

**SEÑORES**

**H. CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SALA ESPECIAL DE DECISIÓN No. 26**

**CONSEJERO PONENTE: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**E. S. D.**

**Radicado número: 11001-03-15-000-2020-01293-00**

**Autoridad: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA**

**Asunto: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD**

JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ, decano de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario e IVÁN DANIEL JARAMILLO JASSIR, profesor de la Facultad de Jurisprudencia e investigador del Observatorio Laboral de la Universidad del Rosario procedemos a **INTERVENIR** en el proceso de control de constitucionalidad inmediato de legalidad en los siguientes términos:

**I. ESTADO DE EMERGENCIA ECONÓMICA SOCIAL Y ECOLÓGICA DEL QUE EMANA LA NORMA EN ESTUDIO**

La Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del nuevo Coronavirus COVID-19 es una pandemia que comporta una emergencia sanitaria y social mundial.

El Decreto – Legislativo 417 del 17 de marzo de 2020 declaró Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional por el término de 30 días, el artículo 3 del referido dispuso que el Gobierno nacional adoptará mediante decretos legislativos, todas aquellas disposiciones adicionales que sean necesarias para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos.

El Decreto – Legislativo 531 del 8 de abril de 2020 ordenó el aislamiento preventivo obligatorio de todas las personas habitantes de República de Colombia, a partir cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril 2020, hasta las cero horas (00:00 a.m.) del día de abril de 2020, en el marco de la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19.

El artículo 215 de la Carta Política dispone también que, dentro del Estado de Emergencia, el Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos expedidos con ocasión de ella, así mismo lo establece la ley 137 de 1994 , en su artículo 50.

En razón a la situación generada por la pandemia, mediante circular No. 0021 de 2020 el Ministerio de Trabajo estableció medidas para la protección al empleo con ocasión de la fase de contención de COVID-19 y de la declaración de emergencia sanitaria, en esta circular se exponen las alternativas que tienen los empleadores para adoptar en medio de la emergencia que estamos viviendo: trabajo en casa, teletrabajo, jornada laboral flexible, vacaciones anuales, anticipadas y colectivas, permisos remunerados conforme al artículo 57 del CST, calamidad doméstica, aplicación del artículo 140 del CST.

Por otro lado, en la circular No. 0022 de 2020 del Ministerio del Trabajo, manifiesta que no se ha otorgado autorización alguna para despidos colectivos de trabajadores, ni para suspensión de contratos laborales.

La Organización Internacional del Trabajo el 18 de marzo hizo un llamado a todos los gobiernos del mundo, para adoptar medidas urgentes, a gran escala y coordinadas basadas en tres pilares: proteger a los trabajadores en el lugar del trabajo, estimular la economía y empleo, y sostener los puestos de trabajo y los ingresos, todo ello para afrontar la crisis planetaria por la que estamos atravesando.

La Recomendación 205 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la recuperación, la paz y la resiliencia con respecto a las situaciones de crisis provocadas por los conflictos y los desastres establece en forma expresa en el numeral 8:

“Los Miembros deberían adoptar un planteamiento gradual y multidimensional, poniendo en práctica estrategias coherentes y globales para promover la paz, prevenir las crisis, posibilitar la recuperación y potenciar la resiliencia, que incluyan:

- a) la estabilización de los medios de vida y de los ingresos, a través de medidas inmediatas para el empleo y la protección social;
- b) la promoción de la recuperación económica local para generar oportunidades de empleo y trabajo decente y reintegración socioeconómica;
- c) la promoción del empleo sostenible y el trabajo decente, la protección social y la inclusión social, el desarrollo sostenible, la creación de empresas sostenibles, en particular las pequeñas y medianas empresas, la transición de la economía informal a la economía formal, la transición justa hacia una economía ambientalmente sostenible y el acceso a los servicios públicos;
- d) la celebración de consultas y el fomento de la participación activa de las organizaciones de empleadores y de trabajadores en la planificación, la puesta en práctica y el seguimiento de las medidas de recuperación y resiliencia, teniendo en cuenta, según proceda, las opiniones de las organizaciones pertinentes de la sociedad civil;
- e) la evaluación del impacto que tienen en el empleo los programas nacionales de recuperación puestos en práctica con inversiones públicas y privadas, para promover el empleo pleno, productivo y libremente elegido y el trabajo decente para todas las mujeres y todos los hombres, en particular para las personas jóvenes y las personas con discapacidad;
- f) la prestación de orientación y apoyo a los empleadores a fin de que puedan adoptar medidas eficaces para identificar, prevenir y mitigar los riesgos de los efectos negativos en los derechos humanos y laborales en sus actividades, o en

productos, servicios o actividades con los que puedan estar directamente asociados, y para rendir cuentas sobre la manera en que abordan esos riesgos;

g) la aplicación de una perspectiva de género en todas las actividades de diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de la prevención y la respuesta a la crisis;

**h) el establecimiento a nivel nacional de marcos económicos, sociales y jurídicos que fomenten una paz duradera y un desarrollo sostenible, dentro del respeto de los derechos laborales;**

i) la promoción del diálogo social y la negociación colectiva;

j) la creación o el restablecimiento de instituciones del mercado de trabajo, con inclusión de servicios de empleo, que impulsen la estabilización y la recuperación;

k) el desarrollo de la capacidad de los gobiernos, incluidas las autoridades regionales y locales, así como de las organizaciones de empleadores y de trabajadores, y

l) la adopción de medidas, según proceda, para la reintegración socioeconómica de las personas afectadas por una crisis, en particular aquellas que hayan estado relacionadas con las fuerzas armadas o con grupos combatientes, inclusive a través de programas de formación destinados a mejorar su empleabilidad.” (Resaltado y subrayas fuera de texto).

## **II. LA CIRCULAR EXTERNA 013 DE 2020 EN DESARROLLO DEL ARTÍCULO 3 DEL DECRETO 488 DE 2020**

La norma base objeto de estudio está centrada en el artículo 3 del Decreto Legislativo 488 del 27 de marzo del 2020:

**Artículo 3. Retiro de Cesantías. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, el trabajador que haya presentado una disminución de su ingreso mensual, certificada por su empleador, podrá retirar cada mes de su cuenta de cesantías el monto que le permita compensar dicha reducción, con el fin de mantener su ingreso constante. Esta disposición aplica únicamente para retiros de los fondos**

**administrados por Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado.** La Superintendencia Financiera impartirá instrucciones inmediatas a las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado, para que la solicitud, aprobación y pago de las cesantías de los trabajadores se efectúe por medios virtuales, en razón a la emergencia declarada.

**Parágrafo.** Para el retiro de las cesantías de que trata este artículo las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado, no podrán imponer requisitos adicionales que limiten la aplicación del presente artículo. (Resaltado y subrayas fuera de texto).

En desarrollo del contenido del mandato previsto en el artículo 3 del Decreto 488 de 2020 está enmarcado en el carácter temporal del estado de emergencia económica, social y ecológica previsto en el artículo 215 de la Constitución Política que no deroga las normas protectoras del trabajo previstas en el Código Sustantivo del Trabajo.

Sobre el particular, respecto del auxilio de cesantías se han ensayado las siguientes teorías sobre la naturaleza jurídica de esta prestación social:

- i. Carácter **indemnizatorio** del auxilio de cesantía: El artículo 14 de la Ley 10 de 1934 establece sobre el particular: “En caso de despido, que no sea originado por mala conducta ni por incumplimiento del contrato comprobados, tendrán derecho a un auxilio de cesantía equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicio que presten o hayan prestado y proporcionalmente por las fracciones de año.”
- ii. Superada la Ley 10 de 1934 de conformidad con las derogatorias del Código Sustantivo del Trabajo, se afirmó la naturaleza de **salario diferido**

del auxilio de cesantía dada su condición de salario anual adicional para los trabajadores como parte del aservo de derechos. Esta tesis fue rápidamente descartada dada la confusión de la naturaleza salarial y prestacional del pago que supondría, de considerarse salario, su propia inclusión para la liquidación de este beneficio haciendo imposible su cálculo sin perjuicio de la ausencia del carácter de remuneración directa de servicio del auxilio de cesantía.

- iii. Descartada la idea de la naturaleza salarial, se adscribió el auxilio de cesantía a una **prestación por desempleo**, que al tiempo debe descartarse dada la causación del auxilio de cesantía a la finalización del contrato de trabajo, como regla general, sin que se incluya la condición de desempleado del trabajador como requisito de causación de esta prestación.
- iv. En este sentido el auxilio de cesantía, precisada su ausencia de caracterización como prestación por desempleo, se puede afirmar su verdadera naturaleza jurídica como **prestación social con connotaciones de ahorro forzoso**.

En este sentido, es importante aclarar que el auxilio de cesantía corresponde a una prestación social con connotaciones de ahorro forzoso de conformidad con lo previsto en el artículo 249 del C.S.T. que prevé el pago a la terminación del contrato de trabajo con independencia de la situación de desempleo del beneficiario de la prestación de forma que la utilización del auxilio de cesantía como amortiguador social desquicia la orientación de la prestación social en cuestión y desarticula el carácter protector del derecho del trabajo.

### **III. PARÁMETROS DE LEGALIDAD DE LA CIRCULAR EXTERNA 013 DE 2020**

Las deficiencias de legalidad de la Circular enjuiciada, una vezpreciada la contradicción de la orientación de la norma base, están contenidas en las directrices de la Circular que desconocen preceptos superiores así:

“SEGUNDA. Las AFPC deben usar el procedimiento normal de retiro de cesantías para tramitar las solicitudes derivadas del artículo 3 del Decreto 488 de 2020, y podrán solicitar únicamente información adicional **tendiente a determinar el monto del retiro mensual.**

TERCERA. La certificación **expedida por el empleador** de que trata el artículo 3 del Decreto 488 de 2020 puede ser remitida por el trabajador a través de mensajes de datos, o en general cualquier medio electrónico o digital de acuerdo con los mecanismos que defina la respectiva AFPC, y debe contener la siguiente información:

Nombre o razón social del empleador junto con el tipo y número de identificación

Nombre y apellidos del trabajador junto con el tipo y número de identificación

Datos de contacto del empleador

Salario devengado por el trabajador a 1 de marzo de 2020

**El monto de la disminución del ingreso mensual del trabajador.**

La AFPC deberá darle trámite a las solicitudes con base en certificaciones que tengan la información antes mencionada.

La certificación emitida por el empleador será válida para todas las solicitudes mensuales de retiro parcial de cesantías autorizado por el artículo 3 del Decreto 488 de 2020, sin perjuicio de la posibilidad de que sea actualizada por el afiliado ante cambios en sus circunstancias.”

La norma objeto de estudio, relaciona como requisito para el retiro parcial de cesantías, la certificación patronal sobre la afectación del salario del trabajador. Es necesario precisar que la rebaja unilateral del salario está proscrita en el régimen laboral colombiano de forma que, de certificarse reducción del ingreso por las causales de licencia no remunerada (causal de suspensión, numeral 4 del artículo 51 del C.S.T.) o en el caso de revisión del contrato de trabajo (artículo 50 del C.S.T.) debería incluir el acuerdo de las partes para habilitar el retiro parcial en consonancia con los principios protector y de irrenunciabilidad en consonancia con la inderogabilidad del mínimo de derechos y garantías que emana del carácter de orden público de las normas laborales.

Es necesario precisar que, en caso de suspensión del contrato de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito (numeral 1 artículo 51 del C.S.T.) debe solicitarse la autorización del Ministerio del Trabajo de conformidad con lo previsto en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990.

Al tiempo, resulta deseable que la circular en estudio precise las condiciones de retiro de la consignación de cesantías en el monto exclusivamente de compensación de disminución de la remuneración mensual previo **consentimiento informado del trabajador** a propósito del carácter temporal y extraordinario de la medida así como la importancia de respetar en lo posible el carácter de ahorro forzoso de la prestación, de la que es titular, que se utilizaría para la compensación de la becha en la remuneración.

Por último es deseable que la circular en estudio incluya disposiciones específicas sobre traslado de los recursos de fondo de cesantías en los términos del artículo 5

de la Ley 432 de 1998 para evitar traslado de fondo de cesantías del Fondo Nacional del Ahorro a Fondos Privados de Cesantías sin el cumplimiento de requisitos legales.

De los señores magistrados,

Atentamente,

***JOSÉ ALBERTO GAITÁN MARTÍNEZ***  
***Decano Facultad de Jurisprudencia***  
***Universidad del Rosario***

***IVÁN DANIEL JARAMILLO JASSIR***  
***Investigador Observatorio Laboral***  
***Profesor Área Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social***  
***Facultad de Jurisprudencia***  
***Universidad del Rosario***