sistema pensional, el alivio a los empleadores y trabajadores independientes afecta la liquidez y sostenibilidad del sistema, especialmente en el RPM, por cuanto el fondo común con el que se cancelan las mesadas de los actuales pensionados deja de recibir los recursos de los afiliados durante la vigencia de la medida. Por otra parte, al reconocerse el tiempo laborado a quienes acceden a la garantía de pensión mínima en el RAIS y a quienes se pensionan en el RPM con un salario mínimo, se genera una fuente adicional de desfinanciación.

Según cálculos efectuados por Asofondos el impacto en el largo plazo de esta medida en términos de sostenibilidad no es menor. Así, para un salario de un millón de pesos, el no aporte del 13% restante establecido en la ley implica que en 40 años se perderían $6.357.267; en un salario de tres millones, no cotizar el 13% podría ascender a $21.672.500; para uno de 5 millones la afectación sería de $36.120.833; y para uno de 10 millones de

pesos, la cifra asciende a $72.241.666. Y si bien esta afectación puede ser menor dependiendo de la edad del cotizante, edad de la pensión, la rentabilidad del portafolio y el valor del aporte, entre otras variables, es claro que se produce un desfinanciamiento sin medidas alternativas de compensación. Incluso, si los ahorros son suficientes para financiar la pensión de vejez, el valor de las mesadas disminuye como efecto de los intereses compuestos a lo largo del tiempo durante la fase de acumulación.

Así las cosas, resulta evidente que la autorización de pagos parciales por concepto de las cotizaciones al Régimen General de Pensiones durante los meses de abril y mayo del presente año, no sólo afecta el derecho de los trabajadores a que durante la vigencia de la relación laboral los empleadores efectúen las cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones, sino que contraría directamente el artículo 48 de la Constitución, en cuanto sustrae recursos del sistema general de pensiones para brindar mayor liquidez a los empleadores y trabajadores dependientes e independientes, sin que, por otra parte, asegure la sostenibilidad financiera de tal medida, todo lo cual desmejora el derecho de los trabajadores al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de conformidad con lo dispuesto en las leyes del Sistema General de Pensiones. Constatado este vicio que afecta la validez de la medida, la Sala encuentra innecesario realizar el análisis del cumplimiento de los demás requisitos materiales.

Por todo ello, los artículos 3 a 5 del Decreto 558 de 2020 serán declarados inexequibles.

Análisis de la segunda medida: Traslado a COLPENSIONES de los pensionados con la modalidad de retiro programado.

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

Para la Sala Plena esta medida tampoco cumple los requisitos de conexidad material, de motivación suficiente, ni de no contradicción específica.

84. No supera el juicio de conexidad material externa por cuanto no guarda relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia.

Este juicio, como se mencionó oportunamente, busca verificar el cumplimiento de la exigencia constitucional según la cual las medidas adoptadas en el decreto legislativo deben guardar relación con las causas que dieron lugar a la declaratoria del Estado de Emergencia. La limitación constitucional tiene fundamento en el artículo 215 de la Carta y en el artículo 47 de la Ley 137 de 1994. Estas disposiciones establecen que el Gobierno nacional solo podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

En el presente caso se observa que las medidas adoptadas en el decreto bajo control automático se orientan principalmente a dar solución a un problema estructural en el sistema pensional. En el Régimen de Ahorro Individual esta dificultad se predica de aquellos pensionados en la modalidad de retiro programado cuyos saldos no resultan suficientes para que se les continúe pagando una mesada de un salario mínimo y no haya 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".

Para la Corte Constitucional es claro que estas dificultades no se derivan propiamente de la emergencia sanitaria ocasionada por la aparición del COVID-19 sino que obedecen a problemas que se han identificado desde antes y en relación con los cuales esta Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en extenso57.

85. Adicionalmente, la Corte observa que la medida carece de motivación suficiente porque en el decreto no se presentan razones que la justifiquen en el contexto de la emergencia. En ninguna de las consideraciones contenidas en el decreto se señala la razón por la cual se trata de una problemática que se ha profundizado como consecuencia de las medidas de confinamiento o de la emergencia, en general, ni porqué resulta imperioso trasladar esa carga a Colpensiones si los recursos que se prevén son los mismos que administran los fondos de pensiones en cada una de las cuentas individuales de los pensionados ni, mucho menos, la forma en que se asegurará la sostenibilidad financiera de esta medida una vez hechos los traslados a los que la norma se refiere. En este sentido, si las AFP no pueden sufragar las pensiones, como lo afirma el Gobierno, señalar 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" no constituye una motivación suficiente por cuanto no da cuenta de la conexidad de la medida con la perturbación ni de su finalidad en relación con la necesidad de conjurar la crisis o impedir la extensión de sus efectos.

86. Finalmente, la Corte encontró que las medidas tampoco superan el juicio de no contradicción específica porque el decreto no asegura la sostenibilidad financiera del traslado de los pensionados a que hace referencia, no obstante la obligación que le impone a COLPENSIONES en el sentido de seguir pagando las mesadas pensionales de dichos pensionados, hasta su fallecimiento, respecto de los cuales no ha sido posible la contratación de una renta vitalicia, así como la de asumir el pago de pensiones de sobrevivientes en favor de sus beneficiarios por el tiempo al que ellos tengan derecho,.

Como ya se mencionó en relación con 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".

Tal incumplimiento resulta inadmisible, no sólo porque se trata de una obligación impuesta por la Constitución en materia pensional, sino porque la medida así lo exigía.

En efecto, de las propias respuestas del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y de Colpensiones en relación con el impacto que podría tener el mecanismo especial de pago en el funcionamiento de Colpensiones, se advierte que es claro para estas dos entidades que eventualmente se requerirá de recursos adicionales que deberán ser aportados por la Nación para financiar las mesadas de quienes accedieron al mecanismo especial de pago. El valor de este apoyo dependería de las condiciones de venta de los títulos del portafolio que deben entregar las AFP a Colpensiones.

La deficiencia anterior se hace más evidente al considerar que las sociedades AFP entregarán a Colpensiones los mismos títulos que según el Gobierno Nacional han sido objeto de desvalorización, cuyos rendimientos no varían por el solo cambio en el tenedor. En otras palabras, la volátil rentabilidad de los títulos en que están invertidos los ahorros de los

pensionados, es la misma que tendrá Colpensiones con los títulos que recibirá de las AFP, de mantenerse las condiciones del mercado financiero.

En este punto, si las AFP no pueden garantizar el pago de dichas mesadas, COLPENSIONES solo podría hacerlo comprometiendo los recursos que administra, lo que a su vez podría poner en riesgo el pago de los compromisos ya existentes o exigir la financiación del Estado para honrar los compromisos sobrevinientes.

Este tipo de riesgos que asume el Estado en virtud de una nueva obligación legal justifican la previsión del constituyente en el sentido de que la ley que las imponga debe asegurar su sostenibilidad financiera, y su incumplimiento por parte del gobierno en ejercicio de las facultades extraordinarias en el marco del Estado de Emergencia, como en el presente caso, necesariamente conducen a la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 6 a 13 que se analizan.

La inexequibilidad de los artículos 1, 2 y 14

87. En la medida en que los artículos 1 y 2 fijan el objeto y el ámbito de aplicación del decreto y el artículo 14 establece su vigencia, en cuanto forman parte de las medidas que se declaran inexequibles, también se declararán inexequibles con el resto del articulado y, en particular, con artículos 3 a 13 del Decreto 558 de 2020.

Efectos retroactivos de la inexequibilidad

88. El artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia58 establece que las

sentencias que profiera este Tribunal sobre los actos sujetos a su control “tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”. En consecuencia, si bien la regla general es que las sentencias de la Corte tienen efectos hacia el futuro, también lo es que la Corte puede atribuirles efectos retroactivos. Sobre el particular ha dicho la Corte que los “efectos concretos de la sentencia de inexequibilidad dependerán entonces de una ponderación, frente al caso concreto, del alcance de dos principios encontrados: la supremacía de la Constitución -que aconseja atribuir a la decisión efectos ex tunc, esto es retroactivos- y el respeto a la seguridad jurídica -que, por el contrario, sugiere conferirle efectos ex nunc, esto es únicamente hacia el futuro-”59.

Esta ponderación, al momento de determinar los efectos de las sentencias mediante las cuales la Corte ejerce control de las medidas adoptadas por el gobierno en los estados de excepción, ha de tener en cuenta, en los términos del artículo 215 de la Constitución, que las facultades extraordinarias que asume el presidente de la República son las estrictamente necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

Sobre el particular recordó la Corte en la Sentencia C-004 de 1992, que la regulación constitucional de los estados de excepción responde a la decisión del Constituyente de garantizar la vigencia y eficacia de la Constitución aún en situaciones de anormalidad, y que la necesidad no habilita la adopción de cualquier tipo de medidas:

“(…). La necesidad no se convierte en fuente de derecho y en vano puede apelarse, en nuestro ordenamiento, al aforismo salus reipublicae suprema lex esto, cuando, ante circunstancias extraordinarias, sea necesario adoptar normas y medidas que permitan enfrentarlas. Los Estados de Excepción constituyen la respuesta jurídica para este tipo de situaciones. La particular estructura, naturaleza y limitaciones de la respuesta que ofrece el ordenamiento constitucional, obedece a que ella es precisamente una respuesta jurídica”.

Por tales razones, el control a cargo de la Corte cumple la función de impedir que en ejercicio de la discrecionalidad que la Constitución le confiere al Presidente “se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad”60.

89. En el presente asunto, las medidas adoptadas por el gobierno desbordan ampliamente el ámbito de sus competencias en el Estado de Emergencia, en cuanto, como ya se señaló, además de otras causales de inconstitucionalidad, desconocen la prohibición expresa de desmejorar los derechos sociales de los trabajadores, disponen de recursos destinados a la financiación de las pensiones para fines distintos a ellas, y no aseguran la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo cual impone la necesidad de otorgarle efectos rectroactivos a la decisión de inexequibilidad y garantizar, de esa manera, la recuperación de los montos dejados de percibir en el sistema como consecuencia de las medidas. De no hacerlo, se consolidaría la afectación de los derechos, la indebida destinación de los recursos y la sostenibilidad financiera, no obstante las expresas reglas constitucionales diseñadas precisamente para impedirlo.

90. La decisión, en consecuencia, en lo que tiene que ver con las medidas contenidas en los artículos 3 a 5 del Decreto Legislativo 558 de 2020, las personas naturales y jurídicas deberán efectuar el pago de los montos dejados de aportar para los períodos de abril y mayo cuyas cotizaciones debían efectuarse en los meses de mayo y junio de 2020 en el plazo razonable que señale el Gobierno nacional en ejercicio de sus facultades ordinarias. De allí que corresponda al propio Gobierno adoptar e implementar las medidas que sean necesarias para restablecer el equilibrio y retrotraer todas aquellas acciones adelantadas con el objeto de implementar el Decreto 558 de 2020.

Así, la recuperación de los aportes dejados de percibir deben tener en cuenta, entre otros elementos, los plazos y modalidades de pago razonables para quienes decidieron acogerse al beneficio establecido en el decreto.

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 pago parcial de los aportes se encontraba autorizado legalmente por el Decreto que se declarará inexequible. Lo dicho anteriormente aplica también para el traslado de pensionados a COLPENSIONES. En este sentido, deberán revertirse las medidas que se hayan ejecutado en virtud de las disposiciones del citado decreto, igualmente en los términos que establezca el Gobierno nacional.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar INEXEQUIBLE el Decreto Legislativo 558 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.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

ALBERTO ROJAS RÍOS

Presidente

Con aclaración de voto

CARLOS BERNAL PULIDO

Magistrado

Con salvamento parcial de voto

DIANA FAJARDO RIVERA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO CONJUNTO DE LOS MAGISTRADOS LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ Y

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

A LA SENTENCIA C-258/20

Referencia: Expediente RE-284

Revisión automática del Decreto Legislativo 558 de 2020 “por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, protege a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Social y Ecológica”.

Magistrado ponente:

Antonio José Lizarazo Ocampo

En la sentencia C-258 de 2020, la mayoría de la Sala Plena declaró la inexequibilidad de las medidas adoptadas en el Decreto Legislativo 558 de 2020 “por el cual se implementan medidas para disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, protege a los pensionados bajo la modalidad de retiro programado y se dictan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Social y Ecológica”. A través de dicho Decreto Legislativo, el Gobierno nacional implementó medidas para (i) disminuir temporalmente la cotización al Sistema General de Pensiones, y (ii) proteger a los

pensionados bajo la modalidad de retiro programado, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Con el acostumbrado respeto por las decisiones mayoritarias, nos permitimos conjuntamente salvar el voto en relación con la sentencia de la referencia, postura que se explicará frente a cada uno de los grupos de medidas (i) y (ii) anteriormente señalados.

1. 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. En criterio de los Magistrados disidentes, tal como se señaló en las consideraciones del Decreto Legislativo sub judice, su objetivo y finalidad consistían en aliviar la falta de liquidez tanto para las empresas como para sus empleados y trabajadores independientes. Dicha finalidad se encontraba directa y especificamente encaminada a impedir la extensión o agravación de los efectos de la pandemia sobre el empleo formal y los independientes, dadas las graves consecuencias económicas que estaban afrontando, como consecuencia de las medidas de aislamiento impuestas por el Gobierno. Por lo cual, consideramos 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 fundamental al trabajo.

1. Así, en nuestra opinión de cara a una potencial violación de mandatos constitucionales, 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 tenía un efecto leve frente a la ganancia objetiva en términos de estabilidad y de condiciones laborales para los trabajadores.

1. De esta manera, consideramos 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

i. 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.

1. De igual forma, consideraron los Magistrados disidentes que la disminución de los aportes contemplada en el Decreto Legislativo objeto de revisión de la Sala Plena, se encontrba acorde con ciertas recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo para la preservación del empleo, las cuales incluyeron la implementación de exenciones temporales en el pago de seguridad social.

1. Consideramos que de haberse realizado una adecuada ponderación de este paquete de medidas, la mayoría de la Sala Plena hubiese podido concluir que dichas medidas 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 fundamental al trabajo.

1. Por último, es importante destacar que el derecho a la seguridad social se preservaba con las medidas adoptadas, en la medida en que, no hubo afectación alguna al esquema de aseguramiento de los riesgos de invalidez, muerte y vejez. Asimismo, como se señalo (ver supra, numeral 3(i)) de conformidad con la evidencia empírica dichas medidas representaban una leve afectación temporal a la consolidación del derecho a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media, y una reducción en términos proporcionales del aporte a las cuentas de ahorro individual de los afiliados al RAIS. Por lo cual, de haberse realizado una adecuada ponderación del derecho de cotización al Sistema General de Pensiones, con relación al derecho fundamental al trabajo, la decisión de la mayoría de la Sala Plena debió optar por la defensa de este último derecho, con el fin de preservar el mayor número de puestos de trabajo, a consecuencia de las graves afectaciones en la economia del empresariado colombiano a causa de la pandemia.

1. El mecanismo especial de pago constituía 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. 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, debemos destacar 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.

1. En este contexto, es claro que 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.

1. Desde esta perspectiva, consideramos que 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. En nuestra opinión, una adecuada lectura de la medida hubiese permitido asimiliar este mecanismo a una figura análoga a la conmutación pensional que hoy en día realiza Colpensiones.

1. Por lo anterior, dado que el mecanismo especial de pago constituía 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 tenía la potencialidad de desestabilizar el modelo pensional, en nuestra opinión no había lugar a la declaratoria de inexequibilidad decretada por la Sala Plena, ante la ausencia de valoración de elementos empíricos y jurídicos que permitiesen soportar dicha decisión.

Fecha ut Supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

1 El Decreto Legislativo 558 de 2020 fue enviado a la Corte para que se decidiera sobre su constitucionalidad mediante oficio del 16 de abril de 2020, recibido en la Secretaría General de la Corte el mismo día. La sustanciación del proceso de revisión fue asignada inicialmente al magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez. En el curso del trámite procesal, mediante el auto del día 27 de abril de 2020, el magistrado sustanciador asumió el conocimiento del decreto objeto de revisión y adoptó las siguientes medidas: (i) fijar en lista el asunto de la referencia por el término de cinco días, para las correspondientes intervenciones ciudadanas; (ii) dar traslado al Procurador General de la Nación para que rinda concepto sobre la constitucionalidad del decreto objeto de revisión; (iii) comunicar de la iniciación del proceso al presidente de la República para que, si lo estima pertinente, presente un escrito de forma directa o a través de los diferentes ministerios, departamentos administrativos, entidades o instituciones que conforman la Rama Ejecutiva; (iv) invitar a la siguientes instituciones para que, de considerarlo pertinente, intervengan en el proceso para pronunciarse sobre todos aquellos aspectos dentro del área de su experticia que pudieran tener incidencia en el juicio de constitucionalidad: Central Unitaria de Trabajadores, el Centro de Estudios Económicos de la Asociación Nacional de Instituciones Financieras, Fedesarrollo, Colpensiones, Asofondos, el Centro de Estudios sobre Desarrollo Económica de la Universidad de los Andes, el Instituto Políticas de Desarrollo de la Pontificia Universidad Javeriana, el Centro de Estudios Económicos de la Universidad Externado de Colombia, y las facultades de Derecho de la Universidad del Rosario, Autónoma de Bucaramanga, Externado de Colombia, de la Sabana, EAFIT y de Antioquia. Además, con el propósito de contar con nuevos elementos de juicio para evaluar la constitucionalidad de la normativa, ofició al Ministerio de Trabajo para que respondiera algunos interrogantes sobre el contenido, alcance y efectos del Decreto 558 de 2020. En tal sentido, se formularon las siguientes preguntas: (i) ¿Qué impacto podría tener la reducción en los aportes al sistema pensional prevista en los artículos 3, 4, y 5 del Decreto 558 de 2020 para los cotizantes pertenecientes al régimen de prima media y al régimen de ahorro individual? (ii) ¿La facultad para reducir los aportes al sistema pensional prevista en los artículos 3, 4, 5 y del Decreto 558 de 2020 opera independientemente de que los ingresos operacionales del empleador o del trabajador independiente se hayan reducido de manera significativa como consecuencia de la pandemia durante los meses de mayo y junio de 2020? (iii) ¿Qué tipo de evidencias tiene el Gobierno nacional para concluir que bajo el actual escenario de volatilidad en los mercados financieros generada por la pandemia del COVID-19,

el Fondo de Garantía de Pensión Mínima no permite garantizar el pago de las mesadas pensionales a los beneficiarios de la pensión bajo la modalidad de retiro programado en el régimen de ahorro individual? (iv) ¿Qué tipo de evidencias tiene el Gobierno nacional para concluir que, bajo el actual escenario de volatilidad en los mercados financieros generada por la pandemia del COVID-19, no es posible garantizar el pago de las mesadas pensionales a los beneficiarios de la pensión bajo la modalidad de retiro programado en el régimen de ahorro individual, de mantenerse el esquema normativo actual? En la sesión virtual del 23 de julio de 2020, la ponencia elaborada por el magistrado sustanciador y puesta a consideración de la Sala Plena no obtuvo la mayoría de votos requerida para su aprobación. En razón de ello, fue designado el magistrado Antonio José Lizarazo Ocampo para la sustanciación de la presente decisión, de acuerdo con los artículos 17 del Decreto 2067 de 1991 y 34 numeral 8 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional.

2 Diario Oficial 51.286 del 15 de abril de 2020.

3 Iván Duque Márquez, presidente de la República; Alicia Victoria Arango Olmos, ministra del Interior; Claudia Blum de Barberi, ministra de Relaciones Exteriores; Alberto Carrasquilla Barrera, ministro de Hacienda y Crédito Público; Margarita Leonor Cabello Blanco, ministra de Justicia y del Derecho; Carlos Holmes Trujillo García, ministro de Defensa Nacional; Rodolfo Enrique Zea Navarro, ministro de Agricultura y Desarrollo Rural; Fernando Ruiz Gómez, ministro de Salud y Protección Social; Ángel Custodio Cabrera Báez, ministro de Trabajo; María Fernanda Suárez Londoño, ministra de Minas y Energía; José Manuel Restrepo Abondano, ministro de Comercio, Industria y Turismo; María Victoria Angulo González, ministra de Educación Nacional; Ricardo José Lozano Picón, ministro de Ambiente y Desarrollo Sostenible; Jonathan Malagón González , ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio; Sylvia Cristina Constaín Rengifo, ministra de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; Ángela María Orozco Gómez, ministra de Transporte; Carmen Inés Vásquez Camacho, ministra de Cultura; Mabel Gisela Torres Torres, ministra de Ciencia, Tecnología e Innovación; Ernesto Lucena Barrero, ministro del Deporte.

4 Las preguntas realizadas fueron las siguientes: (i) ¿Qué impacto podría tener la reducción en los aportes al sistema pensional prevista en los artículos 3, 4, y 5 del Decreto 558 de 2020 para los cotizantes pertenecientes al régimen de prima media y al régimen de ahorro individual? (ii) ¿La facultad para reducir los aportes al sistema pensional prevista en los

artículos 3, 4, 5 y del Decreto 558 de 2020 opera independientemente de que los ingresos operacionales del empleador o del trabajador independiente se hayan reducido de manera significativa como consecuencia de la pandemia durante los meses de mayo y junio de 2020? (iii) ¿Qué tipo de evidencias tiene el Gobierno nacional para concluir que bajo el actual escenario de volatilidad en los mercados financieros generada por la pandemia del COVID-19, el Fondo de Garantía de Pensión Mínima no permite garantizar el pago de las mesadas pensionales a los beneficiarios de la pensión bajo la modalidad de retiro programado en el régimen de ahorro individual? (iv) ¿Qué tipo de evidencias tiene el Gobierno nacional para concluir que, bajo el actual escenario de volatilidad en los mercados financieros generada por la pandemia del COVID-19, no es posible garantizar el pago de las mesadas pensionales a los beneficiarios de la pensión bajo la modalidad de retiro programado en el régimen de ahorro individual, de mantenerse el esquema normativo actual?

5 Pese a que los cálculos se hicieron para períodos de un mes, el Decreto 059 de 2018 establece un período de cálculo acumulado de rentabilidad de 48 meses para el Fondo de Pensiones Obligatorias de Retiro Programado, debido a que la administración de estos recursos debe tener una perspectiva de largo plazo. En tal sentido, el Fondo de Retiro Programado tuvo una rentabilidad promedio de 8,43% efectivo anual entre el 31 de marzo de 2016 y el 31 de marzo de 2020.

6 Ver anexo 1.

7 Los intervinientes que defienden la constitucionalidad de la medida gubernamental son Colpensiones, la Presidencia de la República, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, la Universidad de la Sabana y la Universidad de los Andes.

8 Los intervinientes que formulan reparos a la disminución temporal de las cotizaciones al sistema general de pensiones son la Defensoría del Pueblo, la Alcaldía de Cali, Asofondos, el Instituto Colombiano de Derecho Proceso (ICDP), el Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita” de la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Externado de Colombia, la Universidad Libre de Colombia, la Universidad de Antioquia la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), Asojudiciales, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), el Sindicato de Procuradurías Judiciales, la Corporación de Pensiones y Exfuncionarios de la Universidad del Valle, Dejus, Ballesteros Abogados Asociados, Angélica

Lozano, los ciudadanos Wilson Arias, Julián Gallo León, Luis Albán, Jorge Londoño, Wilmer Leal, Carlos Carreño, Abel Jaramillo, Omar Restrepo, Germán Navas, Jesús Castillo, César Pachón, Israel Alberto Zúñiga, Fabián Díaz Plata, Alexander López, David Racero, Juan Luis Castro y otros, María Inés Solano Rodríguez, Anhy Durley González Durán, el ciudadano Darío Angarita Medellín, el ciudadano Jorge Alexander Barrero López, Elson Rafael Rodríguez Beltrán, Rafael Moreno Vargas, Javier Orlando Rodríguez Aponte y Walter Orozco Salazar.

9 Los intervinientes que defienden la constitucionalidad del mecanismo especial de pago para los pensionados bajo la modalidad de retiro programado con un salario mínimo, son los siguientes: Colpensiones, la Presidencia de la República, la Agencia Nacional para la Defensa Jurídica del Estado y el ciudadano Juan Carlos Esguerra Portocarrero.

10 Los intervinientes que cuestionan el traslado de los pensionados del RAIS bajo la modalidad de retiro programado a Colpensiones, son los siguientes: Defensoría del Pueblo, Asofondos, la Confederación de Trabajadores de Colombia (CTC), la Federación de Sindicatos de Diversos Sectores Económicos del Departamento de Cundinamarca (FESSESCUN), la Universidad Externado de Colombia, el Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita de la Universidad Externado de Colombia, el Centro Externadista de Estudios Fiscales, la Universidad Libre de Bogotá, la Universidad de la Sabana, la Universidad de los Andes, Dejus, la Corporación de Pensionados y Exfuncionarios de la Universidad del Valle, la Alcaldía de Cali, Asojudiciales, la Central Unitaria de Trabajadores (CUT), Asociación de Abogados Laboralistas de Trabajadores de Colombia (Asolaborales), Ballesteros Abogados Asociados, Anhy Durley González Durán, Angélica Lozano, los ciudadanos Jesús Alberto Castila Salazar, Deivy Leonardo Acosta Espinosa, Arturo Solarte Rodríguez, Carlos Alberto Carreño Marín, Luis Alberto Albán Urbano, Omar de Jesús Restrepo, Jairo Reinaldo Cala Suárez, Julián Gallo Cubillos, Criselda Lobo Silva, Victoria Sandino Simanca, Pablo Catatumbo, e Israel Alberto Zúñiga Iriarte, los ciudadanos Wilson Arias, Julián Gallo, León Muñoz, Luis Albán Neyla, Abel Jaramillo, Omar Restrepo, Germán Navas, Jesús Castilla, César Pachón, Israel Zúñiga, Alexander López, David Racero, Juan Luis Castro y otros, Victoria Sandino, Carlos Fernando Motoa, Darío Angarita Medellín, Néstor Carvajal López, Carlos Ernesto Castañeda Ravelo, Fabián Díaz Plata, Juan Manuel López Guarín y Enrique Guarín Álvarez, Sindicato de Procuradurías Judiciales, José Eurípides Parra Parra, Elson Rafael Rodríguez Beltrán, Martha Esperanza Romero Hernández y Walter Orozco Salazar.

11 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas entre otras, en las sentencias C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería, C-145/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla, C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-225/09 M.P. Clara Elena Reales Gutiérrez, C-226 de 2009 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-911/10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-223/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-671/15 M.P. Alberto Rojas Ríos, C-701 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de algunas de dichas sentencias.

12 Sentencia C-216/99 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

13 La Corte ha aclarado que el estado de excepción previsto en el artículo 215 puede tener diferentes modalidades, dependiendo de los hechos que motiven su declaratoria. Así, se procederá a declarar la emergencia económica, cuando los hechos que dan lugar a la declaración se encuentren relacionados con la perturbación del orden económico; social, cuando la crisis que origina la declaración se encuentre relacionada con el orden social; y ecológica, cuando sus efectos se proyecten en este último ámbito. En consecuencia, también se podrán combinar las modalidades anteriores cuando la crisis que motiva la declaratoria amenace con perturbar estos tres órdenes de forma simultánea, quedando, a juicio del presidente de la República, efectuar la correspondiente valoración y plasmarla así en la declaración del estado de excepción.

14 Decreto 333 de 1992.

15 Decreto 680 de 1992.

16 Decreto 1178 de 1994, Decreto 195 de 1999, Decreto 4580 de 2010 y Decreto 601 de 2017.

17 Decreto 80 de 1997.

18 Decreto 2330 de 1998.

19 Decreto 4333 de 2008 y 4704 de 2008.

20 Decreto 4975 de 2009.

21 Decreto 2963 de 2010 y Decreto 1170 de 2011

22 Este capítulo se ha apoyado en las consideraciones contenidas entre otras, en las sentencias C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortíz. Varios de los párrafos corresponden a transcripciones literales de dichas sentencias.

23 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortíz, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-465/17 M.P. Cristina Pardo Schlesinger, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, entre otras.

24 Ley 137 de 1994. Art. 10. "Finalidad. Cada una de las medidas adoptadas en los decretos legislativos deberá estar directa y específicamente encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos."

25 Sentencia C-724/15 M.P. Luis Ernesto Vargas. "Las medidas adoptadas por el Gobierno al amparo de la declaratoria de emergencia económica, social y ecológica (i) deben estar destinadas exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos; y (ii) deberán referirse a asuntos que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia". Sentencia C-700/15, M.P. Gloria Stella Ortiz. El juicio de finalidad "(…) es una exigencia constitucional de que todas las medidas adoptadas estén dirigidas a solucionar los problemas que dieron origen a la declaratoria de los estados de excepción. En otras palabras, es necesario que el articulado cumpla con una finalidad específica y cierta".

26 La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre este juicio en las sentencias C-517/17 M.P. Iván Escrucería Mayolo, C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortíz, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo y C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, entre otras.

27 Constitución Política. Art. 215. "Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el estado de emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes".

28 Ley 137 de 1994. Art. 47. “Facultades. En virtud de la declaración del Estado de Emergencia, el Gobierno podrá dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Los decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con dicho Estado”.

29 Sentencia C-409/17. M.P. Alejandro Linares Cantillo. “La conexidad interna refiere a que las medidas adoptadas estén intrínsecamente vinculadas con las consideraciones expresadas por el Gobierno Nacional para motivar el decreto de desarrollo correspondiente”. En este sentido, ver, también, la sentencia C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera.

30 Sentencia C-724/15. M.P. Luis Ernesto Vargas. “La conexidad en el control de constitucionalidad de los Decretos legislativos dictados con base en la declaratoria del estado de emergencia social, económica y ecológica, se dirige entonces a verificar determinadas condiciones particulares, relacionadas con la vinculación de los objetivos del Decreto con los motivos que dieron lugar a la declaratoria de emergencia, y con los hechos que la ocasionaron”. En este sentido, ver, también, la sentencia C-701/15 M.P. Luis Guillermo Guerrero.

31 El juicio de motivación suficiente de las medidas ha sido desarrollado por esta Corte en las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-223/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

32 Sentencia C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido. En la providencia se reiteran las consideraciones de las sentencias C-722/15 M.P. Myriam Ávila Roldán y C-194/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

33 Al respecto, en la sentencia C-753/15 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, la Corte Constitucional sostuvo que “en el caso de que la medida adoptada no límite derecho alguno resulta menos exigente, aunque los considerandos deben expresar al menos un motivo que la justifique”.

34 Ley 137 de 1994, “Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia”, artículo 8.

35 Sobre el juicio de ausencia de arbitrariedad se pueden consultar las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez y C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

36 Sentencia C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, en la cual se reiteran las consideraciones de las sentencias C-723/15 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-742/15 M.P. María Victoria Calle Correa.

37 Artículo 7º de la Ley 137 de 1994. "Vigencia del Estado de Derecho. En ningún caso se podrá afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. El Estado de Excepción es un régimen de legalidad y por lo tanto no se podrán cometer arbitrariedades so pretexto de su declaración. Cuando un derecho o una libertad fundamentales puedan ser restringidos o su ejercicio reglamentado mediante decretos legislativos de Estados de Excepción, estos no podrán afectar el núcleo esencial de tales derechos y libertades".

38 Sentencia C-149/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Reiterada, entre otras, en las sentencias C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-241/11 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

40 Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

41 Esta Corporación se ha referido a este juicio en las sentencias C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-434/17 M.P. Diana Fajardo Rivera, C-136 de 2009, C-409/17 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

42 Sobre el particular se han pronunciado, entre otras, las sentencias C-517/17 M.P. Iván Humberto Escruceria Mayolo, C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-465/17 Cristina Pardo Schlesinger, C-437/17 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, C-409 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo y C-723/15 Luis Ernesto Vargas Silva.

43 En la Sentencia C-179 de 1994 que revisó la constitucionalidad de la ley LEEE, la Corte precisó que la finalidad del requisito de necesidad es “impedir que se cometan abusos o extralimitaciones en la adopción de las medidas que, en todo caso, deben ser las estrictamente indispensables para retornar a la normalidad”.

44 Sobre el juicio de proporcionalidad es posible consultar las sentencias: C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-225/11 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-911/10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-224/09 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-145/09 M.P. Nilson Pinilla Pinilla y C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería.

45 Al respecto, se pueden consultar, entre otras, las sentencias C-467/17 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-466/17 M.P. Carlos Bernal Pulido, C-701 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, C-672/15 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-671/15 M.P. Alberto Rojas Ríos, C-227/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez, C-224/11 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-136/09 M.P. Jaime Araújo Rentería.

46 “Artículo 14. No discriminación. Las medidas adoptadas con ocasión de los Estados de Excepción no pueden entrañar discriminación alguna, fundada en razones de raza, lengua, religión, origen nacional o familiar, opinión política o filosófica (…)”.

47 Sobre el particular, cabe resaltar que dicho listado de categorías sospechosas no es taxativo, pues de conformidad con el artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos “la ley prohibirá toda discriminación”.

48 En este sentido, en la Sentencia C-156/11 M.P. Mauricio González Cuervo, esta Sala explicó que el juicio de no discriminación pretende hacer efectivo “el principio de igualdad ante la ley del artículo 13 de la Constitución Política, en el sentido de establecer que todas las personas recibirán el mismo trato y no se harán distinciones basadas en criterios de raza, lengua, religión, origen familiar, creencias políticas o filosóficas”.

49 En la sentencia C-145 de 2020, la Corte encontró ajustado a la Constitución el Decreto Legislativo 417 de 2020. Como fundamento de tal declaratoria, consideró que la disposición estudiada (i) cumplió con los requisitos formales; (ii) se expidió tras una situación catastrófica, imprevisible, grave, sobreviniente e intempestiva; (iii) se fundó en una hipótesis

no generada por una guerra exterior o conmoción interior; (iv) se expidió porque las facultades ordinarias del Ejecutivo resultan insuficientes para responder a esta crisis, y, (v) cumplió con los requisitos sustanciales.

50 De acuerdo con el artículo 81 de la Ley 100 de 1993, en esta modalidad "el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la sociedad administradora, con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional a que hubiere lugar […] cuando no hubiere beneficiarios, los saldos que queden en la cuenta de ahorro al fallecer un afiliado que esté disfrutando una pensión por retiro programado, acrecentarán la masa sucesoral. Si no hubiere causahabientes, dichas sumas se destinarán al financiamiento de la garantía estatal de pensión mínima".

51 Según lo establecido en el artículo 17 de la Ley 1444 de 2011, modificado por el artículo 17 de la Ley 1967 de 2019, son un total de 18 ministerios.

52 El Decreto 558 de 2020 fue publicado el 15 de abril de 2020 en el Diario Oficial número 51.286.

53 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 deberá efectuar el traslado de valores que no se encuentren registrados como pagados efectivamente. (Subrayado fuerra de texto).

54 Artículo 34

55 Artículo 26

56 Artículo 27

57 Sobre los problemas estructurales del sistema pensional ver entre otras la Sentencia SU-140 de 2019

58 Exequible en los términos de la Sentencia C-037 de 1996.

59 Cfr. Sentencia C-055 de 1996. Adicionalmente, en Sentencia C-737 de 2001, en relación con los efectos en el tiempo de las sentencias de la Corte Constitucional, este Tribunal ha señalado que "distintas razones de seguridad jurídica recomiendan que exista una regla general sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del juez constitucional. Y en el caso colombiano, la norma general es la siguiente: la constatación de que una ley adolece de un vicio de inconstitucionalidad implica su declaración de inexequibilidad por la Corte Constitucional, y esa decisión tiene efectos hacia el futuro o ex nunc, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos constitucionales, como el Alemán o el estadounidense, en donde el fallo tiene efectos retroactivos o ex tunc. Esto significa que una sentencia de inconstitucionalidad diferida representa una excepción a la regla general sobre los efectos temporales de las decisiones de la Corte, lo cual tiene una obvia consecuencia: el recurso a ese tipo de decisiones no sólo debe ser de uso excepcional sino que debe estar expresamente motivado, pues el juez constitucional tiene una carga de argumentación, ya que debe explicar convincentemente por qué se separa de la regla general".

60 Sentencia C-179 de 1994