



Honorables magistrados

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrado ponente: **Luis Guillermo Guerrero Pérez.**

E.S.D.

Referencia: **Expediente número RE-284**

Revisión del Decreto 558 de 2020

Jorge Kenneth Burbano Villamarín actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá** (en adelante OIcc); **Kimberly Guzmán Gómez** actuando como ciudadana y **miembro del OIcc** y **Javier Enrique Santander Díaz** actuando como ciudadano y **coordinador del OIcc**, respetuosamente presentamos ante la Honorable Corte Constitucional la siguiente intervención con ocasión del control automático de constitucionalidad del **Decreto Legislativo 558 del 15 de abril del 2020.**

A. Norma objeto de control automático de constitucionalidad

La norma que será controlada es el Decreto Legislativo 558 del 15 de abril del 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”.*

B. Consideraciones del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la U. Libre.

El objetivo de este documento es realizar un aporte a la revisión integral del Decreto 558 del 15 de abril del 2020, conforme a los lineamientos fijados por el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Para ello, esté acápite de la intervención se estructurará en los siguientes puntos: (i) Anotaciones sobre la motivación del Decreto 558 de 2020; (ii) Algunas precisiones sobre la modalidad de Retiro Programado y; (iii) Juicio de Constitucionalidad.

Las medidas contenidas en el decreto 558 de 2020 que el Observatorio abordará en su estudio por considerarlas más relevantes son las siguientes:

- 1. Pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones:** Permite que los empleadores privados y públicos, así como los trabajadores independientes, paguen como aporte de cotización a pensiones el 3% para los períodos de abril y mayo. El



75% del pago corresponde al empleador y el 25% restante al trabajador. Si es trabajador independiente asumirá el 100%¹.

- 2. Mecanismo especial de pago para pensiones bajo la modalidad de retiro programado:** Consiste en que si las AFP advierten que los recursos en la cuenta de ahorro pensional de sus pensionados bajo la modalidad de retiro programado con mesada pensional de un salario mínimo legal vigente no son suficientes para continuar recibéndola y por tal razón es necesario contratar una renta vitalicia, deberán trasladar a Colpensiones los recursos del fondo individual del pensionado en un plazo máximo de 4 meses². La pensión seguirá pagándose a través de Colpensiones con las mismas características de una renta vitalicia³. Se prevé, adicionalmente, que si Colpensiones verifica que el valor total trasladado no corresponde con el cálculo actuarial para el pago de todas las pensiones, las AFP deberán trasladar el saldo restante⁴. Finalmente, se aclara que Colpensiones, como pagadora de pensiones trasladadas, no asumirá todas las actividades u operaciones adicionales al pago de pensiones, tales como la defensa judicial asociada a esas prestaciones, reliquidaciones de mesada, pagos de retroactivos, reliquidación del bono pensional o de la suma adicional, entre otras, pues éstas continuarán a cargo de las AFP que hayan reconocido la pensión, con la opción de modificarlo con un acuerdo de una comisión superior de administración al 1,5% y el traslado de los dineros necesarios para cubrir obligaciones sobrevinientes, diferentes a las contempladas en la pensión originalmente reconocida⁵.

(i) Anotaciones sobre la motivación del Decreto 558 de 2020

En el considerando del Decreto objeto de estudio el Gobierno indica, en resumen, que el escalamiento de la pandemia Coronavirus COVID-19 representa una amenaza global a la salud pública con afectaciones al sistema económico. Que conforme a ello, el Fondo Monetario Internacional y la Organización Internacional del Trabajo indicaron que la pandemia se había convertido en una crisis económica y financiera que trae como consecuencia el aumento sustancial del desempleo, por lo cual, los países deben adoptar medidas para salvaguardar la actividad económica, proteger a los trabajadores, conservar sus empleos y estimular la economía. Que el aislamiento preventivo ha generado una disminución en el consumo de bienes y servicios, lo que conlleva la afectación del flujo de recursos de los empleadores y de los trabajadores independientes, lo que ha implicado dificultades para atender sus obligaciones, por lo que es necesario tomar medidas para disminuir sus cargas económicas.

¹ Decreto 558 de 2020. Art 3.

² Decreto 558 de 2020. Art 6.

³ Decreto 558 de 2020. Art 7.

⁴ Decreto 558 de 2020. Art. 9.

⁵ Decreto 558 de 2020. Art. 10.



Para el Observatorio, los argumentos anteriores satisfacen la justificación de la medida n° 1, pues la suspensión del pago correspondiente al aporte pensional de los trabajadores durante los meses de mayo y junio del presente año, constituye un alivio financiero temporal para aquellos empleadores y trabajadores que decidan acogerse al beneficio.

No obstante, no resulta suficiente para justificar la medida n°2, pues en relación con ésta el considerando del Decreto se limita a indicar que en la modalidad de retiro programado existe un riesgo financiero, pues en virtud de la ley, los recursos que conforman el capital pensional bajo esta modalidad continúan siendo administrados por la AFP en portafolios invertidos en diversos activos del mercado. Hasta este punto no se advierte relación alguna con la emergencia, pues esta situación hace parte de los tiempos de normalidad. Incluso, en el memorial de remisión de pruebas allegado por la Secretaría de Presidencia a su Despacho el 5 de mayo de 2020, se señala que:

*“...existe un riesgo de descapitalización en la 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 forma, y debido a que en el Retiro Programado la propiedad de los recursos y los riesgos siguen estando en cabeza del afiliado al no haber sido transferidos a una compañía de seguros, el afiliado asume los **riesgos de mercado y el riesgo de extralongevidad**. Por un lado, el riesgo de mercado es entendido como el riesgo derivado de las fluctuaciones del valor de las inversiones, el cual puede generar que el saldo de la cuenta de ahorro del pensionado aumente o disminuya según se comporte el mercado. Por otro lado, el riesgo de extralongevidad es entendido como el riesgo de que el afiliado o sus beneficiarios vivan más que la edad esperada, edad que es utilizada por las administradoras para calcular la mesada pensional. La materialización de los riesgos señalados anteriormente puede conducir a que haya una descapitalización de las cuentas de ahorro individual, descapitalización, entendida como la diferencia entre el capital necesario calculado por la AFP para financiar una pensión de salario mínimo y el saldo de la cuenta de ahorro individual más el bono pensional si hay lugar a éste”. (Énfasis propio)*

Extracto del cual es dado concluir que el riesgo aducido por el Gobierno para justificar la medida n° 2 está definido en dos conceptos: los riesgos del mercado y el riesgo de extralongevidad. Riesgos que no son consecuencia ni efectos atribuibles a la pandemia que generó la declaratoria de emergencia, sino que responden a condiciones anteriores y atribuibles al diseño mismo del sistema.

Más adelante el Decreto expone que los recursos de ese capital se ven afectados por factores exógenos, como el riesgo financiero que se puede traducir en baja rentabilidad de las inversiones, en atención a las fluctuaciones en las tasas de interés, precios de acciones y otros títulos, que en condiciones financiera como la actual, sumado a los bajos precios de petróleo,



aumentan la inestabilidad de los mercados y genera efectos adversos en mercados de capitales. Para el Gobierno esto afecta, principalmente, a los recursos que financian las prestaciones de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado que perciben un mínimo legal mensual vigente y provoca el desfinanciamiento a largo plazo de las pensiones reconocidas bajo esta modalidad, y se crea **el riesgo de que los recursos resulten insuficientes en el futuro** para cumplir con el pago de las mesadas.

Sobre lo anterior vale comentar que las afirmaciones del Gobierno se reducen a conjeturas y previsiones de riesgos futuros, que además, de hacerse realidad no son efectos, necesaria y únicamente producidos por la pandemia, pues como el mismo Decreto explica, el riesgo financiero es el resultado de varios aspectos, como las fluctuaciones en las tasas de interés, los precios de acciones y títulos, la baja del precio del petróleo y las condiciones financieras actuales (de ésta última sería parte la crisis producida por el Covid-19).

Continúa argumentado que cuando las AFP advierten que el capital no es suficiente para garantizar una pensión mínima deben realizar un traslado de modalidad a la de renta vitalicia y que como el Estado es el garante de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones y Colpensiones es una entidad del Sistema General de Pensiones, es necesario establecer un mecanismo para que Colpensiones pueda recibir y pagar las pensiones de la modalidad de retiro programado para que se garantice que sigan siendo pagadas en forma de vitalicia. En este punto se observa que el Gobierno arriba a esta conclusión sin ahondar en porque, si se predice que los fondos privados no podrán (a futuro) cubrir el valor de estas pensiones, si lo podrá hacer Colpensiones con el traslado que le haga de los capitales, y porque en lugar de agotar el procedimiento indicado en la ley de contratar a una aseguradora para que garantice la renta vitalicia, es ahora pertinente darle esa carga a los fondos públicos de pensiones de los colombianos simplemente por la naturaleza jurídica que ostenta.

Expone el Gobierno en el memorial de pruebas allegado a su Despacho el 5 de mayo de 2020 que, si bien, en virtud del control de saldos de la modalidad de Retiro Programado, aquellas pensiones que llegan al límite mínimo deben ser trasladadas a la modalidad de renta vitalicia para asegurar el pago de una mesada pensional mínima, a la fecha existen retiros programados cuyos recursos se encuentran en dicho límite pero “en el mercado no hay apetito por este tipo de seguros a largo plazo”. Para respaldar su afirmación cita datos de la Superintendencia Financiera de Colombia, **según los cuales a partir del año 2012 las rentas vitalicias empezaron a disminuir** y en febrero de 2020 estas llegaron a corresponder al 38% de las pensiones del RAIS, mientras el 58% pertenece a la modalidad de retiro programado.

Para el Observatorio Constitucional de la U Libre, con dicha información, el Gobierno ratifica que la crisis que motivo la medida n° 2 no guarda relación directa con la declaratoria de emergencia, pues el problema del mercado de las rentas vitalicias con las aseguradoras viene manifestándose, inclusive desde el año 2012.



(ii) Algunas precisiones sobre la modalidad de Retiro Programado

La modalidad de retiro programado está definida en el art. 81 de la Ley 100 de 1993, de acuerdo con la cual el afiliado o los beneficiarios obtienen su pensión de la AFP con cargo a su cuenta individual de ahorro pensional y al bono pensional que haya lugar. La norma señala que en todo caso el saldo de la cuenta de ahorro pensional, mientras el afiliado está disfrutando su pensión, no podrá ser inferior al capital para financiar una renta vitalicia de un salario mínimo legal mensual vigente.

Las AFP que ofrezcan el pago de pensiones bajo la modalidad Retiro Programado, son las llamadas a controlar permanentemente que el saldo de la cuenta de ahorro individual del pensionado no sea inferior a la suma necesaria para adquirir una póliza de renta vitalicia. En línea con lo anterior, el artículo 12 del Decreto 832 de 1996 compilado en el artículo 2.2.6.3.1 del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016 ratificó dicha obligación e indicó que en el momento de iniciar el Retiro Programado el afiliado informará a la AFP la aseguradora con la cual se deberá contratar la Renta Vitalicia en caso de que el saldo no sea suficiente para continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Retiro Programado. Asimismo, la AFP deberá informar al pensionado con por lo menos cinco días de anterioridad a la adquisición de la póliza, sobre la necesidad de continuar recibiendo su pensión bajo la modalidad Renta Vitalicia, así como las nuevas condiciones de pago de la misma.

Aunado a lo anterior, la norma también dispuso en su parágrafo primero que **si la AFP no tomó en su oportunidad las medidas necesarias para evitar que el saldo final de la cuenta fuese inferior a la suma necesaria para adquirir una Renta Vitalicia, la suma que haga falta será a cargo de la AFP**, sin perjuicio de las sanciones administrativas a que haya lugar por el incumplimiento a un deber legal.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia T-020 de 2011 indicó 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**. Por ello, una vez los saldos de la cuenta de ahorro individual dejan de ser suficientes para pagar la pensión pagada en retiro programado se produce un traslado de la modalidad de retiro programado a la de renta vitalicia.

Con lo anterior queda claro que el control de saldos y la adecuada rentabilidad del portafolio es una obligación de las AFP. Es decir que en la hipótesis de que la aseguradora no asuma el riesgo para las pensiones que terminan en un salario mínimo quienes deben asumirlo son la AFP.

Ahora bien, en la práctica y en tiempos de normalidad ha existido gran dificultad para que las aseguradoras asuman este riesgo, por lo que puede resultar lógico que durante la crisis esta opción sea menos probable. No obstante, el Presidente de Asofondos manifestó en reciente



comunicación⁶, que a la fecha el presunto riesgo de descapitalización expuesto por el Gobierno no se ha concretado y que las AFP cuentan con recursos suficientes para garantizar estas pensiones.

Ahora bien, si en gracia de discusión, se llegará a consolidar tal riesgo, resulta pertinente traer a colación la siguiente disposición de la Ley 100 de 1993:

ARTÍCULO 60. CARACTERÍSTICAS. *El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:*

(...)

g. El Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, en los términos de la presente ley, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional;

Es decir, que en caso de presentarse una descapitalización de los fondos de los pensionados de la modalidad de retiro programado del RAIS que llegase al punto de producir el incumplimiento en el pago de la pensión mínima, la Ley ya dispone que el último garante de las mismas sea el Estado colombiano, permitiendo a su vez, revertir contra el patrimonio de las AFP y aplicar las sanciones correspondientes.

Conforme a lo anterior, el Observatorio considera que: (i) no hay razón ni finalidad valedera para justificar la medida n° 2, distinta a la de quitarle la responsabilidad de pago de estas pensiones a las AFP o dotar de mayores recursos a Colpensiones con el traslado de capital que se dispone las AFP deben realizar en los próximos 4 meses, lo que en todo caso no tiene relación alguna con la emergencia o la mitigación de sus efectos; (ii) considerar necesario trasladar a Colpensiones los fondos y la obligación de pago de los pensionados de la modalidad de retiro programado con pensión mínima implica desconocer la existencia de las normas y mecanismos ya existentes para el cumplimiento de la garantía de pensiones mínimas.

(iii) Juicio de Constitucionalidad

La Constitución Política de 1991 puso en cabeza de la Corte Constitucional la revisión de los decretos legislativos expedidos en el marco de un estado de excepción⁷. En ejercicio de dicha competencia, esta Corporación ha desarrollado una línea consistente de subreglas

⁶ ASOFONDOS. Comunicado de prensa del 22 de abril de 2020. Disponible en <https://www.asofondos.org.co/wp-content/uploads/2020/04/Sobre-Decreto-558-y-cuestionamientos-fondos-de-pensiones-Comunicado-abril-22-Final.pdf>

⁷ Constitución Política de Colombia. Art. 214.6, 215 (parágrafo) y 241.7.



jurisprudenciales para llevar a cabo la revisión automática e integral de dichas normas, empleando un juicio de constitucionalidad que abarca un aspecto formal y otro material⁸.

1. Examen formal

El control de constitucionalidad formal de los decretos expedidos en el desarrollo de la declaración del Estado de Excepción analiza, al menos, los siguientes puntos: (i) que sean suscritos por el Presidente y todos los ministros del gabinete; (ii) que se promulguen dentro del término del estado de emergencia correspondiente; (iii) que se publiquen en el Diario Oficial, (iv) que sean remitidos a la Corte Constitucional por el Presidente de la República al día siguiente de su promulgación, para el ejercicio del control de constitucionalidad de manera automática⁹; y, (v) que contenga una motivación respecto de las medidas adoptadas¹⁰.

El OIcc verificó el cumplimiento de estos requisitos, concluyendo que el Decreto 558 del 15 de abril del 2020: (i) fue suscrito por el Presidente y sus 18 ministros de Despacho; (ii) fue promulgado el 15 de abril de 2020, es decir dentro de los 30 días de vigencia del estado de emergencia¹¹; (iii) fue publicado en el Diario Oficial n° 51.286 del 15 de abril de 2020; (iv) fue remitido a la Corte Constitucional el 16 de abril de 2020, cumpliendo el término de remisión establecido y; (v) cumple con la carga de motivación, explicando las razones de su expedición y su relación con el estado de emergencia que le dio origen.

Bajo estas precisiones el Decreto 558 de 2020 pasa el examen formal en el juicio de su constitucionalidad, y a continuación corresponde realizar el análisis de fondo.

2. Examen material

La Corte Constitucional ha señalado la necesidad de realizar un juicio constitucional en diferentes niveles con el objetivo de establecer la relación directa y específica con el estado de emergencia que motiva la producción del decreto legislativo, así como un análisis encaminado a evaluar si contribuye exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos¹².

Este control analiza, al menos, los siguientes criterios:

- (i) **Conexidad:** Establecer si las medidas se refieren a la misma materia que dio lugar a la declaratoria del estado de excepción.

⁸ Corte Constitucional, Sentencias C-004 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y C-465 de 2017 M.P. Cristina Pardo.

⁹ Corte Constitucional. Sentencias C-225-09, M.P. Clara Elena Reales y C-742-15, M.P. María Victoria Calle Correa

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencias C-225-09, M.P. Clara Elena Reales y C-465-17, M.P. Cristina Pardo.

¹¹ Según el art. 1 del Decreto 417 de 2020, el término del estado de emergencia es de 30 días calendario contados desde el 17 de marzo del 2020 hasta el 16 de abril del 2020.

¹² Corte Constitucional, Sentencias C-802 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-723 de 2015, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.



- (ii) **Finalidad:** Las medidas deben estar directa y específicamente encaminadas a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos¹³.
- (i) **Necesidad:** Las medidas deben ser indispensables para alcanzar el fin buscado. Supone dos dimensiones: Necesidad fáctica: ¿las medidas son necesarias? Necesidad jurídica: ¿Existe una medida similar de la normalidad que pueda suplir ésta y que sea idónea?¹⁴
- (ii) **Proporcionalidad:** Las medidas deben guardar proporción con la gravedad de los hechos y si no plantea restricciones o limitaciones desproporcionadas a los derechos fundamentales¹⁵.
- (iii) **Temporalidad:** Las medidas no pueden ser indefinidas, sino que deben tener una duración limitada de acuerdo con las exigencias de la situación¹⁶.
- (iv) **Otros requisitos constitucionales derivados de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción¹⁷:** Se debe analizar si el decreto legislativo: a. no incluye medidas que suspendan o limiten derechos y libertades fundamentales; b. no interrumpe el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado y c. no suprime ni modifica los organismos ni las funciones básicas de acusación y Juzgamiento¹⁸.

Para exponer su análisis, el OIcc presentará el juicio realizado a las medidas en un cuadro para establecer de forma clara y concisa las conclusiones a las que arribó.

Medida 1: pago parcial del aporte al Sistema General de Pensiones	
Tipo de juicio	Análisis
Conexidad	Cumple con el requisito de conexidad externa, pues hay relación entre las causas de la declaratoria de emergencia y la finalidad del Decreto en estudio, pues en términos del Gobierno la adopción de las medidas está orientada a aliviar las obligaciones que puedan verse afectadas en su cumplimiento por los efectos de la crisis. Igualmente, cumple con el requisito de conexidad interna, pues la medida en particular busca generar un alivio para empleadores y trabajadores con el fin de incentivar a la conservación de empleos y la protección de los

¹³ *Ibíd.*

¹⁴ Corte Constitucional. Sentencias C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-225 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-672 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-703 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schelinger.

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencias C-225 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-724 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schelinger.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-700 de 2015. M.P. Gloria Ortiz Delgado.

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencias C-179 de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-122 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonel; C-225 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-672 de 2015, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, C-700 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado, C-703 de 2015, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio y C-724 de 2015 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schelinger.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-465 de 2017. M.P. Cristina Pardo Schelinger



	trabajadores, los cuales son efectos económicos de la crisis.
Finalidad	Supera el juicio de finalidad, pues uno de los efectos del estado de emergencia es la afectación del mercado laboral, dada la reducción de ingresos de empleadores y trabajadores dependientes e independientes. De esta forma la medida busca que con la disminución de las cargas laborales de estos sujetos durante la emergencia se evite la extensión de los efectos económicos de la pandemia con el aumento de los niveles de desempleo y cierre de empresas que promueven la economía. De esta forma, la medida procura la conservación de los empleos actuales, la protección social de los trabajadores y la liquidez de los empleadores.
Necesidad	Supera el juicio de necesidad. Desde el aspecto fáctico, porque la crisis de desempleo que ha generado la pandemia hace necesario que el Gobierno adopte medidas para incentivar a los empleadores a conservar los empleos y a proteger a los trabajadores. Desde el aspecto jurídico o de subsidiariedad, porque ninguna norma, antes de la expedición del Decreto, permitía disminuir o suspender el pago de los aportes pensionales ante alguna excepcionalidad, como la actual, por lo cual, es necesaria la adopción de una medida que permita de forma transitoria dar un alivio financiera a empleadores y trabajadores.
Proporcionalidad	<p>Para este punto consideramos pertinente aclarar que la medida tiene las siguientes implicaciones:</p> <ol style="list-style-type: none">1. Suspende durante 2 meses el pago del aporte pensional, lo que implica que estas semanas y valores no serán tomados en cuenta para el reconocimiento de la pensión de los trabajadores, por lo cual, al finalizar su vida laboral se verán obligados a cotizar este tiempo para compensar los periodos no contabilizados.2. Mantiene el pago del 3% correspondiente a los gastos de administración del Sistema y la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, lo que implica que se debe asumir un valor correspondiente a la administración de un aporte que no se realiza por dos meses, pese a que en el futuro el trabajador se verá en la obligación de compensar estos tiempos, cotizándolos y asumiendo nuevamente el valor correspondiente a la administración. <p>Estas implicaciones no aplicarán solamente en los tres casos en los que se autoriza la contabilización de las semanas correspondientes a los dos meses de aplicación de la medida: (i) para completar las 1.150 semanas del RAIS en pensiones de un salario mínimo; (ii) para completar las</p>



	<p>1.300 semanas de RPM en pensiones de un salario mínimo y: (iii) para acreditar el cumplimiento del requisito de semanas para acceder a las pensiones de invalidez y sobrevivencia y la cobertura del seguro previsional.</p> <p>Para el OIcc, aunque es razonable que si se suspende la obligación de cotización al Sistema General de Pensión, también se suspenda la contabilización del tiempo, pues de lo contrario se afectaría la sostenibilidad del sistema, resulta desproporcionado que se le imponga la carga al trabajador de asumir doblemente la obligación de pagar los gastos de administración, esto es, lo correspondiente a las semanas que cubre el decreto, y posteriormente, lo correspondiente a las semanas que tendrá que cotizar para compensar el tiempo que se dejó de contabilizar en este periodo.</p>
Temporalidad	Supera el juicio porque la medida tiene vigencia solo para los periodos de abril y mayo del presente año cuyas cotizaciones de efectúan en los meses de mayo y junio.
Otros requisitos constitucionales derivados de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia	Cumple los requisitos porque: (a) no incluye medidas que suspenden o limiten derechos y libertades fundamentales; (ii) no interrumpe el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado y (iii) no suprime ni modifica los organismos ni las funciones básicas de acusación y Juzgamiento.

Medida 2: Mecanismo especial de pago para pensiones bajo la modalidad de retiro programado	
Tipo de juicio	Análisis
Conexidad	Cumple con el requisito de conexidad externa, pues hay relación entre las causas de la declaratoria de emergencia y la finalidad del Decreto en estudio, pues en términos del Gobierno la adopción de las medidas está orientada a evitar la extensión de los efectos económicos negativos generados por el Covid-19. Sin embargo, no cumple con el requisito de conexidad interna, pues la medida en particular no tiene relación con los efectos económicos negativos generados con la pandemia, ya que la crisis que prevé el Gobierno para la modalidad de retiro programado del RAIS responde al diseño mismo del sistema, el cual implica riesgos de extralongevidad y riesgos del mercado, es decir, que no son las causas de la emergencia las responsables de la presunta crisis de



	pensiones que se pretende conjurar.
Finalidad	No supera el juicio de finalidad, pues como se indicó antes, la medida no está directa y específicamente direccionada a conjurar las causas de la crisis ni a impedir la extensión de sus efectos. Lo anterior dado que los efectos que el Gobierno pretende evitar con la medida no son consecuencia de la emergencia, sino que son atribuibles a riesgos del mercado de vieja data y al diseño mismo de la modalidad por retiro programado del RAIS.
Necesidad	<p>No supera el juicio de necesidad. Desde el aspecto fáctico, porque el Gobierno no muestra evidencias financieras o actuariales que permitan concluir que existe un riesgo real y actual de descapitalización de las pensiones de un salario mínimo en la modalidad de retiro programado. Desde el aspecto jurídico o de subsidiariedad, tampoco supera el juicio porque ignora que en la normatividad ya existen mecanismos que cumplen la función de garantizar la pensión mínima y proteger las inversiones de los fondos.</p> <p>Por un lado, la Ley 100 de 1993 y el Decreto 832 de 1996 dispuso, en relación con la modalidad de retiro programado, que las AFP deben determinar anualmente si el capital con el que se cuenta es suficiente para reconocer una prestación con un valor de al menos un salario mínimo. De no ser así, la ley exige que las AFP contraten una compañía aseguradora que garantice una renta vitalicia al pensionado y que de no haber adoptado a tiempo las medidas para garantizarlo el valor faltante debe ser asumido por las AFP.</p> <p>Por otro lado, el literal g del art. 60 de la Ley 100 de 1993 dispone que en caso de que las AFP incumplan con su obligación de garantizar la pensión mínima, el Gobierno será el garante de dichas pensiones, con la posibilidad de revertirlo contra el patrimonio de las AFP y adoptar las sanciones correspondientes.</p> <p>Con lo anterior se concluye que ya existían mecanismos legales para manejar, en caso de suceder, la descapitalización de las pensiones mínimas de los pensionados de la modalidad del retiro programado.</p>
Proporcionalidad	La medida no guarda proporción con la gravedad de los hechos, pues no hay certeza en que la afectación económica derivada de la crisis financiera mundial producida por la pandemia tenga la potencialidad de generar la descapitalización de las pensiones mínimas en la modalidad de retiro programado y que las AFP no estén en capacidad de garantizarlas, por lo que resulta desproporcional trasladar dicha



	carga a Colpensiones.
Temporalidad	El traslado de recursos y el cambio de competencias para el pago de pensiones que dispone el artículo tienen carácter permanente. Los artículos 6 a 13 del Decreto 588 no disponen limitación en el tiempo ni posibilidad de retracto, por el contrario, en el artículo 7 se indica que la pensión seguirá pagándose a través Colpensiones, y tendrá las mismas características de una renta vitalicia, es decir el pensionado recibirá, en la forma prevista en el Decreto, el pago 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 ellos tengan derecho.
Otros requisitos constitucionales derivados de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción en Colombia	Cumple los requisitos porque: (a) no incluye medidas que suspenden o limiten derechos y libertades fundamentales; (ii) no interrumpe el normal funcionamiento de las ramas del poder público ni de los órganos del Estado y (iii) no suprime ni modifica los organismos ni las funciones básicas de acusación y Juzgamiento.

C. Conclusiones y recapitulaciones

A partir del análisis jurídico realizado por el Observatorio Constitucional de la U. Libre respecto del Decreto 558 de 2020, se concluye que:

- Los artículos 1 y 2 del Decreto 558 de 2020 son exequibles en forma condicionada, en el entendido que los apartes referidos a la medida dirigida a los pensionados de la modalidad de retiro programado que reciben un salario mínimo legal mensual vigente, a Colpensiones y a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y Cesantías no se ajustan a los requisitos constitucionales propios de los Decretos Legislativos expedidos bajo estados de excepción, ya que (i) no guarda relación con los efectos económicos negativos generados con la pandemia; (ii) no está direccionada a conjurar las causas de la crisis ni a impedir la extensión de sus efectos; (iii) es innecesaria desde el punto de vista fáctico y jurídico; (iv) es desproporcional y (v) no es temporal.
- Los artículos 3 y 4 del Decreto 558 de 2020 son exequibles en forma condicionada, en el entendido que, si bien la medida consistente en suspender el pago de la cotización del aporte pensional cumple con los requisitos constitucionales, la medida consistente en mantener el cobro del porcentaje correspondiente a la administración de aportes que no se efectuarán resulta desproporcionada, pues se le impone al trabajador la carga de asumir doblemente la obligación de pagar los gastos de administración, esto es, lo correspondiente a las semanas que cubre el decreto, y posteriormente, lo



correspondiente a las semanas que tendrá que cotizar para compensar el tiempo que se dejó de contabilizar en este periodo.

- El artículo 5 del Decreto 558 de 2020 es exequible pues el Observatorio Constitucional comprobó que la medida de no contabilización de los tiempos no cotizados, exceptuando a afiliados que requieran de este tiempo para acceder a la pensión mínima o acreditar el cumplimiento de requisitos de pensiones de invalidez y sobrevivencia, cumple con los requisitos constitucionales de los Decretos Legislativos en estados de excepción, en particular, porque resulta razonable que si se suspende la obligación de cotización al Sistema General de Pensión, también se suspenda la contabilización del tiempo, pues de lo contrario se afectaría la sostenibilidad del sistema.
- Los artículos 6 , 7, 8, 9, 10, 11 son inexecutable ya que la medida consistente en trasladar a Colpensiones el capital de las cuentas de los pensionados bajo la modalidad de retiro programado cuya pensión es un salario mínimo (i) no tiene relación con los efectos económicos negativos generados con la pandemia; (ii) no está directa y específicamente direccionada a conjurar las causas de la crisis ni a impedir la extensión de sus efectos; (iii) no es necesaria pues no se ha acreditado la existencia de un riesgo real producido por la emergencia y de existir, existen mecanismos consagrados en la normatividad para enfrentarlo; (iv) es desproporcional porque no guarda proporción con los hechos que la motivan y (v) la medida no es temporal, pues no fija límites en el tiempo y sus efectos son definitivos.
- Los artículos 12 y 13 son inexecutable pues son disposiciones que regulan aspectos de la medida consistente en trasladar a Colpensiones el capital de las cuentas de los pensionados bajo la modalidad de retiro programada con pensión es un salario mínimo, y como tal, siguen su suerte de inexecutable.

D. Petición

Por las razones expuestas solicitamos respetuosamente a la Honorable Corte Constitucional:

- Declarar executable de manera condicionada los artículos 1 y 2 del Decreto 558 de 2020
- Declarar executable de manera condicionada los artículos 3 y 4 del Decreto 558 de 2020 con efectos *ex nunc* -a partir de la expedición del Decreto-, es decir, desde el 15



abril de 2020¹⁹. Teniendo en cuenta que es factible que, para fecha en que la Corte Constitucional decida definitivamente sobre la constitucionalidad del Decreto, los aportes parciales que dispone la norma ya hayan sido efectuados, por lo tanto se deberán modular los efectos de la sentencia, disponiendo una medida que garantice que el trabajador no sumirá los costos de administración de cotizaciones no efectuadas, bien sea ordenando la devolución del valor correspondiente a los costos de administración o disponiendo su descuento en un periodo posterior.

- Declarar exequible el artículo 5 del Decreto 558 de 2020
- Declarar inexecutable los artículos 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 y 13 del Decreto 588 del 2020 por las razones expuestas en la presente intervención.

De los señores Magistrados, atentamente,

Jorge Kenneth Burbano Villamarín

Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

Calle 8 No. 5-80, Segundo Piso - Cel. 3153465150 - Correo: jkbv@hotmail.com

Kimberly Guzmán Gómez

Abogada egresada de la Universidad Libre, Bogotá.

Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

C.C 1.032. 484. 634 de Bogotá- Cel. 3123093426-Correo: kimberly.guzman.gomez@gmail.com

Javier Enrique Santander Diaz

Coordinador Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional

Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.

C.C. 1014255131 - Tel. 3104861528 – Correo: santander.javier@hotmail.com

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-619-03. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Caso en el cual la corte moduló los efectos de su sentencia de revisión constitucional de un Decreto Legislativo de estado de excepción, concediendo efectos pro futuro a su sentencia, indicando para tal fin que: “Así como los estados de excepción suponen una anomalía en el funcionamiento del Estado, de la misma forma el control constitucional supone una alteración de las reglas generales como la de conceder efectos pro futuro a las sentencias”.