



CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SALA ESPECIAL DE DECISIÓN n°. 26

Consejero ponente: GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021)

Radicación número: 11001-03-15-000-2020-01293-00

Autoridad: SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Referencia: CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD

CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-EI Consejo de Estado conoce de los actos administrativos de las autoridades nacionales proferidos en estados de excepción. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Medio de control sobre las medidas administrativas de carácter general que adopten las autoridades administrativas nacionales en desarrollo de un decreto legislativo. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Objeto. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Oportunidad del medio de control. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Examen formal comprende competencia y formalidades. CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Examen material comprende el estudio de materia, conexidad y proporcionalidad. COSA JUZGADA RELATIVA EN CONTROL INMEDIATO DE LEGALIDAD-Efectos de los fallos de la jurisdicción administrativa en estados de excepción. ESTADO DE EXCEPCIÓN-Como hace parte del régimen de legalidad, la Administración está sujeta al ordenamiento durante su vigencia. ACTIVISMO JUDICIAL-El juez no puede sustituir a la discrecionalidad administrativa porque viola la separación del poder público. COVID-19-Motivo para la declaratoria de un estado de excepción. DECRETO LEGISLATIVO 488 DE 2020-Permite a los trabajadores retirar parcialmente sus cesantías, previa certificación de la disminución de ingresos mensuales. DECRETO LEGISLATIVO 488 DE 2020-Ordena a la Superintendencia Financiera impartir instrucciones a las AFPC para la solicitud, aprobación y pago de cesantías por medios virtuales. CESANTÍAS- Retiro parcial extraordinario. SENTENCIA C-171/20-Declaró la inexequibilidad de la expresión “de carácter privado” del art. 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020. SENTENCIA C-171/20-Declaró la exequibilidad condicionada de la expresión “hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica” del art. 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020. CIRCULAR EXTERNA 013 DEL 30 DE MARZO DE 2020 SUPERFINANCIERA-Examen de conexidad con los decretos legislativos de estados de excepción. CONDICIONAMIENTO DE CONSTITUCIONALIDAD-Interpretación conforme a modulación fijada por la Corte Constitucional. PUBLICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS DE CARÁCTER GENERAL-La ley dispone que los actos generales son obligatorios desde su publicación.

La Sala decide el control inmediato de legalidad de la Circular Externa n°. 013 del 30 de marzo de 2020, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, de conformidad con el artículo 185.6 del CPACA y lo dispuesto por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo en sesión n°. 10 del 1 de abril de 2020.

SÍNTESIS DEL CASO

La Circular Externa n°. 013 de la Superintendencia Financiera de Colombia impartió instrucciones a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías, en relación con el trámite, requisitos e informes de los retiros parciales del auxilio de cesantía, autorizados por el Decreto Legislativo 488 de 2020. Esta medida se tomó en el marco de la emergencia sanitaria derivada de la pandemia del COVID-19 y del



2
Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-01293-00
Circular Externa nº. 013 de la Superintendencia Financiera
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

estado de excepción declarado por el Decreto 417 de 2020.

ANTECEDENTES

El 22 de abril de 2020, la Superintendencia Financiera de Colombia **remitió** al Consejo de Estado la Circular Externa nº. 013 del 30 de marzo de 2020 para el control inmediato de legalidad. La Secretaría General de la Corporación radicó el asunto y en esa fecha lo **pasó a Despacho**. El 28 de abril de 2020, el consejero ponente **avocó** el conocimiento, dispuso la publicación del aviso para intervención ciudadana y ordenó notificar al agente del Ministerio Público. El 7 de mayo siguiente, el Despacho invitó a unas instituciones para que presentaran concepto.

En el plazo para las **intervenciones ciudadanas**, la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a través de su presidente Doctor Augusto Trujillo Muñoz y el académico ponente Doctor Rafael Forero Contreras, pidió que se declarara la legalidad de la Circular Externa nº. 013 de 2020. Sostuvo que el acto da alcance y cumplimiento al Decreto Legislativo 488 de 2020, expedido por el Gobierno en el marco del estado de excepción originado por la pandemia. Agregó que el retiro parcial de cesantías es una medida extraordinaria, transitoria, discrecional del trabajador y necesaria frente a la disminución de los ingresos habituales por la reducción de salarios en un escenario de crisis económica. La Superintendencia Financiera de Colombia, a través del subdirector de defensa jurídica de la entidad, Doctor Juan Pablo Buitrago León, defendió la legalidad de la circular. Sostuvo que el funcionario competente dictó el acto, que este tiene conexidad directa con el artículo 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020 y que lo que instruye permite a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías y a los trabajadores gestionar el retiro parcial de cesantías, autorizado por el decreto extraordinario.

El Ministerio Público **conceptuó** en favor de la legalidad de la Circular Externa nº. 013 de 2020. Afirmó que el acto lo expidió una autoridad competente, guarda conexidad y proporcionalidad con las causas de la declaratoria del estado de excepción y contiene una medida transitoria, que se ajusta al marco normativo de excepción.



CONSIDERACIONES

I. Presupuestos procesales

Jurisdicción y competencia

1. La jurisdicción administrativa, como guardián del orden jurídico, conoce del control inmediato de legalidad de las medidas de carácter general que se dictan en ejercicio de la función administrativa y como desarrollo de los decretos legislativos durante los estados de excepción, de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 - Ley Estatutaria de los Estados de Excepción, LEEE- y 136 del CPACA. Según estos preceptos, el Consejo de Estado ejerce el control de las medidas expedidas por las autoridades administrativas nacionales.

Medio de control procedente

2. El control inmediato de legalidad es el medio idóneo para verificar que las medidas generales expedidas por las autoridades administrativas, que desarrollan decretos legislativos, se ajustan al ordenamiento. Su propósito es impedir la aplicación de normas ilegales y limitar el poder de la Rama Ejecutiva durante un estado de excepción¹.

Oportunidad del control

3. La autoridad administrativa que dicte un acto sujeto al control inmediato de legalidad deberá enviarlo al juez administrativo competente, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a su expedición. Si no se procede así, la jurisdicción de lo contencioso administrativo aprehenderá de oficio el conocimiento del acto (art. 20 LEEE). Como el 22 de abril de 2020, la Superintendencia Financiera de Colombia remitió el acto objeto de control, la oportunidad para esta actuación judicial está satisfecha.

¹ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-179 de 1994 [fundamento jurídico f, artículo 20].



II. Acto objeto de control

4. El superintendente financiero expidió la Circular Externa nº. 013, que impartió instrucciones a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías (AFPC) para tramitar el retiro parcial de cesantías extraordinario, en cumplimiento del artículo 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020. Esto es, que el trabajador, afectado por la disminución del ingreso, pueda hacer retiros mensuales en un monto que compense la reducción salarial.

La primera instrucción indicó que las AFPC deben habilitar canales digitales o remotos, tales como la página web, aplicaciones, líneas telefónicas, entre otros, para que los afiliados puedan gestionar los retiros. Asimismo, deben garantizar que quienes no puedan acceder a medios digitales para el retiro, tengan la disponibilidad de atención presencial, a través de turnos, un sistema de puertas cerradas o corresponsales bancarios. La segunda instrucción indicó que las AFPC deben emplear para el retiro de cesantías extraordinario el mismo procedimiento previsto para el retiro ordinario y que la única información adicional que pueden solicitar al afiliado es la que permita establecer el monto mensual del retiro. La tercera instrucción indicó que las AFPC deben recibir la certificación del empleador sobre la disminución del ingreso del trabajador, a través de mensajes de datos o cualquier mecanismo digital, que sirva para identificar al empleador, al trabajador, el salario devengado al 1 de marzo de 2020 y el monto de la disminución del ingreso. También que dicha certificación sirve para los retiros durante el tiempo que persista la excepcionalidad, salvo que se deba actualizar por un cambio de circunstancias. La cuarta instrucción dispuso que las AFPC deben emplear mecanismos idóneos para validar la identidad del empleador y del trabajador y que los retiros solo se pueden autorizar a los titulares de la cuenta. La quinta instrucción estableció que el monto del retiro mensual no puede exceder la suma en que disminuyó el ingreso habitual y que, en todo caso, los retiros no pueden superar el saldo de la cuenta de cesantías del trabajador. La sexta instrucción prescribió que las AFPC deben enviar un reporte semanal a la Superfinanciera sobre las solicitudes de retiro extraordinario del auxilio de cesantía.

El funcionario fundamentó el acto en el Decreto 417 de 2020, que declaró un Estado



de Emergencia Económica, Social y Ecológica en todo el territorio nacional, por la calamidad derivada de la pandemia del COVID-19 y en el Decreto Legislativo 488 de 2020, que dictó medidas para aliviar la situación de los trabajadores por la crisis económica. Señaló que es competente para expedir el acto, en virtud del artículo 11.2.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010 y del referido artículo 3 del precepto extraordinario.

III. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si la Circular Externa nº. 013 del 30 de marzo de 2020, expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, se ajusta a los preceptos superiores que le sirven de fundamento y si existe una relación de conexidad entre lo que ese acto dispone y los motivos que dieron lugar al estado de excepción.

IV. Análisis de la Sala

El alcance del control inmediato de legalidad y el efecto de sus fallos

5. El control inmediato de legalidad está instituido para fiscalizar los actos administrativos de carácter general, expedidos en desarrollo de decretos legislativos. Como el estado de excepción no implica la supresión del Estado de derecho, la actividad de la Administración, en el ejercicio de las facultades excepcionales, sigue sometida al ordenamiento jurídico (art. 7 LEEE).

El control inmediato de legalidad comprende el análisis de la existencia de una relación de conexidad entre la regulación contenida en el acto sujeto de control y los motivos que dieron lugar a la declaratoria del estado de excepción. Asimismo, el control implica confrontar el acto con las normas superiores que le sirven de fundamento, es decir, los mandatos constitucionales que regulan los estados de excepción (arts. 212 a 215), la LEEE, el decreto de declaratoria del estado de excepción y el decreto legislativo que desarrolla (art. 8 LEEE).

El control inmediato de legalidad tiene un carácter jurisdiccional, automático y



oficioso, que se extiende a verificar la competencia de la autoridad que expidió el acto sujeto de control, la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la sujeción a las formas. Al controlar el acto, el juez debe determinar si la medida administrativa es proporcional con la gravedad del hecho que pretende conjurar (arts. 9, 10, 11, 13 y 20 LEEE).

6. Con todo, el control inmediato de legalidad, como cualquier otra competencia judicial, tiene límite en la ley (art. 230 CN). De allí que la confrontación del acto con el ordenamiento que le sirve de sustento no puede extenderse a otras materias, por ejemplo, a reemplazar la legítima discrecionalidad administrativa -que en un estado de excepción está limitada por los postulados de necesidad, finalidad, proporcionalidad, conexidad y debida motivación de las decisiones- por una inconstitucional “discrecionalidad judicial”.

Una justicia extraviada en la Administración no solo contraviene la separación del poder público, sino que impide la adopción y ejecución de medidas administrativas que, precisamente, deben ser eficaces y oportunas para conjurar la crisis e impedir la extensión de sus efectos (arts. 113 y 215.2 CN). En democracia, como la soberanía solo reside en la ley, el juez no puede -so pretexto de la defensa de los derechos- asumir competencias que el pueblo -a través de la ley- no le ha dado. El juez no está exceptuado del cumplimiento de la ley, por el contrario, debe dar ejemplo de obediencia a sus mandatos inexorables.

7. La evaluación de la juridicidad del acto sujeto a control se hace respecto de todos los preceptos superiores del ordenamiento jurídico relacionados con la materia. Así, se debe confrontar el acto con la normativa propia del estado de excepción. No obstante, si el juez advierte que el acto vulnera cualquier otra norma que no haya sido suspendida o derogada por las disposiciones excepcionales con fuerza de ley, procederá a declarar la ilegalidad del acto.

Aunque el control inmediato de legalidad tiene un carácter integral, no puede fundarse en los mismos parámetros del control que ejerce la Corte Constitucional respecto de los decretos legislativos, expedidos al amparo de la declaratoria del estado de excepción (arts. 241.7 y 215, parágrafo, CN). No es lo mismo confrontar



una norma legal de excepción con un número finito de disposiciones -como los artículos de la Constitución-, que verificar la legalidad de un acto administrativo en relación con el “resto del ordenamiento jurídico”. De allí que, si bien el control automático es integral -por ello el juez estudia la forma y la materia del acto-, no es viable verificar la legalidad de una resolución administrativa frente a todo el ordenamiento.

Por ello, lo decidido en el control inmediato de legalidad no cierra la posibilidad de que el acto pueda ser sometido a otro estudio de legalidad en el futuro, a través del medio de control de nulidad que cualquier persona formule por razones diferentes a las analizadas en el control automático. De modo que, si la medida administrativa controlada se encuentra ajustada a derecho o si se llega a decretar la nulidad de algunos de sus preceptos, aunque este fallo tiene efecto *erga omnes* -oponible a todos y contra todos-, la decisión tiene el carácter de cosa juzgada relativa. La sentencia solo es definitiva frente a los aspectos analizados y decididos, en virtud del control inmediato de legalidad².

Examen formal de la Circular Externa nº. 013 de la Superintendencia Financiera de Colombia

Competencia

8. El superintendente financiero es el representante legal y director de la entidad. Ejerce las funciones establecidas en el Decreto 2555 de 2010 y en el manual específico de funciones y competencias laborales de la Superintendencia Financiera de Colombia (art. 66 Ley 489 de 1998 y Resolución nº. 0020 de 2020³). Los numerales 4 y 5 del artículo 11.2.1.4.2 del Decreto 2555 de 2010, retomados por el manual de funciones y competencias de la entidad, establecen que el superintendente tiene la función de instruir a las entidades vigiladas y controladas sobre la manera de cumplir las disposiciones que regulan su actividad, fijar los criterios técnicos, jurídicos, señalar los procedimientos y cómo deben administrar los

² Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. nº. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3].

³ Esta resolución se puede consultar en: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/nuestra-entidad/acerca-de-la-sfc/estructura-organica/funciones-20182>



riesgos implícitos en sus actividades.

El inciso segundo del artículo 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020 establece que la Superintendencia Financiera impartirá instrucciones a las AFPC para tramitar la solicitud, aprobación y pago de los retiros parciales extraordinarios de cesantías. Como el superintendente financiero expidió la circular externa controlada, en ejercicio de las facultades de dirección e instrucción a las entidades vigiladas y controladas y en cumplimiento de lo dispuesto por la norma extraordinaria, se satisface el requisito de competencia.

Formalidades

9. En cuanto a las formalidades, que no tienen carácter sustancial, el acto cumple con los elementos que permiten su individualización: (i) la autoridad que lo expide. (ii) Encabezado con número y fecha. (iii) Referencia que da cuenta del objeto de la circular externa. (iv) La invocación de las normas de las que el superintendente financiero deriva su competencia para expedir el acto. (v) Como se trata de una circular, no tiene una parte resolutive, pero sí hace explícitas las instrucciones que las vigiladas deben seguir. (vi) Tampoco tiene un acápite de derogatorias, pues no suprime o modifica instrucciones anteriores.

Examen material

Conexidad

10. El Decreto 417 del 17 de marzo de 2020 declaró un estado de emergencia económica, social y ecológica en todo el territorio nacional. El precepto señaló que para limitar la propagación del COVID-19, cuidar la salud del público y de los servidores que los atienden, se imponía la expedición de normas para flexibilizar la obligación de atención personal de los usuarios, la utilización de tecnologías de la información y las comunicaciones y la implementación de medidas extraordinarias para aliviar los efectos económicos y laborales negativos generados por el virus



(núm. 3 consideraciones)⁴.

Esgrimió que el 9 de marzo de 2020 la Organización Mundial de la Salud -OMS- solicitó a los países la adopción de medidas para detener la transmisión y prevenir el contagio del SARS-CoV-2, virus que produce el COVID-19. Que el 11 del mismo mes, esa institución declaró que el virus es una pandemia y, en consecuencia, instó a los países a tomar medidas urgentes y decididas para la identificación, confinación, aislamiento y monitoreo de los posibles casos, así como el tratamiento de los enfermos. A su vez, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Resolución nº. 385 del 12 de marzo de 2020, que declaró una emergencia sanitaria, dispuso el alistamiento del sistema de salud para atender los enfermos, prohibió eventos masivos, reuniones de personas y requirió la adopción de medidas de bioseguridad, como la desinfección de superficies que puedan esparcir el virus y la prestación de servicios personales en la modalidad de “teletrabajo”.

El superintendente financiero impartió instrucciones a los representantes legales de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías en relación con el trámite, pago y reporte de los retiros parciales de cesantías, autorizados por el artículo 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020. Como esta medida se adoptó ante la necesidad de conjurar los efectos económicos negativos derivados de la emergencia por el COVID-19, que afectaron el ingreso de los trabajadores, es claro que existe una relación de conexidad entre el acto y los motivos que dieron lugar a la declaratoria de la emergencia económica, social y ecológica.

Retiro parcial de cesantías

11. El artículo 249 del Código Sustantivo del Trabajo regula el auxilio de cesantía, como derecho del trabajador al pago de un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracciones de año. Esta prestación tiene el propósito de suplir las necesidades del trabajador cesante o permitirle la adquisición o mejora de bienes y servicios -vivienda y educación- para incrementar su calidad de vida. El artículo 254 del precepto prohíbe efectuar pagos parciales de ese auxilio antes de la

⁴ La Corte Constitucional declaró exequible el Decreto 417 de 2020 mediante sentencia C-145 de 2020 [fundamento jurídico 98].



terminación del contrato de trabajo, salvo en casos expresamente autorizados. Los eventos establecidos por la ley para el retiro parcial de las cesantías son la adquisición, construcción, mejora o liberación de bienes raíces destinados a la vivienda (art. 18 Decreto 2351 de 1965) y el pago de matrículas del trabajador, su cónyuge o compañero(a) permanente y sus hijos, en entidades de educación superior reconocidas por el Estado (art. 102.3 Ley 50 de 1990)⁵.

El Decreto-Ley 3118 de 1968 creó el Fondo Nacional del Ahorro como establecimiento público, con el objetivo de administrar las cesantías de los empleados públicos y trabajadores oficiales. Posteriormente, la Ley 432 de 1998 reorganizó la entidad y transformó su naturaleza jurídica a empresa industrial y comercial del Estado adscrita al Ministerio de Vivienda, para ampliar sus servicios a todos los trabajadores del sector público y privado, mediante la administración de los recursos de las cesantías y el otorgamiento de financiación de vivienda o educación. Por su parte, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 estableció el régimen “anualizado” para el auxilio de cesantía y autorizó la creación de los fondos privados de cesantías, administrados por sociedades encargadas de manejar y gestionar los aportes de los trabajadores.

El Gobierno Nacional, con base en el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020, expidió el Decreto Legislativo 488 del 27 siguiente. El artículo 3 del precepto autorizó a los trabajadores que hayan tenido una disminución en sus ingresos mensuales, certificada por su empleador, retirar mensualmente de sus cesantías el monto que compense dicha reducción. El inciso segundo señala que la Superintendencia Financiera impartirá instrucciones a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías para que la solicitud, aprobación y pago sea, en principio, por medios virtuales. El párrafo establece que para este retiro, dichas sociedades administradoras no podrán imponer requisitos adicionales.

La Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión “de carácter privado” contenida en el precepto, pues consideró que el retiro parcial extraordinario de

⁵ Cfr. Consejo de Estado, Sala de Negocios Generales, sentencia del 5 de noviembre de 1962, Rad. nº. 1105 [fundamento jurídico párr. 10 a 13], en *Antología Jurisprudencias y Conceptos, Consejo de Estado 1817-2017 Sección Segunda*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2018, p. 361-362.



cesantías se debe permitir a todos los afiliados de los diferentes fondos administradores de cesantías, independientemente de su naturaleza (fondos privados-AFPC o Fondo Nacional del Ahorro-FNA). También se pronunció frente a la vigencia de la medida e indicó que la expresión “hasta tanto permanezcan los hechos que dieron lugar a la Emergencia Económica, Social y Ecológica” era incierta e indeterminada. En consecuencia, dispuso la exequibilidad condicionada, en el entendido que la autorización para el retiro extraordinario de cesantías permanecerá hasta tanto dure la emergencia sanitaria -aún vigente conforme a la Resolución n°. 02230 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social-. Si se precisa de un término mayor, los inspectores de trabajo certificarán la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la medida⁶.

Según la primera instrucción de la Circular Externa n°. 013 de 2020, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías deben publicar en su página web los canales digitales y remotos disponibles para la solicitud, aprobación y pago de los retiros extraordinarios parciales de cesantías. Además, deben establecer mecanismos alternos -asignación de turnos, atención a puerta cerrada o por corresponsales bancarios- para los trabajadores que no tengan acceso a Internet o no estén bancarizados. Así, se debe evitar aglomeraciones peligrosas para los solicitantes y empleados de las AFPC y FNA.

De acuerdo con la segunda instrucción, las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cesantías deben utilizar el procedimiento normal de retiro de cesantías para tramitar el retiro extraordinario y solo podrán solicitar información adicional para determinar el monto del retiro mensual.

Las instrucciones tercera y cuarta se refieren a los requisitos de la certificación del empleador⁷, que da cuenta del monto de disminución del ingreso mensual del trabajador, la posibilidad de actualizarla ante cambios en las circunstancias, el envío del documento por medios electrónicos y la obligación de las AFPC y el FNA de

⁶ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-171 de 2020 [fundamentos jurídicos 156 a 165]. La Corte Constitucional aclaró este fallo en auto A-388 de 2020 [fundamentos jurídicos 16 y 17].

⁷ Nombre o razón social del empleador, tipo y número de identificación, nombres, apellidos e identificación del trabajador, datos de contacto del empleador, salario devengado por el trabajador a 1 de marzo de 2020 y el monto de la disminución del ingreso mensual.



utilizar medios idóneos para validar la identidad del empleador y del trabajador. Proscribe el giro de los recursos a una persona diferente del titular de la cuenta de cesantías.

El numeral quinto del acto controlado ordena que el pago del retiro parcial de cesantías se abonará mensualmente por el monto solicitado, siempre que no exceda el valor de la disminución del ingreso mensual certificado, ni supere el saldo disponible en la cuenta de cesantías. Por último, conforme a la sexta instrucción las AFPC y el FNA deben reportar semanalmente a la Superintendencia Financiera las solicitudes de retiro parcial, en los términos que defina la delegatura de pensiones y conforme los campos establecidos en la circular.

Las instrucciones impartidas por la Superintendencia Financiera en la Circular Externa nº. 013 de 2020 están en consonancia con el precepto legal extraordinario, pues establecen el procedimiento de solicitud, aprobación y pago de los retiros parciales extraordinarios de cesantías, autorizados por el artículo 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020. Los requisitos que el acto determinó para esos retiros se ajustan al objetivo de la autorización extraordinaria para el uso de las cesantías y evitar el contagio del COVID-19, al permitir realizar los trámites por mecanismos virtuales. Asimismo, dichos requisitos son consecuentes con el control y vigilancia que compete a la Superfinanciera, en relación con las AFPC.

La legislación ordinaria -CST, Decreto 2351 de 1965 y Ley 50 de 1990- prohíbe a los empleadores hacer pagos parciales del auxilio de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos señalados en la ley. Sin embargo, el Gobierno Nacional, al expedir el Decreto Legislativo 488 de 2020, dispuso medidas extraordinarias para brindar un alivio a los trabajadores afectados por la disminución de los ingresos salariales, a raíz de la emergencia por el COVID-19. La legislación de excepción autorizó, pues, el uso temporal de los ahorros de cesantías para compensar la disminución del ingreso mensual del trabajador.

En conclusión, las instrucciones de la Circular Externa nº. 013 de 2020 desarrollan lo dispuesto por el artículo 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020. No obstante, este acto administrativo debe interpretarse y aplicarse conforme a la inexequibilidad de la



expresión “de carácter privado” establecida por la Corte Constitucional frente al texto original del precepto extraordinario. De modo que, las instrucciones de la circular cobijan a los afiliados de los diferentes fondos administradores de cesantías, independientemente de su naturaleza, esto es, abarca a las AFPC y al FNA. Por último, la vigencia de la medida, tal como lo dispuso la Corte Constitucional, debe entenderse, según la exequibilidad condicionada, es decir, hasta la culminación de la emergencia sanitaria y si se precisa de un término mayor, los inspectores de trabajo certificarán la permanencia de las circunstancias que dieron origen a la autorización de dichos retiros parciales extraordinarios. Por lo demás, de la confrontación entre el acto y las normas superiores que le sirven de sustento, no se advierte ninguna contradicción.

Proporcionalidad y necesidad

12. Las instrucciones impartidas por la circular -referidas a los lineamientos para la solicitud, aprobación y pago de los retiros parciales de cesantías, así como la autorización para tramitar esos retiros por mecanismos virtuales- son adecuadas y proporcionales a los fines que persiguen, pues, en virtud de la crisis económica derivada de la pandemia, los ingresos mensuales de los trabajadores se han visto afectados. Así, el uso extraordinario del auxilio de cesantía constituye un alivio frente a la crisis económica. La autorización para tramitar los retiros por medios virtuales es consecuente con las medidas sanitarias para evitar la propagación del virus SRAS-CoV-2. En relación con la realidad de los motivos, la adecuación a los fines y la proporcionalidad con la gravedad del hecho que pretende conjurar, la Sala coincide con los conceptos de la Academia Colombiana de Jurisprudencia y del Ministerio Público, que advirtieron que la Circular Externa nº. 013 de 2020 satisface estos requisitos. En efecto, el acto está acorde con la motivación que llevó a la declaratoria del estado de excepción ante la emergencia sanitaria producida por el COVID-19 y con las razones que justificaron la expedición del Decreto Legislativo 488 de 2020. En consecuencia, se declarará ajustado a derecho el acto, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad.

13. El numeral séptimo de la Circular Externa nº. 013 dispone que “rige a partir de su expedición”. Al respecto, la Sala resalta que el literal c) del artículo 119 de la Ley



489 de 1998 dispone que todos los actos administrativos de carácter general, expedidos por entidades del orden nacional, deben publicarse en el Diario Oficial. El párrafo del mismo precepto agrega que únicamente con la publicación que de los actos administrativos se haga en el Diario Oficial, se cumple con el requisito de publicidad para efectos de su vigencia y oponibilidad. El artículo 65 CPACA retomó esta disposición. Este precepto es desarrollo del postulado de publicidad que orienta la función administrativa, previsto tanto por el artículo 209 CN, como por los artículos 3.9 CPACA y 3 de la Ley 489 de 1998⁸.

Como la frase “rige a partir de su expedición” de la circular se opone al mandato superior, se declarará nula, porque es contraria a la ley y vulnera el postulado de publicidad de una decisión de la Administración. No obstante, como la oponibilidad de los actos administrativos de carácter general está regulada en la ley, la nulidad parcial decretada no tiene el alcance de afectar la obligatoriedad de la circular controlada, pues, en todo caso, se encuentra atada a la publicación del acto, requisito que en este asunto se cumplió⁹.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Especial de Decisión nº. 26, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO: ANÚLASE la expresión “rige a partir de la fecha de su expedición” del numeral séptimo de la Circular Externa nº. 013 del 30 de marzo de 2020, de conformidad con las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLÁRASE la legalidad de la Circular Externa nº. 013 de 2020

⁸ Cfr. Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 23 de noviembre de 2010, Rad. nº. 11001-03-15-000-2010-00196-00 [fundamento jurídico 3.4].

⁹ Cfr. <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/circulares-externas-cartas-circulares-y-resoluciones-desde-el-ano-/circulares-externas/circulares-externas--10102740> Asimismo, la entidad publicó el acto en el boletín del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, capítulo SFC nº. 534 de 1 de abril de 2020, que se puede consultar en: <https://www.superfinanciera.gov.co/inicio/normativa/normativa-general/boletin-minhacienda-capitulo-superintendencia-financiera/boletin-minhacienda-capitulo-superintendencia-financiera-boletin-minhacienda-capitulo-superintendencia-financiera-abril--10103602>



15

Expediente nº. 11001-03-15-000-2020-01293-00
Circular Externa nº. 013 de la Superintendencia Financiera
Declara ajustado a derecho el acto sujeto a control inmediato de legalidad

expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia, en relación con el examen formal y material realizado en este control inmediato de legalidad. La aplicación y vigencia del retiro parcial de cesantías deben interpretarse según la inexequibilidad de la expresión “de carácter privado” del artículo 3 del Decreto Legislativo 488 de 2020 -de modo que las instrucciones aplican a las AFPC y al FNA- y la exequibilidad condicionada del período en que se mantendrá la medida, tal como lo ordenó la Corte Constitucional en sentencia C-171 de 2020.

TERCERO: En firme esta decisión, **ARCHÍVESE** el expediente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente de la Sala

LUIS ALBERTO ÁLVAREZ PARRA

MILTON CHAVES GARCÍA
ACLARACIÓN DE VOTO

HERNANDO SÁNCHEZ SÁNCHEZ
SALVAMENTO DE VOTO

APS/MAR/1C digital

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ