

LAS MEDIDAS DE EXCEPCIÓN ADOPTADAS CON EL PROPÓSITO DE PROTEGER EL EMPLEO Y SOLVENTAR EN PARTE LOS EFECTOS ADVERSOS QUE HA CAUSADO LA PANDEMIA DE COVID19 PARA EL DESARROLLO NORMAL DE LAS ACTIVIDADES LABORALES EN TODOS LOS SECTORES, CUMPLEN CON LOS REQUISITOS FORMALES Y MATERIALES DE VALIDEZ CONSTITUCIONAL. NO OBSTANTE, LA CORTE DECLARÓ LA EXEQUIBILIDAD CONDICIONADA DEL RETIRO DE CESANTÍAS QUE DEBE EXTENDERSE A LOS FONDOS PÚBLICOS, COMO EL FONDO NACIONAL DEL AHORRO Y PRECISÓ LA VIGENCIA DE LAS MEDIDAS

III. EXPEDIENTE RE-252 - SENTENCIA C-171/20 (junio 11)
M.P. José Fernando Reyes Cuartas

1. Norma objeto de revisión constitucional

DECRETO 488 DE 2020
(27 de marzo)

Por el cual se dictan medidas de orden laboral, dentro del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

En ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 215 de la Constitución Política, en concordancia con la Ley 137 de 1994, y en

desarrollo de lo previsto en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, «Por el cual se declara un Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional», y

CONSIDERANDO

Que, en los términos del artículo 215 de la Constitución Política de Colombia, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, en caso de que sobrevengan hechos distintos a los previstos en los artículos 212 y 213 de la Constitución Política, que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá declarar el estado de emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario.

Que, según la misma norma constitucional, una vez declarado el estado de emergencia, el presidente de la República, con la firma de todos los ministros, podrá dictar decretos con fuerza de ley destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos.

Que el 7 de enero de 2020 la Organización Mundial de la Salud identificó el nuevo Coronavirus COVID-19 y declaró este brote como emergencia de salud pública de importancia internacional.

Que el 6 de marzo de 2020 el Ministerio de Salud y de la Protección Social dio a conocer el primer caso de brote de enfermedad por nuevo Coronavirus COVI 0-19 en el territorio nacional.

Que el 9 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud solicitó a los países la adopción de medidas prematuras con el objetivo de detener la transmisión y prevenir la propagación del virus.

Que la Organización Mundial de la Salud declaró el 11 de marzo de 2020 que el brote del nuevo Coronavirus COVID-19 es una pandemia, esencialmente por la velocidad en su propagación, y la escala de trasmisión, toda vez que al 11 de marzo de 2020 a la OMS se habían notificado cerca de 125.000 casos de contagio en 118 países y que a lo largo de esas últimas dos semanas el número de casos notificados fuera de la República Popular China se había multiplicado en 13 veces, mientras que el número de países afectados se había triplicado, por lo que instó a los Estados a tomar acciones urgentes y decididas para la identificación, confirmación, aislamiento, monitoreo de los posibles casos y el tratamiento de los casos confirmados, así como la divulgación de las medidas preventivas, todo lo cual debe redundar en la mitigación del contagio.

Que según la OMS la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 es una emergencia sanitaria y social mundial, que requiere una acción efectiva e inmediata de los gobiernos, las

personas y las empresas.

Que mediante la Resolución 0000380 del 10 de marzo de 2020, el Ministerio de Salud y Protección Social adoptó, entre otras, medidas preventivas sanitarias de aislamiento y cuarentena de las personas que, a partir de la entrada en vigencia de la precitada resolución, arribaran a Colombia desde la República Popular China, Francia, Italia y España.

Que mediante Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el ministro de Salud y Protección Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 de la Ley 1753 de 2015 declaró el estado de emergencia sanitaria por causa del nuevo Coronavirus COVID-19 en todo el territorio nacional hasta el 30 de mayo de 2020 y, en virtud de esta, adoptó una serie de medidas con el objeto de prevenir y controlar la propagación del nuevo Coronavirus COVID-19 y mitigar sus efectos.

Que el vertiginoso escalamiento del brote de nuevo Coronavirus COVID-19 hasta configurar una pandemia representa actualmente una amenaza global a la salud pública, con afectaciones al sistema económico, de magnitudes impredecibles e incalculables, de la cual Colombia no podrá estar exenta.

Que la expansión en el territorio nacional del brote de enfermedad por el nuevo Coronavirus COVID-19 y cuyo crecimiento exponencial es imprevisible, sumado a los efectos económicos negativos evidenciados en la última semana, es un hecho que, además de ser una grave calamidad pública, constituye en una grave afectación al orden económico y social del país que justifica la declaratoria del Estado de Emergencia Económica y Social, toda vez que se trata de situaciones diferentes a las que se refieren los artículos 212 y 213 de la Constitución Política.

Que según la Organización Mundial de la Salud -OMS, en reporte de fecha 26 de marzo de 2020 a las 16:06 GMT-5, se encuentran confirmados 465,915 casos, 21,031 fallecidos y 200 países, áreas o territorios con casos del nuevo coronavirus COVID-19.

Que, pese a las medidas adoptadas, el Ministerio de Salud y Protección Social reportó el 26 de marzo de 2020 6 muertes y 491 casos confirmados en Colombia, distribuidos así: Bogotá D.C. (187), Cundinamarca (21), Antioquia (59), Valle del Cauca (73), Bolívar (26), Atlántico (13), Magdalena (5), Cesar (2), Norte de Santander (15), Santander (4), Cauca (9), Caldas (10), Risaralda (19), Quindío (12), Huila (14), Tolima (9), Meta (8), Casanare (1), San Andrés y Providencia (1), Nariño (1), Boyacá (2). Que además de la tragedia humanitaria de la pérdida de vidas, la rápida expansión del brote de la enfermedad y los numerosos casos de contagio confirmados, entre ellos en Colombia a la misma fecha y de no tomarse medidas inmediatas, se pronostica mayores índices de mortalidad y, por tanto, un problema

sanitario que debe ser resuelto de manera inmediata, con medidas efectivas de contención y mitigación.

Que mediante el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 se declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional por el término de treinta (30) días, con fin de conjurar la grave calamidad pública que afecta al país por causa del nuevo Coronavirus COVID-19.

Que dentro de las consideraciones del mencionado decreto, en el acápite de "medidas" se indicó "[...] Que los efectos económicos negativos a los habitantes del territorio nacional requieren de la atención a través de medidas extraordinarias referidas a aliviar las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, que puedan verse afectadas en su cumplimiento de manera directa por efectos de la crisis[. .]" y "[...] Que los efectos económicos negativos generados por el nuevo Coronavirus Covid-19 a los habitantes del territorio nacional requieren de la atención mediante la adopción de medidas extraordinarias encaminadas a atender las obligaciones de diferente naturaleza, como tributarias, financieras, entre otras, con el fin de proteger el sector salud, promover la industria y el comercio del país y permitan absorber las pérdidas económicas y fuerza laboral afectada por esta pandemia [...]".

Que producto de la declaratoria de pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 es preciso tomar medidas extraordinarias, estrictas y urgentes relacionadas con la contención del virus y su mitigación, así como medidas orientadas a conjurar los efectos económicos asociados, disponiendo de los recursos financieros, humanos y logísticos para enfrentarlos.

Que, ante la magnitud de la pandemia, y dentro de las medidas tomadas en virtud del Estado de Emergencia Económica, Social y Ambiental el Gobierno nacional ha tomado medidas urgentes para poder contener el avance de la pandemia, las cuales tienen un impacto significativo en la actividad económica del país. Que se hace necesario implementar una serie de medidas coyunturales en materia laboral para disminuir la afectación que tendrá el nuevo Coronavirus COVID-19 en los trabajadores y en los empleadores.

Que el artículo 25 de la Constitución Política señala que el trabajo "es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas".

Que 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.

Que el Ministerio de Trabajo, con el objetivo de proteger el empleo, ha instado a los empleadores a usar otro tipo de mecanismos tales como el "trabajo en casa", los permisos remunerados, las jornadas flexibles, el teletrabajo y el otorgamiento de vacaciones acumuladas, anticipadas y colectivas.

Que el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe a los empleadores efectuar pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados y si los efectuaren perderán las sumas pagadas, sin que puedan repetir lo pagado, norma que es insuficiente para poder brindar un alivio a los trabajadores durante la emergencia declarada por el Gobierno nacional, con el fin de permitirles disponer de una porción de su ahorro de cesantías para poder aminorar los efectos económicos negativos que la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 tendrá en su vida personal y familiar.

Que, de acuerdo con lo anterior, resulta necesario adoptar medidas inmediatas para modificar temporalmente las normas de destinación de cesantías con el fin de brindar un alivio a los trabajadores durante la Emergencia Económica, Social y Ecológica.

Que el artículo 187 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el empleador debe dar a conocer con quince (15) días de anticipación, la fecha en que le concederá el disfrute de vacaciones al trabajador, norma que es insuficiente para que los empleadores puedan tomar decisiones inmediatas para conjurar la emergencia existente, derivada del nuevo Coronavirus COVID-19, por lo que es necesario disminuir el término de preaviso en el que se concederán vacaciones a los trabajadores.

Que la promoción y prevención de los riesgos laborales es fundamental para afrontar la emergencia Económica, Social y Ecológica dentro de los ambientes laborales para salvaguardar la salud y la vida de los trabajadores. Que por su parte, el artículo 11 de la Ley 1562 de 2012 establece las actividades de promoción y prevención que deben ejecutar las Administradoras de Riesgos Laborales, así como la inversión de los recursos de la cotización efectuada por en el empleador al Sistema de Riesgos Laborales, las cuales no incluyen las labores de prevención del contagio del nuevo Coronavirus COVID-19 hacia el personal directamente expuesto al nuevo Coronavirus COVID-19, por lo que se debe facultar a las administradoras de riesgos para la compra de elementos de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, así como acciones de intervención directa relacionadas con la contención y atención del nuevo Coronavirus COVID-19, por lo que se requiere incluir dentro de las actividades de promoción y prevención, estas acciones de asunción de crisis.

Que la Ley 1636 de 2013 creó el Mecanismo de

Protección al Cesante con el fin de mitigar los efectos del desempleo que enfrentan los trabajadores, relacionados principalmente con la disminución de los ingresos económicos de los trabajadores y sus familias y la desprotección frente al sistema de Seguridad Social Integral, para lo cual estableció dos beneficios concurrentes:

(i) Aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud y Pensiones, calculado sobre un (1) salario mínimo legal mensual vigente. El cesante que así lo considere podrá, con cargo a sus propios recursos cotizar al Sistema de Pensiones por encima de un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

(ii) Acceso a la cuota monetaria del subsidio familiar en las condiciones establecidas en la legislación vigente aplicable al Sistema de Subsidio Familiar.

Que ante la contingencia ocasionada por la pandemia del nuevo Coronavirus COVID-19 se debe prever un mecanismo que facilite el cubrimiento de los gastos del cesante de acuerdo con las necesidades y prioridades de consumo de cada beneficiario, mientras dure la emergencia, con el fin de mitigar los efectos adversos de esta situación, mecanismo que actualmente no está contemplado en las normas pues estas son insuficientes para brindar una adecuada protección durante la coyuntura actual al trabajador cesante y a su familia, por lo que se hace preciso crearlo para conjurar la coyuntura derivada del nuevo Coronavirus COVID-19 y su impacto en la vida del cesante y su familia.

Que debido al déficit financiero que las medidas aquí implementadas puedan ocasionar, se requiere que se dé aplicación al principio financiero de unidad de caja, para que las Cajas de Compensación Familiar puedan apalancar recursos entre las subcuentas del Fondo de Solidaridad, Fomento al Empleo y Protección al Cesante FOSFEC, ya que las normas actuales son insuficientes para que se pueda dar un apalancamiento de recursos y atender los beneficios dirigidos al cesante.

Que, en razón a la pandemia global del nuevo Coronavirus COVID-19, se debe suspender la fe de vida de los connacionales fuera del país ante las entidades que forman parte del Sistema General de Seguridad Social Integral, regulada en el artículo 22 del Decreto Ley 019 de 2012 modificado por el artículo 36 del Decreto Ley 2106 de 2019 ya que dicha legislación es insuficiente para poder dar una solución a la coyuntura actual que permita suspender temporalmente la fe de vida dadas las actuales contingencias globales relacionadas con la pandemia global.

Que la Organización Internacional del Trabajo en el comunicado de fecha de 18 de marzo de 2020 sobre el "El COVID-19 y el mundo del trabajo: Repercusiones y respuestas", afirma que ..] El Covid-19 tendrá una amplia repercusión en el mercado laboral. Más allá de la inquietud que

provoca a corto plazo para la salud de los trabajadores y de sus familias, el virus y la consiguiente crisis económica repercutirán adversamente en el mundo del trabajo en tres aspectos fundamentales, a saber: 1) la cantidad de empleo (tanto en materia de desempleo como de subempleo); 2) la calidad del trabajo (con respecto a los salarios y el acceso a protección social); y 3) los efectos en los grupos específicos más vulnerables frente a las consecuencias adversas en el mercado laboral [...]".

Que así mismo la Organización Internacional del Trabajo en el referido comunicado estima "[...] un aumento sustancial del desempleo y del subempleo como consecuencia del brote del virus. A tenor de varios casos hipotéticos sobre los efectos del Covid-19 en el aumento del PIS a escala mundial [...], en varias estimaciones preliminares de la OIT se señala un aumento del desempleo mundial que oscila entre 5,3 millones (caso "más favorable") y 24,7 millones de personas (caso "más desfavorable"), con respecto a un valor de referencia de 188 millones de desempleados en 2019. Con arreglo al caso hipotético de incidencia "media", podría registrarse un aumento de 13 millones de desempleados (7,4 millones en los países de ingresos elevados). Si bien esas estimaciones poseen un alto grado de incertidumbre, en todos los casos se pone de relieve un aumento sustancial del desempleo a escala mundial. A título comparativo, la crisis financiera mundial que se produjo en 2008-9 hizo aumentar el desempleo en 22 millones de personas".

Que en consecuencia la Organización Internacional del Trabajo -OIT en el citado comunicado insta a los Estados a adoptar medidas urgentes para (i) proteger a los trabajadores y empleadores y sus familias de los riesgos para la salud generados por el coronavirus COVID-19; (ii) proteger a los trabajadores en el lugar de trabajo; (iii) estimular la economía y el empleo, y (iv) sostener los puestos de trabajo y los ingresos, con el propósito de respetar los derechos laborales, mitigar los impactos negativos y lograr una recuperación rápida y sostenida.

Que, con el fin de mitigar los efectos sobre el empleo, la calidad de vida y la actividad productiva en la situación de emergencia, se hace necesario adoptar una serie de medidas que promuevan la continuidad de las empresas y negocios, así como la conservación del empleo, la permanencia de los contratos de trabajo y el nivel de vida los trabajadores y sus familias.

Que en mérito de lo expuesto,

DECRETA:

Artículo 1. Objeto. El presente Decreto tiene como objeto adoptar medidas en el ámbito laboral con el fin de promover la conservación del empleo y brindar alternativas a trabajadores y empleadores dentro de la Emergencia Económica, Social y Ecológica, declarada por el Gobierno nacional por medio del Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.

Artículo 2. Ámbito de aplicación. El presente Decreto se aplicará a empleadores y trabajadores, pensionados connacionales fuera del país, Administradoras de Riesgos Laborales de orden privado, Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías de carácter privado que administren cesantías y Cajas de Compensación Familiar.

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 cesantías de carácter privado, no podrán imponer requisitos adicionales que limiten la aplicación del presente artículo.

Artículo 4. Aviso sobre el disfrute de vacaciones Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, el empleador dará a conocer al trabajador, con al menos un (1) día de anticipación, la fecha a partir de la cual le concederá las vacaciones anticipadas, colectivas o acumuladas. De igual manera el trabajador podrá solicitar en el mismo plazo que se le conceda el disfrute de las vacaciones.

Artículo 5. Recursos del Sistema de Riesgos Laborales para enfrentar el Coronavirus COVID-19. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, las Administradoras de Riesgos Laborales destinarán los recursos de las cotizaciones en riesgos laborales, de que trata el artículo 11 de la Ley 1562 de 2012 de acuerdo con la siguiente distribución:

1. El cinco por ciento (5%) del total de la cotización para realizar actividades de promoción y prevención dirigidas a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que, con ocasión de las labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio del virus, tales como, trabajadores de la salud tanto asistenciales como administrativos y de apoyo, al igual los trabajadores de aseo, vigilancia y alimentación, relacionados directamente con la prestación del servicio de salud;

trabajadores de terminales de transporte aéreo, marítimo o terrestre, control fronterizo, cuerpo de bomberos, defensa civil y cruz roja, para la compra de elementos de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, así como acciones de intervención directa relacionadas con la contención, mitigación y atención del nuevo Coronavirus COVID-19.

2. Del noventa y dos por ciento (92%) del total de la cotización, la Entidad Administradora de Riesgos Laborales destinará como mínimo el 10% para las actividades de prevención y promoción de que trata el numeral 2° del artículo 11 de la Ley 1562 de 2012. El uno por ciento (1 %) en favor del Fondo de Riesgos Laborales.
3. El dos por ciento (2%) para actividades de emergencia e intervención y para la compra de elementos de protección personal, chequeos médicos frecuentes de carácter preventivo y diagnóstico, y acciones de intervención directa relacionadas con la contención y atención del Coronavirus COVID-19, destinados a los trabajadores de sus empresas afiliadas, que, con ocasión de las labores que desempeñan, están directamente expuestos al contagio del virus, tales como los de la salud tanto asistenciales como administrativos y de apoyo, al igual que los trabajadores de aseo, vigilancia y alimentación, relacionados directamente con la prestación del servicio de salud; trabajadores de transporte aéreo, marítimo o terrestre; control fronterizo, cuerpo de bomberos, defensa civil y cruz roja.

Parágrafo. Las Administradoras de Riesgos Laborales presentarán a la Superintendencia Financiera en el mes de noviembre 2020, el informe financiero detallado de la destinación de recursos de que trata el presente artículo.

Artículo 6. Beneficios relacionados con el Mecanismo de Protección al Cesante. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y hasta donde permita la disponibilidad de recursos, los trabajadores dependientes o independientes cotizantes categoría A y B, cesantes que hayan realizado aportes a una Caja de Compensación Familiar durante un (1) año, continuo o discontinuo, en el transcurso de los últimos cinco (5) años, recibirán, además de los beneficios contemplados en el artículo 11 de la Ley 1636 de 2013, una transferencia económica para cubrir los gastos, de acuerdo con las necesidades y prioridades de consumo de cada beneficiario, por un valor de dos (2) salarios mínimos mensuales legales vigentes, divididos en tres (3) mensualidades iguales que se pagarán mientras dure la emergencia y, en todo caso, máximo por tres meses.

Parágrafo. El aspirante a este beneficio deberá diligenciar ante la Caja de Compensación Familiar a la que se encuentre afiliado, la solicitud pertinente para poder aspirar a obtener

el beneficio de que trata el presente artículo.

La Superintendencia de Subsidio Familiar impartirá instrucciones inmediatas a las Cajas de Compensación Familiar para que la solicitud, aprobación y pago de este beneficio se efectúe por medios virtuales, en razón a la emergencia declarada.

Artículo 7. Apalancamiento de recursos para el cubrimiento de los beneficios. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, las Cajas de Compensación Familiar a través de la administración del Fondo de Solidaridad de Fomento al Empleo y Protección al Cesante-FOSFEC, podrán apalancar los recursos necesarios mediante el concepto financiero de unidad de caja entre las subcuentas del fondo, para cubrir el déficit que la medida contenida

Artículo 9 Vigencia y Derogatorias. El presente Decreto rige a partir de la fecha de su publicación.

en el artículo anterior pueda ocasionar.

Tanto la medida como el retorno de los recursos a las subcuentas deberán ser informados, con los respectivos soportes, a la Superintendencia del Subsidio Familiar, evidenciando las cuentas necesarias de su utilización.

Artículo 8. Acreditación de la fe de vida-supervivencia- de connacionales fuera del país. Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica, y a partir de la entrada en vigencia del presente Decreto se suspenderá el término de seis (6) meses de que trata el artículo 22 del Decreto Ley 019 de 2012, modificado por el artículo 36 del Decreto Ley 2106 de 2019, para la acreditación de la fe de vida -supervivencia - ante las entidades que forman parte del Sistema General de Seguridad Social Integral.

2. Decisión

Primero. Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 1° y 9° del Decreto Legislativo 488 de 2020

Segundo. Declarar la **EXEQUIBILIDAD** de los artículos 4°, 5°, 6°, 7° y 8° del Decreto Legislativo 488 de 2020 en el entendido de que la expresión “[h]asta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica” contenida en cada uno de ellos, implica que las medidas allí establecidas permanecerán hasta la culminación de la emergencia sanitaria y, si se precisara de un término más allá de ese momento, las autoridades administrativas del trabajo (inspectores de trabajo) deberán certificar la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la excepción, habilitación o autorización otorgada, para poder seguir utilizando las medidas dispuestas en este decreto o hasta tanto el Congreso de la República ejerza sus competencias ordinarias en la materia.

Tercero. Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 2° del Decreto Legislativo 488 de 2020 salvo la expresión “de carácter privado” que se declara **INEXEQUIBLE**.

Cuarto. Declarar la **EXEQUIBILIDAD** del artículo 3° del Decreto Legislativo 488 de 2020 salvo:

(i) La expresión “de carácter privado” que se declara **INEXEQUIBLE**.

(ii) La expresión “[h]asta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica” que se declara **EXEQUIBLE EN EL ENTENDIDO** de que la medida allí establecida permanecerá hasta la culminación de la emergencia sanitaria y, si se precisara de un término más allá de ese momento, las autoridades administrativas del trabajo (inspectores de trabajo) deberán certificar la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la excepción, habilitación o autorización otorgada, para poder seguir utilizando la medida dispuesta o hasta tanto el Congreso de la República ejerza sus competencias ordinarias en la materia.

3. Síntesis de los fundamentos

3.1 La Corte determinó que el Decreto de la referencia cumple los requisitos formales de validez definidos por la Constitución, la Ley Estatutaria 137 de 1994 y la jurisprudencia constitucional, pues (i) fue suscrito por el Presidente de la República y todos los ministros del gabinete; (ii) fue expedido durante la vigencia y en desarrollo

del Decreto Legislativo 417 de 2020, que declaró el estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional; y (iii) expuso las razones que justifican la adopción de las medidas que contiene.

3.2. Luego de realizar un análisis detallado de cada una de las medidas contenidas en el Decreto Legislativo 488 de 2020, la Sala Plena concluyó que las mismas cumplían con los requisitos materiales de validez.

Sin embargo, con relación a la restricción de retiro de cesantías del Fondo Público, encontró que se trata de una medida que irrespeta el principio de igualdad, pues, el Fondo Nacional del Ahorro administra cesantías tanto de servidores públicos como de empleados del sector privado, y estos últimos podrían encontrarse en las mismas circunstancias de afectación de su ingreso, que aquellos que tienen sus cesantías depositadas en una AFC privada; luego no existe ninguna justificación para la discriminación.

En efecto, al igual que los afiliados de las AFC privadas, los empleados adscritos al FNA también están expuestos a sufrir la disminución de sus ingresos con ocasión de la emergencia y requerir así de una alternativa que les permita compensarla y de esa forma continuar sufragando sus necesidades básicas y las de su familia. En consecuencia, al no encontrar aceptables las razones que motivan la diferencia, la Sala declaró exequibles los citados artículos 2º., 3º. en lo que alude a la posibilidad del retiro parcial de cesantías, salvo las expresiones “de carácter privado” que se declaran inexecutable.

3.3. Finalmente, la Corte encontró necesario declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica...”, contenida en los arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º y 8º, bajo el entendido de que las medidas permanecerán hasta la culminación de la emergencia sanitaria, y si se precisara de un término más allá de ese momento, las autoridades administrativas del trabajo (inspectores de trabajo) deberán certificar la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la excepción, habilitación o autorización otorgada, para poder seguir utilizando las medidas dispuestas en este decreto o hasta tanto el Congreso de la República ejerza sus competencias ordinarias en la materia”. Ello por cuanto la incertidumbre existente respecto del momento en que “los hechos que dieron lugar a la emergencia” desaparecerán, convierten la vigencia de la norma de emergencia en indeterminada e indeterminable. Así las cosas, la Corte halló razonable mantener la vigencia de las autorizaciones que establece el Decreto 488/2020, hasta tanto dure la emergencia económica, pero como es previsible que las empresas no se recuperarán en ese mismo momento, la aplicación de las normas de excepción debe condicionarse a la demostración del mantenimiento de su necesidad, pues, también es previsible el abuso. De esa permanencia del contexto de los hechos, habría de dar certificación la autoridad del trabajo.

4. Salvamentos parciales y aclaraciones de voto

El magistrado **CARLOS BERNAL PULIDO** suscribió salvamento de voto parcial, en relación con el condicionamiento “Declarar la exequibilidad condicionada de la expresión “Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica...”, contenidas en los arts. 3, 4º., 5º., 6º. 7º. y 8º, bajo el entendido de que las medidas permanecerán hasta la culminación de la emergencia sanitaria. Si se precisara de un término más allá de ese momento, las autoridades administrativas del trabajo (inspectores de trabajo) deberán certificar la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la excepción, habilitación o autorización otorgada, para poder seguir utilizando las medidas dispuestas en este decreto o hasta tanto el Congreso ejerza sus competencias ordinarias en la materia”.

Consideró que la vigencia de las normas, tal como fue dispuesta en el Decreto, es razonable en tanto reconoce que la pandemia tiene efectos en el empleo y los riesgos laborales que pueden permanecer más allá de la emergencia sanitaria. En consecuencia, no contradice en modo alguno la Constitución que las disposiciones tendientes a moderar esos efectos permanezcan en el ordenamiento jurídico por un periodo diferente al de la declaratoria de emergencia sanitaria. En este sentido, el condicionamiento no responde a ningún mandato constitucional.

Además, someter la continuidad de las medidas a un trámite adicional, como es la certificación de las autoridades de trabajo, introduce una inflexibilidad que, más que garantizar los derechos sociales de los trabajadores, congestiona las tareas a cargo de los inspectores de trabajo y genera un incentivo negativo. El condicionamiento puede tener como consecuencia que, antes de tener que cumplir con los trámites administrativos, tanto trabajadores como empleadores prefieran acudir a vías más céleres para habilitar el uso de las cesantías, el disfrute de las vacaciones, o el acceso a mecanismos de protección de riesgos laborales aduciendo causales o situaciones que no correspondan con la realidad.

El magistrado **Luis Guillermo Guerrero Pérez** salvó parcialmente el voto, en relación con la decisión de declarar la exequibilidad condicionada de la expresión "*Hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica...*", contenidas en los arts. 3, 4°, 5°, 6°, 7° y 8°, bajo el entendido de que las medidas permanecerán hasta la culminación de la emergencia sanitaria. Si se precisara de un término más allá de ese momento, las autoridades administrativas del trabajo (inspectores de trabajo) deberán certificar la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la excepción, habilitación o autorización otorgada, para poder seguir utilizando las medidas dispuestas en este decreto o hasta tanto el Congreso ejerza sus competencias ordinarias en la materia". En su criterio el condicionamiento no solo era innecesario, en tanto que la medida que habilita a los trabajadores para disponer parcialmente de las cesantías está estrechamente vinculada a las circunstancias que dieron lugar a la emergencia, y no puede extenderse en el tiempo cuando tales circunstancias dejen de existir, y porque establece una rigidez, contraria al sentido de la previsión normativa, al trámite para que el trabajador pueda acceder a los recursos que requiere para enfrentar de mejor manera la disminución de sus ingresos atribuible a la situación de emergencia sanitaria. Similar consideración cabe hacer en relación con el disfrute de vacaciones o el acceso a mecanismos de protección de riesgos laborales.

De igual manera, el magistrado **ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO** se apartó de la decisión de exequibilidad condicionada que limita la vigencia de las medidas relativas al retiro de las cesantías y el acceso a los medios de protección de riesgos laborales a la emergencia sanitaria, por cuanto desconoce la dimensión del problema y su proyección más allá de la emergencia, cuando lo que pretende la medida es otorgarle a los empleados una opción para mantener el nivel de ingresos que tenían antes de su ocurrencia. Solo los empleados saben si necesitan o no mantener sus ingresos y sólo los empleadores saben si los ingresos de sus empleados se disminuyeron o no, razón por la que la intervención de una autoridad resulta ser un trámite burocrático excesivamente formalista y sin ninguna utilidad en la protección de los derechos de los empleados. En su criterio, el condicionamiento ha debido referirse a la medida relacionada con las vacaciones, por cuanto mantener a los empleados en vacaciones debería estar condicionado a un plan de reapertura gradual de las actividades del empleador.

Por su parte, el magistrado **ALBERTO ROJAS RÍOS** salvó parcialmente el voto. En su criterio, los artículos 3 y 4 del Decreto 488 de 2020 que habilitan que pueda cambiarse la destinación en el uso de las cesantías, para que los trabajadores asuman parte del riesgo de la pandemia tras el deterioro de sus ingresos y que permiten el anticipo de vacaciones para pasar el confinamiento debieron declararse inexecutable por no superar el juicio de no contradicción específica, ni el de proporcionalidad.

Recordó que de acuerdo con el artículo 50 de la Ley Estatutaria de Estados de Excepción en ningún caso es posible que se incorporen medidas que desmejoren los derechos sociales de las y los trabajadores a través de los Decretos de Excepción. De acuerdo con la sentencia C-179 de 1994, tal prohibición de desmejora deriva de la naturaleza de este tipo de derechos subjetivos colectivos, que se establecen en favor la sociedad y que se caracterizan por que buscan asegurar la vida en condiciones dignas y justas.

Recabó en que el trabajo no solo es un mecanismo de redistribución de riqueza, sino que además garantiza que quienes derivan de allí su subsistencia puedan acceder a bienes y servicios, como la salud, la vivienda, la educación, entre otros y que afectar su contenido trae de consuno la afectación de los demás. Enfatizó que si a esto se suma que el propio artículo 53 constitucional establece la irrenunciabilidad de los beneficios mínimos establecidos en las normas laborales no resultaba constitucionalmente admisible que, a través de un legislador de emergencia, se permitiera tomar el ahorro del trabajador para contener la emergencia declarada en el Decreto 417 de 2020 y menos que se permitiera el uso de las vacaciones para solventar de esa manera los efectos del confinamiento.

Aseguró que esta Corporación afianzó el criterio de derechos sociales fundamentales (C-776 de 2003) reconociéndolos como un límite infranqueable que no puede ser traspasado por el Estado, dado que se liga a la existencia de recursos materiales que requiere toda persona para tener una vida digna, así mismo ha destacado sobre la prohibición de regresión, permitiendo solo excepcionalmente al legislador ordinario llevar a cabo ajustes en los derechos sociales siempre que garantice que esto tendrá efectos benéficos, que contribuirán a la ampliación de la protección social y que, obviamente, por existir déficit democrático en la adopción de los decretos legislativos esa deferencia no es posible avalarla al Presidente de la República como lo permitió la mayoría de la Sala Plena.

Manifestó que no era posible acudir sin más al principio de solidaridad para encontrar satisfecha la finalidad de las medidas, leyéndolo desconectado de los principios que reconocen los derechos humanos laborales. A juicio del Magistrado Rojas Ríos no era posible predicar esa solidaridad basada en que el empleador y empleado se encuentran en la misma posición jurídica y de titularidad de derechos, bajo una idea contraevidente de que tienen la misma ecuación de beneficios en la empresa – trabajo productivo – o servicios, cuando es clara la asimetría entre ambos y por razón de la cual la propia Constitución Política y Tratados internacionales de Derechos Humanos reconocen al trabajador una protección reforzada. De otro lado porque advertir eso implicaría desconocer los propios principios que regulan el trabajo, uno de los cuales es la ajenidad, que es vertebral y según el cual *“el trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”*. En otras palabras, así como, por regla general, el empresario no distribuye entre los trabajadores sus ganancias anuales en proporción, no le es dable trasladarle los riesgos propios de la actividad productiva o de las contingencias de la vida social.

En relación con el juicio de proporcionalidad en el cambio de destinación de las cesantías refirió que de acuerdo con la disposición que contiene el Decreto cuando una persona vea reducidos ostensiblemente sus ingresos podrá solicitarlo. A su juicio la sentencia no analiza de dónde podría provenir dicha reducción y no tiene en cuenta que, de acuerdo con los principios constitucionales (previstos en el artículo 53 superior) y las reglas del trabajo (artículo 43 CST) no son eficaces las estipulaciones o condiciones que desmejoren la situación del trabajador, entre ellas su contraprestación y en relación con la solicitud de licencias no remuneradas (que afectan el ingreso) a raíz de la pandemia ya la Corte resolvió sobre su inviabilidad en la sentencia C-930 de 2009, de allí que la medida no era conducente ni pertinente.

Sobre las vacaciones advirtió que concretan el derecho fundamental al descanso (previsto hasta en la Declaración Universal de los Derechos Humanos), en el PIDESC, y en la propia Constitución Política y que modificar su naturaleza para ajustarla al

confinamiento es abiertamente inconstitucional, afectando su núcleo esencial. Estimo que equiparar la posibilidad de confinamiento al descanso, cuando ambos son antagónicos no es posible, menos considerar que los trabajadores descansan cuando están obligados a permanecer en sus hogares, y el retorno es inviable dadas las condiciones de seguridad.

El magistrado **ALEJANDRO LINARES CANTILLO** acompañó la parte resolutive de la decisión, pero aclaró su voto al considerar que las medidas contenidas en Decreto Legislativo 488 de 2020, tienen como objetivo principal la protección al empleo durante la coyuntura actual y no pueden ser consideradas como una desmejora en los derechos sociales de los trabajadores. En este sentido, señaló que de acuerdo con la definición de derechos sociales establecidos en la jurisprudencia constitucional, estos se caracterizan por la existencia de un interés común y solidario, destinado a asegurar la dignidad humana¹⁹, por lo que, sin lugar a dudas debe reconocerse la seguridad social como un derecho social de todos los trabajadores, formales e informales.

Sin embargo, esta definición general no puede llevar al equívoco de considerar que lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Decreto Legislativo 488 de 2020, referente a la creación de una nueva causal para acceder al retiro de cesantías y la modificación temporal del plazo previo para avisar del disfrute del período de vacaciones durante la pandemia, pueden consolidar por sí mismas un derecho fundamental autónomo e independiente, propio del juicio de intangibilidad ("derechos intocables"); por el contrario, son trámites propios de la potestad de configuración del legislador²⁰.

Finalmente, el magistrado **LINARES CANTILLO** puso de presente que la crisis que enfrentan los colombianos derivada del COVID-19, ha puesto en evidencia la inequidad, fragilidad y deficiencias del sistema general de seguridad social en el país. Es claro que históricamente la cobertura y financiación de la red de protección social en nuestro país, como son las medidas de protección al cesante, el cubrimiento de los riesgos de desempleo, vejez, invalidez y sobrevivencia, así como los riesgos de enfermedad y los riesgos profesionales, están atados a las contribuciones y recursos provenientes del empleo formal. Esto desconoce una importante realidad de nuestro país, agravada por la pandemia, donde la mayoría de quienes están económicamente activos son trabajadores informales, por lo que se queda corto el mercado laboral formal y sus protecciones, frente al número elevado de personas que trabajan en la informalidad y carecen de una red de protección social frente a riesgos como la vejez, la enfermedad o el desempleo. En consecuencia, considera que esta crisis genera una oportunidad para reflexionar a nivel de los hacedores de la política pública para repensar el diseño nuestro sistema de protección social, de manera integral. Tal vez, mediante la creación de una red de protección social financiada por el presupuesto nacional y no a través del empleo formal, se pueda resolver la problemática de inequidad que se ha hecho más evidente con esta crisis.

La magistrada **DIANA FAJARDO RIVERA** y el magistrado **JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS** manifestaron aclaraciones de voto en relación con la motivación de esta sentencia.