



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

Honorables

MAGISTRADOS CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA

Magistrada ponente: **GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO**

E.S.D.

Referencia: **RE- 339** Decreto legislativo 812 del 04 de junio de 2020
Intervención Ciudadana

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN, actuando como ciudadano y **Director del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre de Bogotá**; **DIANA JIMENEZ**, **Docente de la Facultad de derecho de la Universidad Libre**, actuando como ciudadana y **miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional**, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, vecinos de Bogotá, dentro del término legal según auto del 9 de julio de 2020, de conformidad con lo establecido en el artículo 242 numeral 1 de la C.P y el artículo 7 Decreto 2067 de 1991, presentamos la siguiente intervención ciudadana, en el marco de la emergencia económica, social y ecológica, en defensa de la supremacía e integridad de la Constitución de Colombia de 1991.

Dentro del trámite de revisión de la referencia, **el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la U Libre, solicita la inexecutable del párrafo 2º del artículo 5º del Decreto 812 de 2020:**

Artículo 5. Transferencias Monetarias. El Departamento Administrativo para la Prosperidad Social será la entidad encargada de la administración y operación de los programas de transferencias monetarias del Gobierno nacional, entendidos estos como los aportes del Estado otorgados, en carácter de subsidios directos y monetarios, a la población en situación de pobreza y de extrema pobreza.

Parágrafo 2. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, el Programa de Protección Social al Adulto Mayor -Colombia Mayor- y la compensación del impuesto sobre las ventas -IVA serán ejecutados por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Los contratos de encargo fiduciarios que hubiese suscrito el Ministerio del Trabajo para la operación del Programa de Protección Social al Adulto Mayor-Colombia Mayor y de la compensación del impuesto sobre las ventas -IVA que estén en ejecución podrán ser cedidos al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social.



La declaratoria de inexecutable se solicita con base en los argumentos que a continuación se presentan.

1.- La disposición abusa de las facultades extraordinarias del Presidente de la República en el marco del Estado de Excepción por Emergencia Económica, Social y Ecológica.

La jurisprudencia de esta Corporación, al realizar el estudio del artículo 215 Superior y la Ley 137 de 1994 “*Por la cual se regulan los Estados de Excepción en Colombia*” (LEEE) ha establecido que: “*el estudio de los límites materiales específicos de los decretos legislativos expedidos en desarrollo de un Estado de Emergencia económica, social y ecológica, debe ser llevado a cabo a partir los siguientes juicios: (i) **de conexidad material y de finalidad**, (ii) de ausencia de arbitrariedad y de intangibilidad, (iii) de no contradicción específica, (iv) **de motivación suficiente**, (v) **de necesidad**, (vi) de incompatibilidad, (vii) de proporcionalidad, y, finalmente, (viii) de no discriminación*”¹,

1.1.- De la conexidad material y finalidad

De acuerdo con el artículo 215 Constitucional y el 47 de la LEEE, las medidas adoptadas en los Decretos Legislativos deben tener relación directa y específica con el evento que se afronta y estar dirigidas únicamente a conjurar las causas que le dieron origen e impedir la extensión de sus efectos. Para el estudio de este requisito la Corte ha indicado que “*la conexidad debe ser evaluada desde dos puntos de vista, a saber: (i) interno, o la específica 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, la relación entre el decreto legislativo de desarrollo y la declaratoria de emergencia*”.

Por su parte el juicio de finalidad, establecido en el artículo 10 de la LEEE, establece que los decretos legislativos deben estar “*directa y específicamente encaminados a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos*”².

1.2.- De la motivación suficiente

¹ Corte Constitucional, sentencia C-466 del diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), M.P. Dr. Carlos Bernal Pulido (Negritas y subrayas fuera del texto).

² Corte Constitucional, Sentencia C-722 del veintiocho (25) de noviembre de dos mil quince (2015), M.P. Dra. Myriam Ávila Roldán.



Establecido en el artículo 8º de la LEEE, tiene como fundamento cerciorarse que la restricción de derechos fundamentales adoptadas, encuentre razones válidas que justifiquen las limitaciones, en el caso de que no se impongan medidas restrictivas de garantías fundamentales, deberá existir en los considerandos al menos un motivo que justifique de la decisión³, como resulta exigible en el presente asunto.

1.3.- De la necesidad

Este juicio, establecido en el artículo 11 de la LEEE, exige que los decretos legislativos tengan medidas indispensables para lograr superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos. Sobre este punto, la Corte también ha indicado que el estudio del cumplimiento debe realizarse en dos aspectos, el fáctico, en el cual deberá demostrarse que las medidas sean idóneas para atender la emergencia y el jurídico, en el cual se debe analizar que *“la existencia dentro del ordenamiento jurídico ordinario de provisiones legales que fueran suficientes y adecuadas para lograr los objetivos de la medida excepcional, evaluación denominada por la jurisprudencia como juicio de subsidiariedad”*⁴.

De la revisión de los anteriores requisitos frente a la disposición contenida en el párrafo 2º del Artículo 5º del Decreto Legislativo 812 de 2020, se encontró en la parte motiva del citado Decreto el siguiente argumento:

“Que es necesario que el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social administre y opere de manera centralizada los programas sociales de transferencias monetarias, con el fin de mejorar la gestión pública en el manejo de estos programas y así garantizar el máximo beneficio económico y optimización de los recursos presupuestales disponibles. Lo anterior, teniendo en cuenta que durante el Estado de Emergencia es indispensable adoptar todas las medidas necesarias para maximizar los beneficios del gasto social y eliminar todo tipo de barreras administrativas que puedan acrecentar el estado de vulnerabilidad de la población más pobre”.

Por lo cual se adopta la siguiente medida:

³ Corte Constitucional, Sentencia C-753 del diez (10) de diciembre de dos mil quince (2015), M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴ op. cit. C-722 de 2015



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

“PARÁGRAFO 2. A partir de la entrada en vigencia del presente Decreto Legislativo, el Programa de Protección Social al Adulto Mayor - Colombia Mayor- y la compensación del impuesto sobre las ventas -IVA serán ejecutados por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Los contratos de encargo fiduciarios que hubiese suscrito el Ministerio del Trabajo para la operación del Programa de Protección Social al Adulto Mayor -Colombia Mayor y de la compensación del impuesto sobre las ventas -IVA que estén en ejecución podrán ser cedidos al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. (Resaltado fuera del texto).

La anterior medida carece de una motivación que cumpla con los juicios expuestos, empezando porque ni siquiera se menciona el Fondo de Solidaridad Pensional que financia el Programa Colombia Mayor y que forma parte del Sistema General de Seguridad Social, así como tampoco se evidencia el estudio técnico que demuestre que el Programa con toda su estructura operativa en 1.103 municipios y 4 corregimientos departamentales y con una población de 1'696.971 beneficiarios adultos mayores y la entrega mensual de un subsidio de \$80.000 con un esquema de pagos sin riesgo para el Fondo, no tiene un buen desempeño, carece de eficacia, es ineficiente o no puede garantizar *“el máximo beneficio económico y optimización de los recursos”* lo que se mejorará si es operado por el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, circunstancias que hacen inconstitucional la norma transcrita.

Frente a lo anterior, debe destacarse que incluso el Auto del 26 de junio de 2020, por medio del cual el Despacho de la Magistrada Sustanciadora avocó conocimiento del Decreto estudiado, debió requerir a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República para explicar la necesidad de los cambios en la ejecución y cesión de los contratos de encargo fiduciario de los Programas de Protección Social al Adulto Mayor - Colombia Mayor - y compensación del impuesto sobre las ventas - IVA, en otros términos, forzar la motivación que no tuvo el Decreto, pues a todas luces carece de ella.

2.- De la transgresión al Derecho a la Seguridad Social y la usurpación de la competencia del legislador para configurar el Sistema Integral de Seguridad Social



El artículo 48 de la Constitución Política entregó al Congreso de la República la facultad de configurar el Sistema Integral de Seguridad Social, sobre el cual esta Corporación ha destacado que goza de un amplio margen a fin de garantizar que dicho sistema cuente con los medios para que los recursos destinados a las pensiones y a los servicios básicos complementarios mantengan su poder adquisitivo constante, y su prestación se realice con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos en el citado artículo 48. (Sentencia C-841 de 2003).

El Fondo de Solidaridad Pensional, creado por el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, **es un instrumento de compensación social** que hace parte del Sistema de Seguridad Social de Colombia y se constituye en **uno de los mecanismos que hace efectivo el principio de solidaridad** que rige al sistema y, además, **constituye una de las manifestaciones propias del Estado Social de Derecho** que se expresa en el artículo 1 de la Constitución (Sentencias C-1054 de 2004 y C-451 de 2005).

Así las cosas, se tiene que el Fondo de Solidaridad Pensional es una cuenta especial del Presupuesto General la Nación, sin personería jurídica, adscrito al Ministerio del Trabajo cuyos recursos se manejan en dos Subcuentas así:

- **Subsistencia:** Destinada al otorgamiento de subsidios económicos para la protección de adultos mayores en estado de indigencia o de pobreza extrema a través del “Programa Colombia Mayor”. (Ley 797 de 2003)
- **Solidaridad:** Financia el “Programa de Subsidio al Aporte en Pensión – PSAP”, destinado a otorgar un subsidio a las cotizaciones para pensiones de los grupos específicos de población que por sus características y condiciones socioeconómicas no tienen acceso a los sistemas de seguridad social y que carecen de recursos para efectuar la totalidad del aporte.

Conforme lo indicó la Corte Constitucional en Sentencia C-243 de 2006, los programas financiados por el Fondo de Solidaridad son **“mecanismos de efectivización del principio de solidaridad permiten varios propósitos de socialización de los riesgos de invalidez, vejez o muerte de las personas menos favorecidas**. Así por ejemplo, las pensiones futuras de quienes hoy en día cotizan con base en el salario mínimo en su momento se verán subsidiadas en



aproximadamente un 49.1%.⁵ También en aplicación del principio de solidaridad, con cargo al Fondo de Solidaridad Pensional, se podrá ampliar la cobertura del sistema mediante el subsidio a los grupos de población que, por sus características y condiciones socioeconómicas, no tendrían acceso a los sistemas de seguridad social. Además, la subcuenta de subsistencia de dicho fondo, permitirá extender la protección a las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico (Sentencia C-1054 de 2004).

Conforme lo indica la Ley 797 de 2003, en su artículo 8°, los recursos de la Subcuenta de Subsistencia que financia el Programa Colombia Mayor provienen de:

- Aporte adicional de los afiliados con ingreso igual o superior a 16 salarios mínimos mensuales legales vigentes, así: de 16 a 17 smlmv de un 0.2%, de 17 a 18 smlmv de un 0.4%, de 18 a 19 smlmv de un 0.6%, de 19 a 20 smlmv de un 0.8% y superiores a 20 smlmv de 1% destinado exclusivamente a la subcuenta de subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional.
- El 50% 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 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- Los aportes del presupuesto nacional;
- Aportes de los pensionados que devenguen una mesada superior a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes y hasta 20 contribuirán en un 1%, y los que devenguen más de 20 salarios mínimos contribuirán en un 2%

Se recuerda que **los aportes obligatorios que realizan los afiliados al Sistema de Seguridad Social en pensiones**, según la jurisprudencia constitucional revisten el carácter de **contribuciones parafiscales**. Dichas contribuciones fueron definidas por el artículo 29 del Estatuto Orgánico del Presupuesto sobre las cuales la Corte ha indicado que son recursos con una destinación determinada y precisa lo que no las convierte en renta de destinación específica, y además, pueden estar incluidas dentro del Presupuesto General de la Nación sin que por ello entren a engrosar el erario ya que mantienen su afectación especial. Sentencias C-651 de 2001 y C-840 de 2003.

El Estatuto Orgánico del Presupuesto, en su artículo 29 define las contribuciones parafiscales de la siguiente manera:

“Son contribuciones parafiscales los gravámenes establecidos con carácter obligatorio por la ley, que afectan a un determinado y único

⁵ Este dato es tomado de la intervención del Ministerio de Hacienda dentro expediente D-4603, correspondiente al proceso que culminó con la Sentencia C- 967 de 2003, que declaró la constitucionalidad de la expresión “*En ningún caso el ingreso base de cotización podrá ser inferior a un salario mínimo legal mensual vigente*”, contenida en el artículo 5° de la Ley 797 de 2003.



grupo social o económico y se utilizan para beneficio del propio sector. El manejo, la administración y la ejecución de estos recursos se hará exclusivamente en forma dispuesta en la ley que los crea y se destinarán sólo al objeto previsto en ella, lo mismo que los rendimientos y excedentes financieros que resulten al cierre del ejercicio contable.

*Las contribuciones parafiscales administradas por los órganos que forman parte del Presupuesto General de la Nación se incorporarán al presupuesto solamente para registrar la estimación de su cuantía y en capítulo separado de las rentas **fiscales y su recaudo será efectuado por los órganos encargados de su administración***". (Resalado fuera del texto).

En la Sentencia C-155 de 2004, se señaló: "*Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones*".

Es muy importante precisar que la Constitución Política, en su artículo 338 otorga competencia exclusiva en tiempos de paz, al Congreso, para establecer excepcionalmente contribuciones parafiscales en los casos y bajo las condiciones que establezca la ley.

Por tanto, los recursos de la Subcuenta Subsistencia del Fondo de Solidaridad, son recaudados, administrados y ejecutados conforme lo indica la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003.

El Decreto Legislativo 812 de 2020, omite por completo justificar, el por qué deben suspenderse las normas que establecen la naturaleza de los recursos y los mecanismos de recaudo, administración y ejecución de los recursos de la Subcuenta Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional en cumplimiento de los



requisitos establecidos en la Ley Estatutaria Estatutaria 137 de 1994 de los Estados de Excepción.

Lo expuesto refuerza la posición según la cual el Decreto estudiado no supera el juicio de necesidad, puesto que el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional en general y el Programa Colombia Mayor en particular, gozan de amplio desarrollo legal, por lo que el Gobierno Nacional cuenta con las herramientas necesarias y eficaces para atender a la población adulta mayor en estado de vulnerabilidad en cualquier tiempo, incluyendo durante la Emergencia causada por el Covid-19, sin requerir la modificación de la estructura del Sistema de Seguridad Social⁶.

3.- Sobre la Administración Fiduciaria del Fondo de Solidaridad Pensional y su representación

Tal como lo establece el artículo 25 de la Ley 100 de 1993, cuya constitucionalidad fue objeto de pronunciamiento favorable por la Corte Constitucional en Sentencia C-243 de 2006, los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional deben ser administrados en fiducia por sociedades fiduciarias de naturaleza pública, previo proceso licitatorio enmarcado dentro de las previsiones de la Ley 80 de 1993 y sus normas concordantes, del mismo modo se dispone que el Fondo es una cuenta especial de la Nación sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Frente a lo anterior, debe destacarse que el Decreto 2094 de 2016, por medio del cual modificó la estructura del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, en su artículo 3^o establece:

*“OBJETIVO. El **Departamento Administrativo para la Prosperidad Social** tiene como objetivo **dentro del marco de sus competencias** y de la ley, formular, adoptar, **dirigir, coordinar y ejecutar las políticas, planes, programas y proyectos para la inclusión social y la reconciliación en términos de la superación de la pobreza y la pobreza extrema**, la atención de grupos vulnerables, la atención integral a la primera infancia, infancia y*

⁶ Sobre este punto debe destacarse que el gobierno nacional mediante los Decretos Legislativos 458 de 2020 y 659 de 2020 autorizó la entrega de transferencias monetarias adicionales y extraordinarias a los beneficiarios del Programa Colombia Mayor, lo que demuestra que no se requiere poner en cabeza del Departamento Administrativo para la Prosperidad Social la ejecución del Programa, sino que se generó una usurpación de la competencia para organizar el Sistema de Seguridad Social.



adolescencia, y la atención y reparación a víctimas del conflicto armado a las que se refiere el artículo 3º de la Ley 1448 de 2011, el cual desarrollará directamente o a través de sus entidades adscritas o vinculadas, en coordinación con las demás entidades u organismos del Estado competentes.”

De la norma trascrita brilla por su ausencia la facultad del Departamento para administrar recursos del Sistema de Seguridad Social, en tal sentido debe destacarse que el ejecutivo erró al encasillar al Programa Colombia Mayor como un Programa Social ajeno al Sistema de Seguridad Social, lo que a la postre conlleva un déficit sustantivo de motivación⁷, por cuanto se desconoció la naturaleza del Programa y su funcionamiento, tanto es así, que pretendiendo asignar la competencia de ejecutar el programa Colombia Mayor en el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, se terminó desfigurando el funcionamiento del Fondo de Solidaridad Pensional, lo que demuestra una ausencia de documentación frente a los motivos y necesidades a partir de las cuales se condujo el proceso decisorio.

Ahora, al descender a las consecuencias prácticas del Decreto Legislativo, se demuestra aún más el déficit de la motivación y la carencia de estudio sobre la decisión tomada, por cuanto, en virtud del artículo 25 de la Ley 100 de 1993, el Ministerio del Trabajo adelantó la Licitación Pública No.- LP MT 002 de 2018 de cuyo resultado le fue adjudicada la Administración Fiduciaria del Fondo de Solidaridad Pensional a la Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. – FIDUAGRARIA S.A. suscribiéndose el Contrato de Encargo Fiduciario No. - 604 de 2018.

Las obligaciones de la Administradora Fiduciaria respecto del Fondo de Solidaridad están agrupadas en tres grandes actividades a saber:

- **El manejo de los recursos de ambas subcuentas.**
- La administración del Portafolio de Inversiones
- **La operación y administración de sus programas y de su sistema de información.**

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-226 del treinta (30) de marzo de dos mil nueve (2009), M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.



Obligaciones definidas por el Decreto 1833 de 2016, compilatorio de las normas del Sector de Pensiones.

Por tanto, la posibilidad establecida en el parágrafo 2° del artículo 5° del Decreto Legislativo 812 de 2020 sobre : “(...) *Los contratos de encargo fiduciario que hubiese suscrito el Ministerio del Trabajo para la operación del Programa de Protección Social al Adulto Mayor -Colombia Mayor y de la compensación del impuesto sobre las ventas -IVA que estén en ejecución podrán ser cedidos al Departamento Administrativo para la Prosperidad Social*”, es **jurídicamente improcedente**, toda vez, que el Contrato de Encargo Fiduciario suscrito, es para la administración integral del Fondo de Solidaridad Pensional y no solo para “operar” el Programa de Protección Social al Adulto Mayor - Colombia Mayor, por lo cual la cesión parcial del mismo es totalmente inviable, teniendo en cuenta además como ya se anotó las obligaciones relacionadas con el recaudo y la administración del portafolio de inversiones de la Subcuenta Subsistencia.

Lo anterior, demuestra que no se documentaron los motivos a partir de los cuales se condujo el proceso decisorio que dio lugar al parágrafo 2° del artículo 5° del Decreto 812 de 2020, por lo que su eficacia genera contradicciones jurídicas y la desfiguración de uno de los componentes del Sistema de Seguridad Social, todo esto aunado a la inexistencia de un estudio o elementos de juicio que demostraran que el Programa Colombia Mayor era ineficaz y que el motivo de ello era estar en cabeza del Ministerio del Trabajo o por su Administración Fiduciaria.

4.-Conclusiones

En conclusión, se puede resumir las falencias constitucionales de la norma en cita así:

4.1.- No cumple con los requisitos y postulados de la Ley Estatutaria 137 de 1994 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre los **Estados de Excepción**, al omitir la sustentación y justificación técnica sobre el traslado del Programa Colombia Mayor de la Subcuenta Subsistencia del Fondo de Solidaridad Pensional del Ministerio del Trabajo al Departamento Administrativo de la Prosperidad Social.

4.2.- Se omitió justificar la necesidad de desarticular uno de los componentes del Sistema de Seguridad Social como lo es el Fondo de Solidaridad Pensional cuyos recursos se rigen por las normas de la parafiscalidad, provenientes del aporte de los afiliados y pensionados.



Universidad Libre Facultad de Derecho Bogotá

3.3.- Existió un déficit sustantivo de motivación, ante la ausencia de planificación y documentación frente a los motivos y consecuencias prácticas de la decisión adoptada, pues persiguiendo el traslado de competencia para ejecutar el Programa Colombia Mayor, se desfiguró el Fondo de Solidaridad Pensional.

Por todo lo anterior el Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional de la Universidad Libre solicita a la H. Corte declarar la **INEXEQUIBILIDAD del parágrafo 2º del artículo 5º del Decreto 812 de 2020**, contenido en el decreto 812 del 4 de Junio de 2020

De los H. Magistrados, Atentamente,

JORGE KENNETH BURBANO VILLAMARIN
Director Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Facultad de Derecho Universidad Libre, Bogotá.
Calle 8 5-80, Segundo Piso. Cel. 3153465150.
Correo: jkbv@hotmail.com

DIANA PATRICIA JIMENEZ AGUIRRE
Miembro del Observatorio de Intervención Ciudadana Constitucional
Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre, Bogotá.
C.C. 66716375
Correo: dpjimeenza@yahoo.es