

Bogotá D.C., mayo de 2020

Honorable magistrada

Gloria Stella Ortíz Delgado

Corte Constitucional

E. S. D.

Referencia: Expediente RE-291

Asunto: Intervención Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario en revisión de constitucionalidad del Decreto 565 de 2020 *“Por el cual se implementa una medida temporal con el fin de proteger los derechos de los beneficiarios del Servicio Social Complementario, denominado Beneficios Económicos Periódicos BEPS, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica”*.

Respetada magistrada:

Angie Daniela Yepes García, coordinadora del Grupo de Acciones Públicas (GAP) de la Universidad del Rosario, junto con **María Daniela Pineda Martínez**, **María Alejandra Vargas Corredor**, **Simón Ospina Pieschacón** y **Laura Serna Mosquera**, miembros activos del GAP y con **Adriana Camacho Ramírez**, profesora de carrera de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario; actuando en calidad de ciudadanos, identificados como aparece al pie de nuestras firmas, en ejercicio de nuestros derechos y deberes ciudadanos consagrados en el numeral 7º del artículo 95 de la Constitución Política, nos permitimos presentar la siguiente **intervención ciudadana** en el proceso de revisión automática de constitucionalidad del Decreto 565 de 2020, emitido bajo las facultades extraordinarias otorgadas al Presidente dentro del estado de excepción en el que se encuentra Colombia a raíz de la pandemia del COVID-19.

El GAP es una clínica jurídica de interés público, adscrita al Consultorio Jurídico de la Universidad del Rosario, que trabaja por la defensa de los derechos humanos y el interés público. Nuestras labores de incidencia implican, entre otras, la presentación de intervenciones ciudadanas ante la Corte Constitucional en asuntos de interés público. Acudimos al presente proceso en respuesta al llamado hecho por la Honorable Magistrada ponente Dra. Gloria Stella Ortiz Delgado, quien mediante auto del 24 de abril de 2020 solicitó concepto del Grupo de Acciones Públicas respecto de la constitucionalidad del Decreto 565, expedido en el marco de la declaratoria de estado de emergencia.

Para ello, nuestra intervención se divide en cuatro partes. En primer lugar, analizaremos el cumplimiento de los requisitos formales que deben cumplir los decretos legislativos expedidos en uso de facultades legislativas extraordinarias. En segundo lugar, desarrollaremos una contextualización sobre el contenido de la norma bajo estudio. En tercer lugar, expondremos el cumplimiento de los requisitos materiales exigidos por la jurisprudencia, a la luz de un

análisis material del Decreto. Por último, presentaremos nuestras conclusiones y plantearemos nuestra pretensión.

A. REQUISITOS DE FORMA DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA.

Según la jurisprudencia en este punto, cuando a la Corte Constitucional le corresponde estudiar la constitucionalidad de decretos legislativos emitidos en el marco de una declaratoria de estado de excepción debe constatar el cumplimiento de los siguientes requisitos de forma¹.

- (i) *que hayan sido dictados y promulgados en desarrollo del decreto que declaró el respectivo estado de excepción,*
- (ii) *que lleven la firma del Presidente de la República y de todos los Ministros del Despacho,*
- (iii) *que hayan sido emitidos dentro del término de vigencia del estado de emergencia fijado en el decreto declaratorio,*
- (iv) *que cuenten con unas motivaciones, las cuales sirvan de razones o causas que condujeron y justifican su expedición*

Por lo tanto, procedemos a hacer el análisis de cada uno de estos requisitos a fin de verificar si el mismo cumple con todos los requisitos.

1. Suscripción y firmas.

El artículo 215 de la Constitución exige que los decretos legislativos sean firmados por el Presidente y todos sus ministros. En efecto, el Decreto 565 de 2020 se encuentra firmado por los 18 ministros del gobierno, y por el presidente, Iván Duque Márquez, por lo que cumple a cabalidad con el requisito.

2. Temporalidad.

El artículo 215 Superior dispone que el Presidente de la República podrá declarar el estado de emergencia económica, social y ecológica "*por períodos hasta de treinta días en cada caso*". A su vez, el mismo artículo también dispone que el decreto que declare dicho estado deberá señalar el término en el que se van a utilizar estas facultades.

En el presente caso, la existencia de dicho estado de emergencia fue promulgado por el Decreto Legislativo 417 de 2020 por un término de 30 días calendario. Este decreto empezó a regir el día de su expedición, es decir, diecisiete (17) de marzo de dos mil veinte (2020). En el caso del Decreto 565 de 2020, su expedición fue el día quince (15) de abril de 2020, es decir, dos días antes de la finalización del término de estado de emergencia, por lo que se encuentra dentro del término.

3. Motivación.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-434/17, M.P. Diana Fajardo Rivera.

La jurisprudencia constitucional ha afirmado que “[t]anto el decreto que declara el estado de emergencia económica, social y ecológica, como los decretos que contienen las medidas encaminadas a conjurar la crisis, deben estar motivados”².

La motivación del Decreto 565 de 2020 está relacionada con el impacto del Covid-19 en los mercados financieros, particularmente lo referente a la disminución de la rentabilidad de todas en el mercado, incluidas aquellas que hacen parte del portafolio que respalda el pago de las anualidades vitalicias de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS. El contenido particular de dicho sustento será desarrollado más adelante. No obstante, al contar con un sustento motivo el Decreto 565 de 2020 satisface el requisito formal de motivación.

4. Conexidad formal y temática.

La Constitución establece en su artículo 215 que la legislación expedida en virtud del estado de emergencia solamente puede referirse a materias que tengan una relación directa y específica con la causa generadora del estado de emergencia. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la conexidad formal y temática implica que el decreto legislativo haya sido emitido en desarrollo de Decreto que declaró el estado de excepción y que exista una conexidad temática entre el objetivo que persigue el decreto bajo análisis y las medidas que adopta³.

Al respecto, el Decreto 565 de 2020 señala expresamente en su parte motiva que fue emitido en el marco de la declaratoria de estado de excepción del Decreto 417 de 2020, y de hecho parte de su motivación es la eventual crisis económica de la que el Decreto 417 de 2020 habla, por lo que se demuestra la conexidad formal entre la motivación de la norma y las medidas expedidas.

Habiendo analizado todos los requisitos de forma, se ha comprobado que el Decreto 565 de 2020 cumple con los requisitos formales de los decretos legislativos de emergencia económica. Por lo que, procederemos a estudiar los requisitos materiales.

B. SOBRE LOS BENEFICIOS ECONÓMICOS PERIÓDICOS Y SU REGULACIÓN EL DECRETO 565 DE 2020

Antes de profundizar en el análisis de cumplimiento los requisitos materiales en el Decreto 565 de 2020, resulta preciso hacer una breve aproximación al contenido de la norma en estudio, en razón a su complejidad. Lo anterior con el fin de exponer en términos claros el sentido del Decreto y el fundamento del análisis que se realizará.

En primer lugar, es preciso señalar que los Beneficios Económicos Periódicos en adelante BEPS, son un tipo de Servicio Social Complementario creado por el Acto Legislativo 01 de

² Corte Constitucional, Sentencia C-468/17, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³ Corte Constitucional, Sentencia C-700/15, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Corte Constitucional, Sentencia C-468/17, M.P. Alberto Rojas Ríos.

2005 y desarrollado mediante el Decreto 604 de 2013 con la finalidad de “*incentivar el ahorro para la vejez, en población de bajos recursos que por sus condiciones socioeconómicas no cumplen con los requisitos legales para obtener una pensión del Sistema General de Pensiones*”⁴.

Otra característica fundamental que señala el Decreto 604 de 2013 en su artículo primero es que los BEPS “son un mecanismo individual, independiente, autónomo y voluntario de protección para la vejez, que se ofrece como parte de los Servicios Sociales Complementarios y que se integra al Sistema de Protección a la Vejez”. Bajo este mismo sentido, la norma indica que los BEPS funcionan bajo la modalidad de ahorros con incentivos, los cuales según el artículo 2 del decreto son en sí mismos un subsidio periódico.

En cuanto a los requisitos para ser beneficiarios de los BEPS, el artículo 3 del Decreto anteriormente señala y son:

1. *Ser ciudadano colombiano.*
2. *Pertenecer a los niveles I, II y III del SISBEN, de acuerdo con los cortes que defina el Ministerio del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación (DNP). Las personas indígenas residentes en resguardos, que no se encuentren Sisbenizadas, ni hagan parte de las excepciones previstas en el artículo 5° de la Ley 691 de 2001, deberán presentar el listado censal. (...)*

Así, podemos afirmar que los BEPS sin tener la calidad de una pensión, buscan ofrecerles a las personas hacer un ahorro con sus ingresos, para que cuando lleguen a la edad de pensión, es decir, 57 años en las mujeres y 62 para los hombres, puedan gozar de un beneficio económico que equivale a la suma ahorrada durante meses o años, más el 20% que añade el Estado a modo de incentivo dependiendo de la modalidad de liberación de ahorros que elija el beneficiario. Así, los BEPS se ofrecen a sus beneficiarios diferentes modalidades de manejo de dichos ahorros: i) anualidad vitalicia, en la que el beneficiario contrata directa e irrevocablemente con una compañía de seguros legalmente constituida a través de la Administradora, para el pago de una suma bimestral hasta su fallecimiento; ii) utilizar el monto ahorrado para abonarlo en su régimen pensional, en ambas modalidades al monto ahorrado se le incluye el incentivo del 20%; y iii) solicitar la devolución de la suma ahorrada, más sus rendimientos en un único pago, al momento de cumplir la edad, sin el incentivo periódico del 20%.

En cuanto a la compañía de seguros o aseguradora con la que el beneficiario contrata, se debe señalar que su función como se mencionaba es la de garantizar el pago del incentivo a los beneficiarios de esta modalidad, para ello, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero en su artículo 187 obliga a que estas entidades mantengan un respaldo mínimo del 100% de sus obligaciones con los beneficiarios. Este respaldo, estaba basado en el portafolio de las aseguradoras el cuál a su vez se conforma de:

1. Los recursos provenientes de las emisiones de anualidades vitalicias,

2. Recursos provenientes de pago de capital e intereses de los títulos invertidos en el portafolio que se pueden calificar como inversiones negociables, inversiones disponibles para la venta e inversiones al vencimiento.
3. Recursos reintegrados al portafolio por no cobro de beneficios periódicos y,
4. Los Títulos BEPS dados por Colpensiones⁵.

Actualmente la única compañía de seguros para la administración del portafolio de las anualidades vitalicias BEPS es POSITIVA S.A, pues es la única que cuenta con la autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia para operar la póliza del ramo de Seguros de los BEPS⁶, necesaria para su funcionamiento.

En cuanto al ente administrador de esta figura, la Ley 1151 de 2007 indicó que el administrador del Sistema Flexible de Protección para la Vejez y por ende de los BEPS es Colpensiones. Por su parte, el artículo 8 del Decreto 2983 de 2013, indica que la financiación de los subsidios e incentivos otorgados mediante el mecanismo de BEPS estarán a cargo del Presupuesto General de la Nación.

En segundo lugar, en cuanto al contenido en concreto del Decreto 565 de 2020 consideramos valioso precisar el alcance de alguno de los términos utilizados en el marco de la contextualización que nos ocupa. En ese sentido el artículo 1 señala:

Artículo 1. Balance de la reserva y del portafolio del servicio social complementario del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos BEPS. Únicamente para la vigencia fiscal correspondiente al año 2020, las eventuales contingencias derivadas de los desbalances financieros que se generen cuando el valor presente actuarial de la reserva matemática de las anualidades vitalicias derivadas del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos BEPS, supere el valor del portafolio a precios de mercado, se pagarán con los recursos del presupuesto asignado al Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS, previo concepto favorable de la Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos.

Para explicar con mayor precisión este artículo lo fragmentaremos en las siguientes partes:

1. “Únicamente para la vigencia fiscal correspondiente al año 2020”: La vigencia fiscal del año 2020 comprende el tiempo entre el primero de enero y el 31 de diciembre de 2020.
2. “[L]as eventuales contingencias derivadas de los desbalances financieros que se generen cuando”: En este apartado de la norma se explica el supuesto de hecho la norma

⁵ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la solicitud del ordinal quinto del Auto de Pruebas del 24 de abril de 2020. Exp. RE - 291, Oficio N° OPC - 0863/20. Decreto Legislativo 565 de 2020.

⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Resolución No. 2099 de 2014. Por la cual se autoriza a Positiva Compañía de Seguros S.A., para operar el ramo de Seguro de Beneficios Económicos Periódicos - BEPS. Disponible en: file:///C:/Users/danie/Downloads/r2099_14.pdf

que, en pocas palabras, consiste en la eventualidad (probable en el marco del COVID-19) de que haya un desbalance financiero entre los fondos que respaldan la “anualidad vitalicia”⁷ de los BEPS y las proyecciones de los pasivos que a futuro genera para la aseguradora la modalidad de anualidades vitalicias a favor de los beneficiarios. Tal desbalance se presenta cuando:

- a. “[E]l valor presente actuarial de la reserva matemática de las anualidades vitalicias derivadas del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos BEPS”: esto se refiere al cálculo que se realiza, en consideración a la expectativa de vida y los ahorros de los individuos, para conocer el monto que deberá pagar a futuro la aseguradora por los beneficios bimensuales a favor de los beneficiarios. En otras palabras, es una estimación monetaria de lo que se tendrá que desembolsar durante toda la vida de beneficiario una vez cumpla la edad de pensión.
- b. “[S]upere el valor del portafolio a precios de mercado”: para respaldar las obligaciones que ha contraído, la aseguradora debe realizar inversiones reguladas, por ejemplo, en títulos de deuda pública. Estas inversiones, condensadas en el “portafolio”, son los activos que garantizan el pago de las obligaciones correspondientes.

Entonces, cuando el activo con el que cuenta la aseguradora (portafolio) supere el valor estimado de obligaciones a pagar (reserva matemática de las anualidades vitalicias), se materializa el supuesto de hecho de la norma.

3. “[S]e pagarán con los recursos del presupuesto asignado al Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS”: Esta es la consecuencia jurídica del supuesto de hecho expuesto. Esencialmente, implica que el déficit en los desbalances se cubrirá con el presupuesto asignado a Colpensiones para la administración de los BEPS. Dicho presupuesto corresponde a los gastos de administración, que están estipulados en el CONPES 156 y corresponden a los recursos que financian la operación de los BEPS⁸, originados en la transferencia que haga el Ministerio del Trabajo para tal fin. Y, según la Ejecución Presupuestal a marzo 31 de 2020 del Ministerio del Trabajo⁹, dicha entidad tiene apropiados \$96.552’000.000 para la administración de los BEPS de los cuales se han transferido \$23.474’814.000 a Colpensiones.
4. “[P]revio concepto favorable de la Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos”: La Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos es el órgano técnico encargado de realizar un seguimiento del valor de los BEPS, y de

⁷ La anualidad vitalicia se encuentra dispuesta en el numeral primero del Artículo 12 del Decreto 604 de 2013, "Por el cual se reglamenta el acceso y operación del Servicio Social Complementario de Beneficios Económicos Periódicos - BEPS", que permite una interpretación adecuada de la norma.

⁸ Consejo Nacional de Política Económica y Social. Departamento Nacional de Planeación. Documento CONPES Social 156. Septiembre 11 de 2012. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Social/156.pdf>

⁹ La Ejecución Presupuestal a marzo 31 de 2020 del Ministerio del Trabajo es un documento público que se encuentra en la página web de la entidad dentro de la “Información Financiera” en el marco de la transparencia y el acceso a la información pública.

realizar las recomendaciones necesarias al Gobierno Nacional para la expedición de reglamentos respectivos a su funcionamiento.

Al respecto, se debe mencionar que, con fundamento en el artículo 41 del Decreto 4108 de 2011, la Comisión está compuesta por el Ministro de Trabajo, el Ministro de Hacienda y Crédito Público, el Ministro de Salud y Protección Social, el Director del Departamento Nacional de Planeación y un designado del presidente de la República¹⁰. Así, en los términos del artículo, la Comisión es la encargada de aprobar la disposición de los recursos asignados a los BEPS ante la aseguradora, ante el escenario de desbalances financieros.

C. REQUISITOS MATERIALES DE LOS DECRETOS LEGISLATIVOS DE EMERGENCIA ECONÓMICA

Reiterada jurisprudencia constitucional ha establecido que la Corte Constitucional, a la hora de revisar la constitucionalidad material de los decretos legislativos emitidos con facultades extraordinarias, debe realizar, entre otros el juicio de conexidad y el juicio de proporcionalidad¹¹. Por ende, se pasará a realizar el análisis de estos:

1. Juicio de conexidad material.

El juicio de conexidad material tiene como objetivo analizar si los mecanismos planteados en el decreto legislativo tienen un vínculo directo con los supuestos fácticos en los que se fundamenta la emergencia económica y social¹². El juicio tiene dos etapas de análisis, la conexidad interna y la conexidad externa.

a. Conexidad interna.

La Corte Constitucional ha definido la conexidad interna, como aquella en la que se verifica que las medidas que hayan sido adoptadas por la norma, en este caso el Decreto, tengan una relación con las consideraciones o motivaciones que expresó el Gobierno Nacional para su expedición¹³. Lo que busca este análisis es dejar en evidencia que existe o no una conexión entre la parte motiva y la parte normativa del Decreto.

En términos de la parte motiva el Decreto indica que “desde marzo de 2020 la crisis financiera impactó negativamente el portafolio de anualidades vitalicias que respalda el pago de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS, cuyo desbalance en ese mes se compensó vía la expedición de nuevas anualidades vitalicias que inyectaron recursos al portafolio”.¹⁴

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia C-225/11, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional, C-672/15, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; Corte Constitucional, Sentencia C-700/15, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Corte Constitucional, Sentencia C-703/15, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; Corte Constitucional, C-724/15, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; Corte Constitucional, Sentencia C-465/17, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-468/17, M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹³ *Ibíd.*

En cuanto a la parte normativa, el Decreto 565 contiene dos artículos. El primero de ellos hace referencia al balance de la reserva y del portafolio de la anualidad vitalicia del servicio social complementario del mecanismo de los BEPS -como ya se expuso anteriormente- y establece:

Únicamente para la vigencia fiscal correspondiente al año 2020, las eventuales contingencias derivadas de los desbalances financieros que se generen cuando el valor presente actuarial de la reserva matemática de las anualidades vitalicias derivadas del mecanismo de Beneficios Económicos Periódicos BEPS, supere el valor del portafolio a precios de mercado, se pagarán con los recursos del presupuesto asignado al Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS, previo concepto favorable de la Comisión Intersectorial de Pensiones y Beneficios Económicos.

El segundo, señala el ámbito de aplicación de la norma y en este sentido indica

La presente medida se aplicará exclusivamente a los beneficiarios del Servicio Social Complementario denominado Beneficios Económicos Periódicos BEPS que han accedido a una anualidad vitalicia, a Colpensiones y a las aseguradoras de vida autorizadas para operar el ramo de seguros de Beneficios Económicos Periódicos BEPS.

Al analizar las consideraciones expuestas en el Decreto y las medidas tomadas, encontramos que en primer lugar es innegable la afectación que han sufrido los mercados a nivel mundial por la Pandemia del coronavirus COVID- 19, y en ese sentido, se encontró que era indispensable crear medidas mitigadoras. Así, para aliviar la situación, la medida de soportar la sostenibilidad de las anualidades vitalicias BEPS con recursos del presupuesto asignado a los BEPS, guarda estrecha relación con la motivación de la norma, relacionada con el panorama financiero actual y la falta de sustento jurídico para emitir auxilios financieros que garanticen la sostenibilidad de los BEPS en el tiempo, cumpliendo así con el requisito de conexidad interna.

b. Conexidad externa.

El requisito de conexidad externa se satisface cuando existe una relación entre la medida adoptada por el decreto bajo análisis y las razones que motivaron el estado de emergencia. En ese sentido, existe conexidad externa cuando las disposiciones adoptadas tienen como finalidad el impedir o detener los efectos de la crisis.¹⁵

En el presente caso, se debe mencionar que el Decreto 417 de 2020, el cual declaró el estado de emergencia, indica que el brote del Covid-19 y su configuración como pandemia global trajo graves afectaciones al sistema económico. Así, allí se menciona que las perturbaciones de los mercados financieros tienen efectos profundos y prolongados que deterioran el crecimiento de la sociedad. Bajo esa premisa, el mencionado Decreto señaló que debían adoptarse medidas

¹⁵ *Ibíd.*

extraordinarias que optimizaran el capital de entidades financieras con participación accionaria estatal.

Ahora bien, el Decreto 565 de 2020 adopta medidas normativas que buscan redistribuir los recursos con la finalidad de que esto sean optimizados para así atender a la contingencia actual que afrontan los Beneficios Económicos Periódicos BEPS. Por tanto, al contrastar la motivación del Decreto 417 de 2020 con lo dispuesto en el Decreto 565 de 2020 es dable afirmar que, en gran medida, la finalidad del decreto 565 de 2020, de mitigar los impactos económicos de la pandemia en los beneficios BEPS, atiende a las preocupaciones señaladas en el Decreto 417 del 2020. En consecuencia, consideramos que existe también conexidad externa.

2. Juicio de finalidad

El artículo 10 de la Ley 137 de 1994 (en adelante, Ley Estatutaria de Estados de Excepción) establece que las normas expedidas en virtud del estado de excepción deben tener una relación directa y estar *“encaminada a conjurar las causas de la perturbación y a impedir la extensión de sus efectos”*.

En este sentido, el Decreto 565 expone en la parte motiva expresa sobre la situación de la pandemia que:

“se ha presentado volatilidad y afectación a los mercados financieros que han impactado la rentabilidad de las inversiones de los portafolios administrados por las diferentes entidades financieras, en especial el portafolio que respalda el pago de las anualidades vitalicias derivadas del mecanismo Beneficios Económicos Periódicos, administrado por las aseguradoras de vida autorizadas para operar este ramo”.

Con la finalidad de dar sustento a lo anterior, en el Decreto 565 se traen a colación numerosos informes del Fondo Monetario Internacional, en donde se señala que existe incertidumbre en los mercados y que las condiciones actuales podrían empeorar en función de muchos factores variables. Así mismo, reitera lo que se ha dicho en los demás Decretos expedidos en el marco de esta emergencia, al decir que el mercado de inversiones se ve afectada tanto por el COVID-19, como por las fuertes caídas que ha sufrido el precio del petróleo.

Sobre la afectación de la crisis económica a los BEPS, el Decreto señala:

“Que desde marzo de 2020 la crisis financiera impactó negativamente el portafolio de anualidades vitalicias que respalda el pago de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS, cuyo desbalance en ese mes se compensó vía la expedición de nuevas anualidades vitalicias que inyectaron recursos al portafolio”

Como consecuencia de este impacto y, teniendo en cuenta que no existían – a la luz del Decreto 1833 de 2016- mecanismos jurídicos ni financieros que permitan atender el desbalance, es necesario tomar la medida de cubrir el desbalance deficitario futuro entre el valor presente de

la reserva matemática de las anualidades vitalicias de BEPS y el valor del portafolio de inversiones que garantiza su pago, con la inyección de recursos del presupuesto asignado al Servicio Social Complementario de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS.

Bajo este contexto, se puede concluir que el juicio de finalidad se cumple, en la medida que el Decreto busca impedir que la crisis económica deje sin acceso a los BEPS a los más de 24.993 adultos mayores beneficiarios¹⁶.

3. Juicio de proporcionalidad.

Conforme al artículo 13 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción, las medidas que sean adoptadas durante estos deberán ser proporcionales a la gravedad de los hechos en los que se funda. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, para ello, deben ser analizados dos elementos: (i) la necesidad y (ii) la idoneidad y conducencia de la medida, todo esto con miras a lograr las finalidades que el Ejecutivo se planteó.¹⁷

Bajo esa premisa, a continuación se encontrará un análisis de la necesidad de partir del sustento fáctico que la justifica y el carácter subsidiario de la medida. Posteriormente, serán desarrollados los elementos de idoneidad y conducencia de la misma. Finalmente, será desarrollado el test de proporcionalidad en sentido estricto.

3.1. Análisis de la necesidad.

a. Necesidad fáctica

En Sentencia C 434 de 2017, la Corte Constitucional indicó que el requisito de necesidad fáctica implica analizar si “*el Presidente incurrió en error manifiesto de apreciación al diseñar la medida o proporcionarle determinado contenido, a la luz del propósito de superar la crisis o evitar la extensión de sus efectos*”¹⁸.

Bajo esta lógica, y atendiendo a los preceptos normativos del Decreto 565 de 2020, es dable afirmar que la medida allí diseñada atiende a dos sucesos importantes. En primer lugar, que el surgimiento del Covid-19, junto con su posterior reconocimiento como pandemia global por parte de la OMS, derivó en la actual crisis económica. En segundo lugar, la caída de los precios de petróleo y la volatilidad del sector financiero desde ese entonces. Tales circunstancias crearon un ambiente de incertidumbre en los mercados globales que conllevó a una afectación de los portafolios de la industria financiera. Para el caso que nos compete, lo anterior generó una desvalorización de las inversiones que conforman el portafolio BEPS de anualidades vitalicias lo que implicó que, en el mes de marzo de 2020, se llegara a tener una causación

¹⁶ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la solicitud del ordinal quinto del Auto de Pruebas del 24 de abril de 2020. Exp. RE - 291, Oficio N° OPC - 0863/20. Decreto Legislativo 565 de 2020.

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-911/10, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-434/17, M.P. Diana Fajardo Rivera.

negativa de-\$2.643 millones.¹⁹ Lo anterior, genera un riesgo para los recursos destinados al pago de los BEPS, lo que hace necesario el uso de recursos externos.

En suma, tal y como lo aseguraron en el concepto rendido a este despacho el pasado 04 de mayo Colpensiones, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de trabajo, con corte al 27 de abril de 2020 el portafolio BEPS presentó un desbalance de \$5.139.873.467²⁰, por lo que la apreciación de crear la medida es acertada en tanto atiende a la necesidad de enervar la extensión de los efectos que la actual crisis ha traído.

Por lo tanto, teniendo en cuenta que dicho suceso no pudo ser previsto y que, el estado actual de las cosas hace necesaria la creación de una nueva herramienta jurídica que redistribuye los gastos, se justifica la necesidad fáctica del Decreto objeto de análisis constitucional.

b. Necesidad de subsidiariedad.

La Corte Constitucional indica que, se cumple con este requisito cuando se demuestra que el Ejecutivo no contaba con la posibilidad de acudir a otro mecanismo jurídico igualmente idóneo para detener la crisis o contrarrestar sus posibles efectos.²¹

Así pues, es en la parte motiva del Decreto 565 de 2020 donde se señala que, si bien el artículo 2.2.13.10.1 del Decreto 1833 de 2016 determina ciertos elementos técnicos del seguro de los Beneficios Económicos Periódicos BEPS, en la actualidad no existen mecanismos, jurídicos y/o financieros, que permitan atender un eventual desbalance entre el valor presente actuarial de la reserva matemática de las anualidades vitalicias derivadas de los BEPS y el portafolio de inversiones que lo garantizan.

Ahora bien, tal como lo señala en el concepto conjunto de Colpensiones, MinHacienda y MinTrabajo, ante los riesgos de desbalance financiero, en tiempos de normalidad, Colpensiones es la entidad que se encarga de expedir nuevas anualidades vitalicias que hacen parte del portafolio que administran las compañías de seguros, con el fin de mitigar el desbalance. Sin embargo, ante la actual volatilidad del mercado, las cuantías de las anualidades vitalicias y el valor portafolio de los BEPS registran una imposibilidad de administración por parte de la compañía de seguros, lo cual generaría una afectación directa -a mediano y largo plazo- a las pólizas de los BEPS, que terminarían incidiendo en el acceso de los beneficiarios al subsidio, por falta de liquidez.

Se debe mencionar entonces que la población beneficiaria de BEPS está compuesta por adultos mayores que, debido a sus escasos recursos, no cuentan con la posibilidad de acceder a una

¹⁹ Colpensiones, Ministerio del Trabajo y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la solicitud del ordinal quinto del Auto de Pruebas del 24 de abril de 2020. Exp. RE - 291, Oficio N° OPC - 0863/20. Decreto Legislativo 565 de 2020. Remitido a la Honorable Corte el pasado 04 de mayo de 2020.

²⁰ *Ibíd.*

²¹ *Ibíd.*

pensión²², son población vulnerable que depende de este ingreso para su subsistencia. La anterior precisión, con el fin de determinar más adelante que la medida dirigida a los beneficiarios de este mecanismo (BEPS), sea necesaria y adecuada, y no genere ningún tipo de afectación a los derechos fundamentales de estos beneficiarios.

Por lo anterior, ante la crisis financiera actual, la medida en cuestión se hace necesaria, pues al redistribuir los recursos de presupuesto asignado para los BEPS, se permitirá garantizar la sostenibilidad de las anualidades vitalicias BEPS y a su vez se evitará un daño en los derechos de los beneficiarios de los BEPS.²³

3.2. Análisis de la idoneidad y de conducencia.

Frente a este análisis, la Corte Constitucional ha indicado que el medio será adecuado cuando *“es idóneo para alcanzar el fin propuesto”*²⁴ y que será efectivamente conducente en aquellos escenarios en los que logra *“alcanzar el fin buscado por la norma sometida a control judicial”*²⁵.

Para el desarrollo de este análisis se requiere identificar el fin y el medio concreto dispuesto por la norma, para luego analizar su idoneidad y conducencia. En ese orden de ideas, tal como se ha expuesto a lo largo de esta intervención, el fin último de la medida es proteger a los beneficiarios de los BEPS, garantizando en el tiempo el pago de su beneficio económico.

A su turno, la medida consiste en solventar el desbalance financiero asignando parte del presupuesto asignado al Servicio Social Complementario de los BEPS al portafolio que administra la aseguradora. Esto implica que, no se realiza una nueva transferencia del Presupuesto General de la Nación, sino que el dinero entregado corresponde al presupuesto de Colpensiones, para el proyecto de administración de los BEPS. En otras palabras, implica la transferencia de los recursos públicos ya apropiados por Colpensiones, al portafolio de la aseguradora Positiva Compañía de Seguros.

Es preciso aclarar que el patrimonio susceptible de ser entregado no corresponde a los ahorros de las personas que se encuentran vinculadas a los BEPS, los cuales se encuentran en un fondo independiente al de Colpensiones. Entonces, reiteramos que dicho presupuesto corresponde a los gastos operacionales de los BEPS, en donde se deberá realizar una priorización de gastos que posibilite su utilización.

Ahora bien, si se solventa el desbalance financiero a través de la inyección de capital al portafolio de la anualidad vitalicia, la consecuencia directa es que a mediano y largo plazo se

²² Decreto 604 de 2013. Artículo 2.

²³ Colpensiones, Ministerio del Trabajo y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la solicitud del ordinal quinto del Auto de Pruebas del 24 de abril de 2020. Exp. RE - 291, Oficio N° OPC - 0863/20. Decreto Legislativo 565 de 2020. Remitido a la Honorable Corte el pasado 04 de mayo de 2020.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

asegura el pago a los beneficiarios de esta modalidad de los BEPS. La razón de ello es que precisamente ese portafolio es el que respalda las obligaciones que ha contraído la aseguradora con los beneficiarios. Además, como el dinero que se utiliza es el de los gastos operacionales de Colpensiones para este programa, no se afectará a los beneficiarios del mismo, como sí ocurriría si se utilizan sus propios ahorros o el subsidio que les otorga el Estado.

En suma, es claro que la medida es idónea y conducente para el fin propuesto. De igual manera, como se expuso previamente, es una medida necesaria. Esto deriva en la verificación de la proporcionalidad de la medida. No obstante, por la complejidad y carácter abierto de la misma, al final de esta intervención se precisarán unas recomendaciones que permiten que desde su interpretación y aplicación se preserve el orden constitucional, se proteja el interés público y se mantenga el enfoque de protección a los derechos humanos.

3.3 Test de proporcionalidad en sentido estricto

La Corte Constitucional ha establecido que un análisis sobre la finalidad legítima, y, la utilidad y necesidad de la medida para alcanzarla, puede resultar en ocasiones insuficiente. Es por ello que se hace necesaria una ponderación estrictamente proporcional con el fin de *“evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional.”*²⁶.

Dicho lo anterior, es preciso entonces realizar el test de proporcionalidad en sentido estricto sobre la medida tomada en el Decreto Legislativo objeto de análisis. Como se ha venido mencionando, la medida en cuestión tiene como finalidad principal atender el desbalance financiero en las anualidades vitalicias de los BEPS con el fin de evitar una desprotección a los beneficios de los usuarios de esta modalidad. Lo anterior se realizará mediante la entrega de recursos del presupuesto asignado a los BEPS al portafolio de inversiones de la aseguradora. Por tanto, dicho presupuesto no corresponde a los recursos ahorrados por los beneficiarios, lo cual no afecta las condiciones de pago de las bimensualidades de los BEPS y por el contrario, garantiza a futuro el pago de los ahorros sin perjuicio alguno, tomando dineros exclusivamente operacionales y de administración.

Así, ante el juicio de proporcionalidad de la medida, se puede señalar que no existe una restricción a derechos fundamentales, pues la medida tiene como principal objetivo la protección del patrimonio de los beneficiarios de los BEPS. Como se mencionó previamente, esto no implica una nueva asignación de recursos por parte del Ministerio del Trabajo. Y tampoco representa una amenaza de desfinanciación del programa de BEPS de Colpensiones,

²⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-584 de 1997. MP Eduardo Cifuentes Muñoz; Corte Constitucional. Sentencia C-822 de 2005. MP Manuel José Cepeda Espinosa; Corte Constitucional. Sentencia C-838 de 2013. MP Luis Ernesto Vargas Silva; Sentencia C-144 de 2015. MP Martha Victoria SÁCHICA Méndez

como se explicará a continuación. El desbalance financiero, al cierre de marzo, correspondía aproximadamente a dos mil setecientos millones de pesos (\$2.700'000.000)²⁷, lo cual es poco considerando que el Ministerio de Trabajo tiene apropiados más de 90 mil millones para la administración de los BEPS, de los cuales se han transferido más de 20 mil a Colpensiones, como se explicó de manera previa. De esta manera, no se están utilizando los ahorros de los beneficiarios, el subsidio que les otorga el Estado ni se pone en riesgo la situación financiera de Colpensiones.

En síntesis, es pertinente señalar que, bajo la interpretación realizada, lo establecido en el Decreto 565 de 2020 es proporcional frente a los beneficios que trae y las implicaciones negativas de reordenación y restricción del presupuesto del programa BEPS, por parte de Colpensiones.

D. RECOMENDACIONES

Ahora bien, con la finalidad de que se preserve el interés general y de que se tomen decisiones siempre con miras a la protección de los actores vulnerables involucrados, procederemos a mencionar una serie de recomendaciones que desde el GAP consideramos valiosas para el adecuado desarrollo no sólo del Decreto 565 de 2020, sino de los BEPS.

En primera medida, resulta fundamental que exista un mecanismo de control adicional que se encargue de la respectiva vigilancia del manejo de los recursos inyectados al portafolio de inversiones de Positiva S.A.

En segundo lugar, es relevante mencionar que los recursos tomados idealmente deberían pertenecer exclusivamente al concepto de gastos administrativos. Por lo tanto, no pueden ser afectados los recursos destinados al pago de la nómina de trabajadores que laboran en Colpensiones.

En tercer lugar, es indispensable limitar la temporalidad de la medida estricta. Lo anterior, implica que las disposiciones del Decreto 565 de 2020 atiendan de manera exclusiva a la vigencia fiscal allí señalada, 2020, puesto que su extensión a años futuros se saldría de la razonabilidad en la que la misma se fundamentó.

En cuarto lugar, se recomienda, respetuosamente, que sea reevaluada la dependencia que, actualmente, tienen los Beneficios Económicos Periódicos BEPS del mercado negociable. Lo anterior, puesto que en la actualidad el 64.7% del portafolio de los BEPS está en el mercado

²⁷ Colpensiones, Ministerio del Trabajo y Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la solicitud del ordinal quinto del Auto de Pruebas del 24 de abril de 2020. Exp. RE - 291, Oficio N° OPC - 0863/20. Decreto Legislativo 565 de 2020. Remitido a la Honorable Corte el pasado 04 de mayo de 2020..

negociable.²⁸ Por lo tanto, es precisamente el surgimiento de contingencias como la actual el que demuestra que atar un porcentaje tan alto a estos beneficios a un mercado tan volátil pone en riesgo el ahorro de una población vulnerable.

Finalmente, se recomienda respetuosamente que se propenda por la multiplicidad de aseguradoras en la operación de los BEPS, a fin de hacer una distribución de los riesgos.

Respetuosamente,

Angie Daniela Yepes García
Coordinadora
Grupo de Acciones Públicas (GAP)
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

Laura Marcela Serna Mosquera
Miembro Activo
Grupo de Acciones Públicas (GAP)
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

María Daniela Pineda Martínez
Miembro Activo
Grupo de Acciones Públicas (GAP)
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

María Alejandra Vargas Corredor
Miembro Activo
Grupo de Acciones Públicas (GAP)
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

Simón Ospina Pieschacón
Universidad del Rosario

Miembro Activo
Grupo de Acciones Públicas (GAP)
Facultad de Jurisprudencia

Adriana Camacho Ramírez
Profesora de carrera
Facultad de Jurisprudencia
Universidad del Rosario

²⁸ Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Informe del Ministerio de Hacienda y Crédito Público sobre la solicitud del ordinal quinto del Auto de Pruebas del 24 de abril de 2020. Exp. RE - 291, Oficio N° OPC - 0863/20. Decreto Legislativo 565 de 2020.

