

**LA PROGRESIVIDAD CONSTITUCIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DE LA
PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN**

**DIANA MARIA INSUASTY HIDALGO
JAMES RODRÍGUEZ ROSERO**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
PASTO
2012**

**LA PROGRESIVIDAD CONSTITUCIONAL EN EL RECONOCIMIENTO DE LA
PENSIÓN DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN**

**DIANA MARIA INSUASTY HIDALGO
JAMES RODRÍGUEZ ROSERO**

Trabajo de grado para optar el título de Abogados

**Dra. ISABEL GOYES MORENO
Asesora**

**UNIVERSIDAD DE NARIÑO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
PROGRAMA DE DERECHO
PASTO
2012**

NOTA DE RESPONSABILIDAD

“Las ideas y conclusiones aportadas en la tesis de grado son de responsabilidad exclusiva del autor”

Artículo 1° Acuerdo N° 324 de octubre 11 de 1966, emanado del Honorable Consejo Directivo de la Universidad de Nariño.

NOTA DE ACEPTACIÓN

PRESIDENTE DEL JURADO

JURADO

JURADO

Pasto, Mayo de 2012

TABLA DE CONTENIDO

	pág.
INTRODUCCIÓN	14
1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA	16
1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS	17
2. PENSIÓN DE INVALIDEZ	30
2.1 EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ	34
2.2.1 Normatividad relevante entre 1959 a 1969	34
2.2.2 Regulación legal en cuanto a la calificación de invalidez	36
2.2.3 Evolución legislativa de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez	39
2.2.3.1 Acuerdo 049 de 1990 del ISS	39
2.2.3.2 Ley 100 de 1993	40
2.2.3.3 Ley 797 de 2003	42
2.2.3.4 Ley 860 de 2003	42
2.2.3.5 Análisis normativo	45
3. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD	51
3.1 NOCIÓN CONCEPTUAL	51
4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL	56
4.1 ANÁLISIS ESTÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA	57
4.1.1 Procedibilidad de la tutela	57

4.1.2	Principio de progresividad y reconocimiento de la pensión de invalidez	62
4.2	ANÁLISIS DINÁMICO DE LA JURISPRUDENCIA	91
4.2.1	Escenarios constitucionales	91
4.2.1.1	Personas de la tercera edad	93
4.2.1.2	Personas portadoras VIH/SIDA	96
4.2.1.3	Personas jóvenes	98
4.2.2	Identificación de sentencias	100
5	CONCLUSIONES	105
	BIBLIOGRAFÍA	108
	NETGRAFÍA	111

LISTA DE TABLAS

	pág.
Tabla 1. Normatividad Relevante entre 1959 a 1969	35
Tabla 2. Regulación Legal en cuanto a la Calificación de Invalidez	36
Tabla 3. Requisitos para acceder a la pensión de invalidez – transito normativo.	44
Tabla 4. Relación edad y semanas requisito de fidelidad.	47
Tabla 5. Línea jurisprudencial - Principio de progresividad y pensión de invalidez	91
Tabla 6. Personas de la tercera edad	96
Tabla 7. Portadores VIH/SIDA	98
Tabla 8. Personas jóvenes	100
Tabla 9. Identificación de sentencias	101

LISTA DE FIGURAS

	Pág.
Figura 1. Escenarios Constitucionales – línea jurisprudencial	93
Figura 2. Tendencia de las decisiones de la Corte Constitucional	102

GLOSARIO

AFILIACIÓN: vínculo que se establece entre la entidad administradora y el afiliado, que constituye la fuente de derechos y obligaciones en el sistema.

DEROGACIÓN: abolición, anulación o revocación de una norma jurídica por otra posterior procedente de autoridad legítima.

DISCAPACIDAD: condición que hace que una persona sea considerada como discapacitada. Esto quiere decir que el sujeto en cuestión tendrá dificultades para desarrollar tareas cotidianas y corrientes que, al resto de los individuos, no les resultan complicadas. El origen de una discapacidad suele ser algún trastorno en las facultades físicas o mentales.

EVOLUCIÓN: acción y efecto de evolucionar. Hace referencia al desarrollo de las cosas cuando se pasa gradualmente de un estado a otro.

EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD: es el mecanismo de control constitucional que consiste en la obligación que tiene todo servidor público de abstenerse de aplicar las leyes u otras normas jurídicas, que sean ostensiblemente contrarias a las disposiciones constitucionales. Surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar un precepto normativo a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto.

FECHA DE ESTRUCTURACIÓN: es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida de su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

INCAPACIDAD LABORAL: situación de enfermedad o padecimiento psíquico o físico que impide a una persona de manera transitoria o definitiva, realizar una actividad profesional y que normalmente da derecho a una prestación de la seguridad social.

JURISPRUDENCIA: la interpretación de la ley hecha por los jueces. Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico omitido u obscuro en los textos positivos o en otras fuentes del derecho. En sentido estricto solo constituye jurisprudencia la doctrina emanada de las resoluciones del Tribunal Supremo en forma reiterada.

LÍNEA JURISPRUDENCIAL: es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer si existe un patrón de desarrollo decisional.

MINUSVALÍA: es la situación de desventaja de un individuo determinado a consecuencia de una deficiencia o de una discapacidad, que le limita o impide el desempeño de un rol que sería normal en su caso.

PENSIÓN DE INVALIDEZ: prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstas en la Carta Política.

PERJUICIO IRREMEDIABLE: se refiere a la posibilidad de que una situación llegue a ser tal, que las cosas no puedan volver a su estado anterior, lo que comporta que el riesgo de vulneración no se pueda eliminar y que la vulneración misma progrese hasta el punto de no retorno.

PRINCIPIOS: parte filosófica de cada ciencia, doctrina o disciplina que sirve de guía a la que se debe recurrir cada vez que se requiera ahondar a su conocimiento. Soportes ideológicos en los cuales se basa la respectiva disciplina y le sirven de orientación para su desarrollo, para su interpretación y para su aplicación.

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN: conjunto de normas aplicables mediante el cual las personas tienen derecho a que se les respete condiciones del Régimen anterior como edad, tiempo y monto, que consiste este último en el porcentaje sobre el cual se reconoce la pensión.

SEGURIDAD SOCIAL: el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

TUTELA: mecanismo de protección de los derechos constitucionales fundamentales de los habitantes del territorio colombiano.

RESUMEN

Con la Constitución Política de 1991, Colombia asume la calidad de Estado Social de Derecho, y en virtud de ello se tiene que es papel determinante del Estado Colombiano, el de garantizar la prestación de una Seguridad Social Integral. Con ello se tiene que la pensión de invalidez, ha de entenderse como un derecho de creación legal que se deriva directamente de la Constitución, y con la cual se busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral de una persona, otorgándosele a la persona inválida un conjunto de prestaciones económicas y de salud, consideradas como esenciales e irrenunciables. A partir de esta precisión, los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la pensión de invalidez por riesgo común, han enriqueciendo la discusión en materia de principios y en especial del principio de progresividad, cuando se trata de establecer medidas regresivas que vulneran los derechos fundamentales de las personas que quieren acceder a este tipo de prestación.

Palabras Clave: pensión, invalidez, principio de progresividad, seguridad social.

ABSTRACT

Colombia took on the quality of the social state of law with the Political Constitution of 1991. According to this, Colombia has to provide a guarantee of a Social and Integral Security. Subsequently, the pension of disability has to be taken as a right of legal creation derived from the Constitution. This pension seeks to help people who have lost the work capacity, giving them economical and health benefits that are considered essential and inherent. As from, jurisprudential statements of the Constitutional Court about pension of disability have enriched the discussion about principles above all the progressivity principle when it try to establish regressive measures that violate the main rights of people that want to get this kind of benefits.

Key Words: pension, disability, principles of progressivity, social safety.

INTRODUCCIÓN

La Seguridad Social ha sido fruto de la evolución de varias figuras que se han venido desarrollando desde hace cerca de dos siglos, tanto legislativa como jurisprudencialmente. Progreso que pretende enmarcarse dentro de un enfoque garantista de los derechos de raigambre Constitucional.

Con la Constitución Política de 1991 Colombia asume la calidad de Estado Social de Derecho, adquiriendo de esta forma un compromiso activo con los ciudadanos en el sentido de garantizar la prestación de una Seguridad Social integral, que proteja a las personas ante las distintas contingencias que puedan disminuir su estado de salud y su capacidad económica, con afectación de sus medios de subsistencia o los de su núcleo familiar.

En este orden de ideas, se puede encontrar como parte del sistema general de seguridad social, el sistema de pensiones que se encuentra regulado por la ley 100 de 1993, en donde el legislador consagró la pensión de invalidez por riesgo común, la cual tiene como objetivo garantizar a las personas que han perdido su capacidad laboral el acceso a una fuente de ingresos para solventar sus necesidades vitales.

Ahora bien, los cambios normativos presentados en cuanto a pensiones y en particular a la pensión de invalidez desde la implementación del Sistema de Seguridad Social Integral, han venido imponiendo requisitos que con el tiempo se han tornado más rigurosos y restrictivos, conllevando a que tal reconocimiento resulte cada vez más difícil de obtener.

Por tanto, ante el inminente desequilibrio palmario que ofrece la legislación vigente, por resultar manifiestamente contraria a la progresividad de los derechos sociales consagrados por el Constituyente, indagaremos sobre: *¿Resulta contrario*

al principio de progresividad el tránsito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez?

Para el efecto, se estudiara grosso modo la historia de la seguridad social en Colombia. Posteriormente, se realizara una breve referencia al sistema de seguridad social en pensiones, centrándonos en la pensión de invalidez por riesgo común desarrollando para ello la evolución normativa que ha regulado entre otros, los requisitos para acceder a ella, evidenciando como el tránsito normativo de esta prestación ha sido regresivo.

A partir de esta precisión, se lograra determinar la importancia del principio de progresividad de la seguridad social, consagrado en el artículo 48 la Carta Política, haciendo énfasis en su consagración en tratados internacionales y su inclusión en el ordenamiento jurídico, principalmente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Finalmente, nos enfocaremos en la línea jurisprudencial que ha sentado la Corte Constitucional, sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común, en virtud de la aplicación del principio de progresividad, destacando tres escenarios jurisprudenciales que se develan de ella como lo son las i) personas de la tercera edad, ii) los portadores de VIH/SIDA y iii) las personas jóvenes, los cuales merecen una especial protección por parte del Estado.

1. LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA

La seguridad social arraiga su origen al conjunto de necesidades del hombre en la sociedad y a los mecanismos con los cuales intenta superarlas, convirtiéndose en medidas protectoras de necesidades sociales, tal como lo define el profesor Almansa Pastor.¹

Bajo ese entendido, se define el derecho a la seguridad social como el conjunto de normas y principios que ordenan ese instrumento estatal específico de protección de necesidades sociales y específicamente las relaciones jurídicas a que da lugar².

Por su parte, en el preámbulo de la Ley 100 de 1993 se define a la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad.

Así mismo, prescribe en su artículo 8° que el sistema de seguridad social integral está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente Ley.

El sistema general de pensiones fue establecido en el libro primero de la Ley 100. Conforme lo manifiesta su artículo 10°:

¹ ALMANSA PASTOR, José Manuel. Derecho de la Seguridad Social. Vol. I, 4ta ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1984.

² *Ibíd.*, p. 86.

“el Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones”.

Ahora bien, antes de ahondar en el estudio de la pensión de invalidez por riesgo común y sus respectivos requisitos, es necesario puntualizar los antecedentes de la Seguridad Social en Colombia.

1.1 ANTECEDENTES HISTÓRICOS

Aunque los servicios de salud pública y los regímenes de seguridad social tienen antecedentes históricos diferentes, desde un principio han tenido cierta similitud de objetivos y prontamente se manifestaron relaciones de interdependencia entre ellos. La necesidad de brindar protección social a todas las personas ha sido un objetivo común de las sociedades y los esfuerzos realizados para su satisfacción datan de tiempos muy remotos³.

En Colombia el sistema de seguridad social recoge los clásicos modelos alemán y británico y por ello se sostiene que es de corte mixto.⁴ La seguridad social en salud para los trabajadores se estableció en forma muy estratificada empezando con los grupos ocupacionales de mayor poder gremial. Se acogió el modelo bismarckiano de seguro social, fundado en la relación de empleo dependiente, que formó el sistema y bajo las características consistentes en la cobertura obligatoria sólo para asalariados, programas separados para atender distintos riesgos, cotizaciones basadas en aportes del trabajador y empleador (también

³ Asistencia Médica Individual y Seguridad Social. Informe del Comité Mixto de Expertos OIT/OMS. Serie de informes técnicos. 480. Organización Mundial de la Salud. Ginebra. 1971. Consultado en: http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_480_spa.pdf.

⁴ Corte Constitucional. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia SU-508 de 2001.

regulación por el Estado), prestaciones directamente relacionadas con las cotizaciones y régimen de capitalización para pensiones⁵.

Por consiguiente, se hará una breve referencia a la evolución del sistema colombiano de seguridad social, ya que resulta de gran trascendencia para comprender el marco normativo actual de la misma.

Antes de 1810 existían organizaciones indígenas que se mantuvieron durante la Etapa Precolombina. Todas las personas estaban obligadas a destinar parte de sus productos a un fondo común llamado Resguardo. Yacían terrenos que no pertenecían a nadie y el cultivo se lo rotaban entre todos los integrantes. El producto era destinado a los enfermos, las viudas y los enfermos, no para provecho individual.

En 1810 época de la República se crean organizaciones llamadas Juntas de Socorro, de origen predominantemente religioso y con fines sociales destinados a amparar el riesgo y enfermedades. Se dan los primeros hospitales, entre los más destacados el Hospital San José de Bogotá. Dichas organizaciones eran privadas.

Sin embargo, desde finales del siglo XIX se dan las bases para el desarrollo del derecho laboral y la seguridad social en Colombia. Para tal efecto, se expide la Ley 50 de 1886 de pensiones y jubilaciones; la Ley 86 de 1886 que prohíbe el ejercicio simultáneo de dos empleos; la Ley 65 de 1887 de protección a artesanos y agricultores extranjeros, entre otros⁶.

⁵ MARTÍNEZ, Félix. ROBAYO, Gabriel. VALENCIA, Oscar. ¿Por qué no se logra la cobertura universal de la seguridad social en salud? Fundación para la investigación y desarrollo de la salud y la seguridad social FEDESALUD. 2002. p. 10 -11.

⁶ TRIANA y ANTORVERZA, Humberto. Semblanza para la historia institucional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Bogotá, 1998. p. 108-114.

La primera ley en el siglo XX que sobre el tema se expidió en Colombia, fue la Ley 29 de 1905 donde se establece una pensión de jubilación para sectores particulares restringidos⁷.

Los primeros beneficios normativos de seguridad social surgen para el sector oficial y dentro de este, primero en beneficio del estamento militar y posteriormente en el personal civil oficial⁸, como se evidencia a continuación:

➤ Militares: por enfrentar un mayor riesgo debido a la guerra, se organizan los Montepíos Militares que se inician con un decreto en 1821 sobre memoria de los muertos por la patria y con otro decreto de 1823 sobre pensión vitalicia a favor del libertador. Se hace un aporte a un fondo común que socorrería a esposas en caso de viudez e hijos.

La preocupación gubernamental por sus condiciones llevo a organizar para ellos la primera institución de seguridad social formalmente organizada. Se contrato una misión Suiza que después de largos estudios estructuro la Caja de Sueldos de Retiro de las Fuerzas Militares creada con la Ley 75 de 1925.

➤ Personal Civil Oficial: la primera Ley que los protegió fue la Ley 50 de 1886, que establecía pensiones en curiosa combinación de jubilación e invalidez. Otras normas pensionales se establecen a favor de los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia mayores de 60 años. También se protege en este sector a los educadores. Con la ley 50 de 1886 se hizo extensiva al personal docente las pensiones de gracia que existían a favor de los militares y sus familias.

El primer antecedente de una caja de previsión para el personal civil oficial se registro con la creación del sistema de previsión social para las comunicaciones (posteriormente Caprecom) mediante la Ley 82 de 1912.

⁷ YEPES PARRA, Antonio. Hacia una utopía, por la defensa de la Seguridad social en Colombia. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 1995. p. 20

⁸ RENGIFO O, Jesús M. La seguridad social en Colombia. 3ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1989. p. 38-40.

Para lo pertinente, resulta de gran importancia la expedición de la Ley 57 de 1915, la que se considera como pionera en seguridad social para los trabajadores del sector privado. En ella se consagró la obligación por parte de ciertos empleadores y empresas de brindar asistencia médica y a indemnizar por accidente o muerte. Fue la primera ley sobre accidentes de trabajo.

En 1921 se implanta el seguro obligatorio de vida, mediante la Ley 37 de 1921. También se expide durante este periodo la Ley 48 de 1924, Ley 15 de 1925 y Ley 56 de 1927, que reglamentaron el trabajo de menores y asistencia social.

La Ley 83 de 1923, creó la Oficina General del Trabajo en el Ministerio de Industrias, que después se reformó en 1927. Años más tarde en 1936, se creó el Departamento del Trabajo y la Caja de Ahorro y Previsión Social. La década de los 30 fue muy importante ya que Colombia empieza a adherirse a los Convenios de la OIT.

Uno de los acontecimientos constitucionales más importantes en la historia de nuestro país fue la Reforma Constitucional de 1936, que introdujo varios cambios de tipo social, que influyeron en la política laboral del país.

A partir de 1936 se da una evolución legislativa que comenzó con la expedición de varias leyes, como la Ley 53 de 1938 que reconoce la protección a la maternidad, la Ley 96 de 1938 por la cual se crea el Ministerio de Trabajo, Higiene y Previsión Social y la Ley 6 de 1945, por la cual se creó la Caja Nacional de Previsión Social.

Cabe destacar la creación de la única Caja de Previsión que tuvo su origen en la negociación colectiva, lo que refleja el grado de influencia de la política social surgida en el país a partir de los años treinta, es decir en el periodo intervencionista; se trata de la caja de previsión social de navegación "Riocaja", de

los trabajadores del Río Magdalena afiliados a la Fedenal. Esta caja surgió por laudo arbitral en 1942⁹.

Un año importante fue 1946 porque con la Ley 90 se instauró un sistema de seguro social en Colombia. Se estableció el seguro obligatorio y se crea el Instituto de Seguros Sociales.

El Estado Colombiano se comprometió a suministrar directamente los servicios de salud a los obreros del sector privado, ya que el sistema tripartito de aportes monetarios, entre obreros, trabajadores y Estado, así se lo exigían.

Para los gremios industriales, la nueva normatividad ofrecía significativas ventajas porque aminoraba los costos laborales. La Ley 90 de 1946 permitió a las empresas asumir la prestación de servicios médicos que luego fueron brindados por el Seguro Social:¹⁰

- Inicialmente comprende a los nacionales y extranjeros que prestan sus servicios a otra persona en virtud de un contrato expreso o presunto, de trabajo o aprendizaje, incorporando más adelante a trabajadores sujetos a límites de renta. Consagra la cobertura de riesgos de enfrentamiento profesionales y maternidad, invalidez y vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y muerte.
- Establece prestaciones como asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y odontológica, subsidio en dinero, hospitalización, examen médico para la investigación y prevención de las enfermedades y períodos de reposo preventivo de convalecencia.

⁹ RODRÍGUEZ, Oscar. y ARÉVALO, Decsi. Estructura y crisis de la seguridad social en Colombia 1946-1992. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 1992. p. 84-89.

¹⁰ CORREA RAMÍREZ, John. Una senda en la historia de la seguridad social en Colombia. Medellín: Comfenalco (Antioquia), 2000.

➤ En caso de invalidez, el Instituto pagará, mientras dure una pensión mensual, lo mismo en caso de vejez. En accidentes y enfermedades profesionales, la necesaria asistencia médica y quirúrgica (...) y subsidios en dinero. Y Pensión para la viuda y huérfanos. En caso de muerte del asegurado no causada por accidente de trabajo, pago de los gastos de entierro y pensiones de viudez y orfandad. Las personas cubiertas eran: el trabajador asegurado; la esposa del trabajador en caso de maternidad; la compañera del trabajador en caso de maternidad; el hijo del asegurado con los servicios de lactancia.

Una cualidad que se reconoce a la Ley 90 de 1946 fue la de sintetizar e integrar las leyes anteriores en un solo cuerpo jurídico coherente y visionario. Aunque en los primeros años del Instituto fue un agobio presupuestal continuo. Hacia 1958 el déficit casi llegaba a 20 millones de pesos. Otras dificultades del Seguro Social, fueron las asperezas surgidas con algunos sectores médicos.

Como resultado de las reivindicaciones que en el mundo tenían los trabajadores, en 1950 se expidió el Código Sustantivo del Trabajo y el Decreto legislativo 118/1957 crea el subsidio familiar obligatorio.

En 1964 con el Decreto 3170 se reglamentan los seguros de Accidentes de Trabajo y Enfermedad profesional. Y en 1966 se reglamenta el seguro de invalidez, vejez y muerte¹¹.

En cuanto a los beneficios, surge el Decreto 1824 de 1965 que entra a regular lo que desde entonces se conocerá como IVM (Invalidez, vejez y muerte).

Por su parte en los Decretos 3041 de 1966 y 687 de 1967, se crean los Bonos de Valor Constante. De otro lado, el Decreto Ley 3135 de 1968 recoge en un solo cuerpo normativo las prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del nivel nacional. Con anterioridad a esta normatividad, el

¹¹ CORREA RAMÍREZ. Op. Cit. p. 56

régimen legal oficial se encontraba disperso, por lo cual esa unificación representa un avance significativo.

Con el Decreto 3118 de 1968 se da la creación del Fondo Nacional de Ahorro, que represento un paso significativo en el proceso de tecnificación de la Seguridad Social del sector oficial, específicamente en el tema de las cesantías.

El Decreto Ley 433 de 1971 modificó la Ley 90 de 1946, es el primer estatuto por el cual se reorganiza el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Se crea el seguro social campesino y la modificación más importante es que el gobierno cambia su relación con el seguro social en su sistema de financiamiento, pues ya no será una contribución tripartita, como se formuló en 1946, sino de carácter bipartito con contribuciones gubernamentales¹².

El Decreto 770 de 1975 reglamentó el Seguro de Enfermedad General y Maternidad. Estableció el seguro médico familiar como mecanismo de extensión de la atención de salud a la familia del trabajador afiliado. Esto implica que en adelante se extiende la cobertura a sus beneficiarios: cónyuge, compañero permanente, hijos hasta los 18 años o mayores de 18 hasta los 25 años con estudios.

En 1976 se crea el Fondo Nacional Hospitalario que tiene recursos provenientes de los aportes del seguro de pensiones del seguro social y al director del Instituto dentro de su junta administradora¹³.

La preocupación estatal por los pensionados y su núcleo familiar, conlleva a la expedición de varias leyes protectoras, independientemente cual fuera la entidad responsable del pago de la pensión respectiva. Entre ellas se encuentran la Ley 10 de 1972 que establece la sanción moratoria por el no pago oportuno de las

¹² RODRÍGUEZ y ARÉVALO. Op. Cit., p. 193.

¹³ CAÑON, Leonardo. Los servicios sociales en la seguridad social. Bogotá: La Previsora, 1992. p.10.

pensiones. La Ley 33 de 1973 que transformo en vitalicias las pensiones a favor de las viudas. La Ley 12 de 1975 estableció el derecho a la sustitución de la pensión a favor del cónyuge supérstite y compañera permanente. La ley 4ª de 1976 conocida como Estatuto del Pensionado, que instituye el reajuste anual del monto de la pensión, el límite mínimo de un salario mínimo para toda pensión, el derecho a una mesada adicional en el mes de diciembre y auxilio para gastos de sepelio.

El instrumento central de la reestructuración del seguro social fue el decreto Ley 1650 de 1977 que transforma la denominación del instituto (pasa de ser el Instituto Colombiano de Seguros Sociales para llamarse Instituto de Seguros Sociales) y formula la separación entre seguros asistenciales y seguros económicos.

En esta fase hay una marcada influencia de la jurisprudencia en el desarrollo del sistema pensional del seguro social, ya que comienzan a llegar a la justicia los primeros conflictos por la aplicación del mismo, tales como los alcances de la pensión sanción, la definición de cuando las pensiones corresponden al empleador y cuando al seguro y la decisión sobre la Constitucionalidad del tránsito prestacional al seguro social¹⁴.

El Acuerdo 011 de 1981 crea y reglamenta el Fondo de Servicios Sociales Complementarios, que tiene por objeto generar acciones orientadas a mejorar las condiciones de vida y en especial a la atención en situaciones de abandono, soledad y desprotección de los pensionados del Instituto de Seguros Sociales.

En el mismo año se da el Informe Chenery, que plantea las bases de la ley 100. En éste se concluye sobre la problemática que azotaba la época. Sobre la seguridad social el análisis identifico las siguientes características: el sistema de seguridad social es disperso y protege de manera incompleta los riesgos sociales,

¹⁴ ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 3ra Ed. Bogotá: Legis, 2011. p. 89.

tiene muy baja cobertura y adolece de múltiples inequidades internas, pues es extremadamente desigual para distintos segmentos de la población trabajadora y además adolece de complejos problemas financieros¹⁵.

Un aspecto trascendental de las reformas estructurales de la seguridad social colombiana, es el cambio de modelo económico que vivió el país, proceso conocido como la apertura económica.

En este orden de ideas, resulta de gran relevancia la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente, la cual culminó con la expedición de la **CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA DE 1991** que trajo consigo importantes innovaciones institucionales como lo es el estado Social de Derecho, mecanismos de protección de los derechos fundamentales (Acción de Tutela, de Grupo, Popular, y de Cumplimiento), preveía de los mismos y categorización de los DESC, entre otros.

Bajo este entendido, el estado colombiano adquirió un compromiso activo con los ciudadanos en el sentido de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta Política, ejerciendo una eficaz protección y garantizando de manera universal, eficiente y progresiva la materialización de las libertades y derechos conferidos por mandato constitucional.

Así, se tiene que es papel determinante garantizar la prestación de una Seguridad Social Integral, que proteja a las personas ante las distintas contingencias que puedan disminuir su estado de salud y su capacidad económica, con afectación de sus medios de subsistencia o los de su núcleo familiar.

Cabe destacar de su artículo 48 las siguientes novedades: en primer término la superación del modelo asistencialista de protección social al enunciar en forma explícita la seguridad social como un derecho; en segundo lugar, la efectividad de

¹⁵ *Ibíd.*, p. 92.

ese derecho se pretende garantizar señalando la seguridad social como un servicio público, sujeto a los principios de eficiencia , universalidad, solidaridad e irrenunciabilidad; en tercer lugar la Constitución abordó el problema de la gestión de la seguridad social, señalando que al estado le corresponde la dirección, coordinación y control del sistema, y que la gestión del mismo, es decir la prestación de los servicios, puede corresponder a entidades públicas o privadas.

Adicionalmente la misma Carta (art. 49) destaca la trascendencia de la salud dentro de la seguridad social al disponer que es un servicio público esencial altamente intervenido por el Estado¹⁶.

De igual manera, se denota de esta institución un objetivo prioritario de protección a las personas o sujetos que se encuentren en situación de debilidad (arts. 13, 44, 46, 47 y 50.)

Ahora bien, dentro de este contexto, se dio apertura a un debate sobre la reforma de la seguridad social que culminaría con la expedición de la **LEY 100 DE 1993**, el sistema de seguridad social integral, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios.

El artículo 10 establece que el **Sistema General de Pensiones** tiene por objeto, por un lado, garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones, y por otro, propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con aquellos beneficios. De la citada norma, es pertinente destacar los siguientes postulados¹⁷:

¹⁶ *Ibíd.*, p. 96.

¹⁷ *Ibíd.*, p. 101-106.

- Constituyó un esfuerzo institucional significativo: se crearon dos regímenes, uno para la población con capacidad de cotización, llamado régimen contributivo, y otro para los sectores de población en situación de marginalidad, denominado régimen subsidiado.
- Desde el punto de vista jurídico, la complejidad del nuevo sistema de seguridad social se vio ampliada por efecto de la jurisprudencia de las tres altas cortes.
- En cuanto al enfoque económico cabe destacar que se entregó la administración de la seguridad social a particulares, EPS, AFP y ARP, denotándose un lucro económico particular.

De igual manera, se consagró dentro del sistema de pensiones, dos regímenes solidarios, que son incompatibles entre sí, por cuanto ninguna persona puede distribuir sus cotizaciones, entre estas dos posibilidades. Algunas características son:

- Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida.

Aquí, los afiliados o beneficiarios obtienen una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes o una indemnización, si es del caso. Los aportes y sus rendimientos integran un fondo común de naturaleza pública, mediante el cual se sostiene éste régimen garantizando el pago de las prestaciones, gastos administrativos y las reservas de acuerdo a la normatividad.

El administrador exclusivo de dicho régimen era el ISS. No obstante la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, mediante Decreto 4121 de 2011 asumió la administración estatal del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las prestaciones especiales asignadas por las normas legales y la administración del Sistema de Ahorro de Beneficios Económicos Periódicos.

➤ Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Este régimen está basado en el ahorro proveniente de las cotizaciones y sus respectivos rendimientos financieros, la solidaridad a través de garantías de pensión mínima y aportes al fondo de solidaridad, y propende por la competencia entre diferentes entidades administradoras del sector privado, sector público y sector social solidario, que libremente escojan los afiliados.

Los afiliados al régimen tendrán derecho al reconocimiento y pago de las pensiones de vejez, invalidez, sobrevivientes e indemnizaciones, cuya cuantía dependerá de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, de los subsidios del Estado, cuando a ello hubiere lugar¹⁸.

La pensión se causa cuando se cumple la condición de reunir en la cuenta individual de ahorro pensional el capital requerido para financiar dicha pensión, y su cuantía será proporcional a los valores acumulados. En consecuencia el sistema puede hacer abstracción del requisito de la edad y del tiempo mismo en que se hayan hecho las cotizaciones, pues lo que cuenta como unidad de medida es la cantidad cotizada¹⁹.

Adopta unas modalidades de pensión, que son la renta vitalicia inmediata, retiro programado y retiro programado con renta vitalicia diferida. La primera de ellas, comporta la posibilidad de que el afiliado o beneficiario contrata con la aseguradora el pago de una renta mensual hasta su fallecimiento, la segunda consiste en que el afiliado o beneficiario obtiene su pensión, con cargo a su cuenta individual y al bono pensional, si es del caso; la tercera modalidad, contempla la posibilidad de que el afiliado contrata con una aseguradora, un renta vitalicia a partir de una fecha determinada, reteniendo en su cuenta fondos suficientes para obtener un retiro programado.

¹⁸ ISAZA CADAVID, Germán. Derecho laboral aplicado. 16 Ed. Bogotá: Leyer, 2012. p. 562.

¹⁹ ARENAS. El derecho colombiano de la seguridad social. Op. Cit., p. 228.

De igual manera, se han establecido unas reglas comunes entre estos dos regímenes, entre las que se encuentra la del traslado, para el evento de que los afiliados decidan cambiarse entre ellos. Para ello se estableció la posibilidad de traslado del RPM al RAI, en el que habrá lugar a un reconocimiento de bonos pensionales. Si por el contrario sucede el traslado de manera inversa, se transferirá a este último el saldo de la cuenta individual.

Ahora bien, con posterioridad a la Ley 100, en el sistema de salud, el ajuste más significativo lo constituyó el Acto Legislativo 01 de 2001 y la expedición de la Ley 715 que rediseñan las transferencias de recursos a los entes territoriales para la financiación del régimen subsidiado de salud.

En el sistema pensional, la Ley 797 de 2003 constituyó de una parte, un fortalecimiento de las cotizaciones que beneficia a los dos regímenes, y de otro lado un recorte sistemático de los derechos para el régimen de prima media. También contribuyó a los mecanismos de financiamiento de los subsidios del sistema pensional. Algunos de los ajustes introducidos en la ley tuvieron serios reparos en el control constitucional²⁰.

Luego, se expidió la Ley 860 de 2003, en la que se modificó de nuevo el régimen de transición, aunque en forma menos drástica que en la Ley anterior: las reglas de edad, tiempo y monto de pensión del régimen anterior se conservaban hasta diciembre de 2007 y a partir de 2008 solo se respetaría la edad del régimen anterior y las demás condiciones serían las de la Ley 100 con las modificaciones de la Ley 797.

Ahora bien, como el tema que nos atañe es la pensión de invalidez, es necesario señalar que la misma se constituye como una de las contingencias más dolorosas y frustrantes para el ser humano. La capacidad de locomoción y la plenitud de las funciones físicas y síquicas son tan necesarias para llevar una vida normal, tanto

²⁰ *Ibíd.*, p. 114.

en el plano individual como en la relación social, que la pérdida o disminución de esas capacidades y funciones afecta en el ser humano en forma dramática el concepto de sí mismo y la posibilidad de desarrollar las potencialidades propias²¹.

Corolario de lo anterior, es dable realizar un profundo análisis de lo que concierne a esta prestación, para con posterioridad enfocarnos en los requisitos establecidos para acceder a ella.

2. PENSIÓN DE INVALIDEZ

La pensión de invalidez es una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstas en la Carta Política.

Conforme se ha señalado se puede establecer que la pensión de invalidez es una pensión de vejez anticipada que se concede cuando se dan las circunstancias de pérdida de la capacidad establecidas en la legislación²².

En Colombia se ha legislado con la finalidad de instituir mecanismos de protección y de integración social a las personas con limitaciones, como en la Ley 361 de 1997 que contempla políticas, principios y reglas legales.

La invalidez ha sido asumida en el contexto internacional como la reducción de la capacidad para el trabajo a consecuencia de limitaciones físicas o mentales debidamente probadas. Esta idea ha sido adoptada en el contexto jurídico nacional, que define a la invalidez como una pérdida que excede el 50% de la facultad para laborar, lo que presupone la valoración de la merma.

²¹ *Ibíd.*, p. 352.

²² ARENAS. *Op. cit.*, p. 48.

En Sentencia T-1291 de 2005 M.P. CLARA INÉS VARGAS, se realiza una breve reseña sobre cómo está contemplada dicha prestación en los instrumentos internacionales:

El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; y el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, establecen que el carácter fundamental de la seguridad social radica en la absoluta e íntima conexión con los derechos a la vida, a la dignidad, al mínimo vital y a la igualdad.

Estos instrumentos internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad de acuerdo a lo establecido por el artículo 93 de la Constitución Política. Pues bien, teniendo en cuenta que la Asamblea General es el principal órgano deliberante de la Organización de las Naciones Unidas en el cual se encuentran representados todos los Estados miembros, sus Resoluciones constituyen herramienta auxiliar para consolidar la interpretación de los diferentes tratados de derechos humanos ratificados por Colombia. Para el caso que nos ocupa, tal órgano ha proferido las Resoluciones 3447 (XXX) y las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad en las cuales se definen los términos discapacidad y minusvalía de la siguiente manera:

“17. Con la palabra "discapacidad" se resume un gran número de diferentes limitaciones funcionales que se registran en las poblaciones de todos los países del mundo. La discapacidad puede revestir la forma de una deficiencia física, intelectual o sensorial, una dolencia que requiera atención médica o una enfermedad mental. Tales deficiencias, dolencias o enfermedades pueden ser de carácter permanente o transitorio.

“18. Minusvalía es la pérdida o limitación de oportunidades de participar en la vida de la comunidad en condiciones de igualdad con los demás. La palabra "minusvalía" describe la situación de la persona con discapacidad en función de su entorno. Esa palabra tiene por finalidad centrar el interés en las deficiencias de diseño del entorno físico y de muchas actividades organizadas de la sociedad, por ejemplo, información, comunicación y educación, que se oponen a que las personas con discapacidad participen en condiciones de igualdad”.

En el instrumento en cita se establece que dos de las estrategias para lograr la igualdad de oportunidades de la persona con discapacidad es la adopción de una red de servicios de apoyo y un sistema de seguridad social, como presupuestos que [aumenten] su nivel de autonomía en la vida cotidiana y [les

permitan] ejercer sus derechos. En estricto sobre la seguridad social, este documento indica lo siguiente:

1. Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo. Los Estados deben velar por que la prestación de apoyo tenga en cuenta los gastos en que suelen incurrir las personas con discapacidad, y sus familias, como consecuencia de su discapacidad.

2. En países donde exista o se esté estableciendo un sistema de seguridad social, de seguros sociales u otro plan de bienestar social para la población en general, los Estados deben velar por que dicho sistema no excluya a las personas con discapacidad ni discrimine contra ellas.

En el mismo derrotero, teniendo en cuenta que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue aprobado mediante la Ley 74 de 1976, hay que concluir que también constituye un criterio relevante para resolver el problema planteado la interpretación que del derecho a la seguridad social ha efectuado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Precisamente en el 11º período de sesiones (1994), en el documento de "Observación general N° 5" acerca del derecho a la seguridad social de las personas con discapacidad, el Comité aseveró:

"26. El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas.

De otro lado, la Organización Internacional del Trabajo ha manifestado que el acceso a un nivel adecuado de protección social es un derecho fundamental de todos los individuos reconocido por las normas internacionales del trabajo y por las Naciones Unidas, además, que es considerado un instrumento para la promoción del bienestar humano y el consenso social que favorece la paz social²³.

²³ Convenios de trabajo que se han ocupado de la seguridad social y la salud: convenio 70 de la seguridad social de la gente de mar, 1946; convenio 102 de la seguridad social norma mínima, 1952; convenio 118 sobre la igualdad de trato seguridad social, 1962; convenio 130 sobre asistencia médica y prestaciones monetarias de enfermedad, 1969; convenio 155 sobre seguridad social y salud de los trabajadores, 1981; protocolo 155 de 2002 del convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981; convenio 157 sobre

La Corte Constitucional en Sentencia T-144 de 1995 define a la pensión de invalidez como una de las formas de expresión del derecho a la seguridad social; busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud.

No sólo la íntima conexidad entre la pensión de invalidez y los derechos a la vida y el trabajo llevan a la Corte a afirmar su linaje de derecho fundamental. La pensión de invalidez es una especie del derecho a la seguridad social, el cual ostenta igualmente el carácter de fundamental cuando su titularidad se predica de personas de la tercera edad (Sentencias T-426/92; T-011/93; T-135/93) o de disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos (Sentencia T-427/92).

La condición de disminuido físico, sensorial o psíquico - que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez -, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta (C.P. art. 13). El desconocimiento del derecho fundamental a la pensión de invalidez y a su pago oportuno puede entrañar igualmente una vulneración del derecho a la igualdad, en este caso al derecho a ser tratado de modo especial por encontrarse en una situación de desventaja frente a las demás personas (C.P. arts. 2 y 13). En consecuencia, no es desacertada la invocación del derecho a la igualdad por parte del accionante de tutela frente a lo que considera una omisión arbitraria de la autoridad pública que atenta contra sus derechos fundamentales.²⁴

Ahora bien, en razón de que el tema objeto de estudio versa sobre los requisitos exigibles para acceder a esta prestación, es de suma importancia estudiar su evolución normativa.

No obstante, pese a que dicha evolución ha sido fruto del adelanto constante de varias figuras que se han venido desarrollando desde hace cerca de dos siglos, la

la conservación de los derechos en materia de seguridad social, 1982; convenio 161 sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985; convenio 164 sobre la protección de la salud y la asistencia médica gente de mar, 1987; convenio 165 sobre la seguridad social de la gente de mar, 1987; convenio 167 sobre seguridad y salud en la construcción, 1988; convenio 176 sobre seguridad y salud en las minas, 1995; convenio 184 sobre la seguridad y la salud en la agricultura, 2001; y convenio 187 promocional para la seguridad y salud en el trabajo 2006. Consultado en: http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/Socialprotection/lang-es/index.htm.

²⁴ Corte Constitucional. M.P. Antonio Barrera Carbonell. Sentencia T-239 de 1996.

evolución legislativa ha sido regresiva, vulnerando los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo estas circunstancias, ya que la no consagración de un régimen de transición ha generado impactos negativos en el tema de Pensión de Invalidez, al adicionar requisitos legales para acceder a ella.

El endurecimiento de dichos requisitos por parte del legislador vulnera el derecho a la seguridad social y los derechos fundamentales de los trabajadores que se hallaban bajo tales situaciones y a las cuales, su no reconocimiento con fundamento en las nuevas disposiciones legales amenaza con la privación de un sustento básico y asistencial, deteriorando su calidad de vida y por ende violando principios constitucionales.

A continuación se hará una recopilación cronológica de la evolución legislativa que ha presentado la pensión de invalidez por enfermedad común, enfocándonos en los requisitos exigidos para acceder a ella.

2.1. EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ

2.2.1. Normatividad relevante entre 1959 a 1969: la siguiente tabla contiene una breve reseña de las normas que anteceden la entrada en vigencia del Acuerdo 049 de 1990 y la legislación posterior, sobre la cual versa el análisis jurisprudencial que se llevara a cabo en el presente proyecto, mismo que encuentra su fundamento en el enfoque progresista de la Corte Constitucional con respecto al tema.

Tabla 1. Normatividad Relevante entre 1959 a 1969

NORMA	CONTENIDO
Ley 77 de 1959	Por la cual se aumentan las pensiones de jubilación e invalidez.
Ley 87 de 1961	Sobre pensiones de jubilación e invalidez y otras prestaciones en el ramo de la Educación Pública oficial.
Ley 48 de 1962	Por la cual se fijan unas asignaciones, se aclara la Ley 112 de 1959 y se dictan otras disposiciones.
Ley 4ª de 1966	Por la cual se provee de nuevos recursos a la Caja Nacional de Previsión Social, se reajustan las pensiones de jubilación e invalidez y se dictan otras disposiciones.
Decreto 3041 de 1966	Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.
Decreto 3135 de 1968	Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales.
Decreto 1848 de 1969	Por el que se reglamenta el Decreto 3135 de 1968.
Decreto 446 de 1973	Por el cual se reajustan las pensiones de jubilación, invalidez y retiro por vejez, en el sector público.

Por su parte, el **CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO** regula a partir de su artículo 278 y siguientes todo lo concerniente a la pensión de invalidez. Si al trabajador le sobreviene una invalidez por enfermedad no profesional o lesión distinta a accidente de trabajo, tendrá derecho a:

- a). En caso de invalidez permanente parcial, a una suma de uno (1) a diez (10) meses de salario que graduará el médico al calificar la invalidez;
- b). En caso de invalidez permanente total, tendrá derecho a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta meses (30) meses y mientras la invalidez subsista.
- c). En caso de gran invalidez, el trabajador tendrá derecho, a una pensión mensual de invalidez equivalente a la de jubilación o vejez, durante treinta (30) meses.

Además prescribe que dicha pensión no podrá en ningún caso ser inferior a sesenta pesos (\$60) ni exceder de seiscientos pesos (\$600).

2.2.2. Regulación legal en cuanto a la calificación de invalidez: la calificación del estado de invalidez también ha experimentado grandes variaciones que se resumen en la siguiente tabla, la cual contiene los Acuerdos, Leyes y Decretos referentes al tema desde 1990 hasta 2012.

Tabla 2. Regulación Legal en cuanto a la Calificación de Invalidez

NORMA	CONTENIDO
Acuerdo 049 de 1990	Solo tendrá validez la calificación efectuada por los médicos laborales del Instituto. (Art. 7°)

<p>Ley 100 de 1993</p>	<p>El estado de invalidez se determinara con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral.</p> <p>Se conformará una comisión interdisciplinaria que calificará en primera instancia la invalidez y determinará su origen. Se crea la junta nacional para la calificación de los riesgos de invalidez con sede en la capital de la República, integrada por un número impar de miembros designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. (Art. 41).</p>									
<p>Decreto 692 de 1995</p>	<p>Por el cual se adopta el Manual Único para la Calificación de la Invalidez. Se tendrán en cuenta para la calificación integral de la invalidez los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad o del accidente, y definidos de la siguiente manera:</p> <table style="margin-left: auto; margin-right: auto;"> <tr> <td>Deficiencia</td> <td>→</td> <td>50%</td> </tr> <tr> <td>Discapacidad</td> <td>→</td> <td>20%</td> </tr> <tr> <td>Minusvalía</td> <td>→</td> <td>30%</td> </tr> </table> <p style="text-align: center;">Total = 100%</p>	Deficiencia	→	50%	Discapacidad	→	20%	Minusvalía	→	30%
Deficiencia	→	50%								
Discapacidad	→	20%								
Minusvalía	→	30%								
<p>Decreto 917 de 1999</p>	<p>Modifica el Decreto 692 de 1995, y se constituye como la regulación vigente sobre el tema. Para establecer los criterios de esa calificación, el manual está conformado por tres libros: El primero trata sobre las deficiencias y consta de 14 capítulos referidos a cada uno de los sistemas orgánicos. El libro segundo se refiere a las discapacidades y consta de 7 categorías que afectan la actuación de la persona. El libro tercero es el de las minusvalías. En él se definen 7 categorías de minusvalías.</p>									
<p>Ley 962 de 2005</p>	<p>Cuando la incapacidad declarada por el ISS, ARP o aseguradora sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la entidad.</p> <p>Estas juntas son organismos de carácter inter-disciplinario cuya conformación podrá ser regionalizada y el manejo de sus recursos reglamentado por el Gobierno Nacional de manera equitativa. (Art. 52).</p>									

<p>Ley 1151 de 2007</p>	<p>En desarrollo de lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el Ministerio de la Protección Social diseñará, organizará, unificará y pondrá en funcionamiento el procedimiento y los mecanismos técnicos y la forma en la cual se llevará a cabo la determinación y calificación de la pérdida de capacidad laboral, la calificación del grado de invalidez y el origen de las contingencias en primera oportunidad para entidades que en la actualidad deban adelantar dicha labor, así como la revisión del estado de invalidez, de que trata el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Para el efecto reestructurará la o las entidades estatales que en la actualidad califican en primera oportunidad. (Art 46).</p>
<p>Decreto 019 de 2012</p>	<p>El decreto ley antitramites, vigente desde el 10 de enero de 2012, modifica el artículo 52 de la ley 962 de 2005, que a su vez modificaba el artículo 41 de la Ley 100 de 1993. Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional (sic) de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.</p> <p>Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto. (Art. 142).</p>

2.2.3 Evolución Legislativa de los requisitos para acceder a la Pensión de Invalidez.

2.2.3.1 Acuerdo 049 de 01 de febrero de 1990 del ISS: aprobado por el Decreto 758 del 11 de abril de 1990²⁵. Dicho acuerdo Amplió la cobertura al permitir el reconocimiento de la pensión a quienes acreditaron 300 semanas, cotizadas en tiempo anterior al estado de invalidez²⁶, dispuso la norma en su artículo 6°:

“Tendrán derecho a las pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y
- b) Haber cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, ciento cincuenta semanas (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez”.

Se establecía que inválido era la persona que por causa no profesional y no provocada intencionalmente, hubiera perdido la capacidad laboral, clasificando la invalidez en tres tipos, a saber:

1. Invalido permanente total, que correspondía a la persona que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el cincuenta por ciento o más de su capacidad laboral para desempeñar el

²⁵ Que se hace necesario ajustar las normas del Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de invalidez, vejez y Muerte al Decreto – Ley 1650 de 1977 por establecerlo su artículo 32, así como unificar la legislación existente sobre la materia.

²⁶ “El asegurado que al momento de invalidarse no tuviere el número de semanas exigidas en el literal b) del artículo 6° del presente acuerdo, tendrá derecho en sustitución de la pensión de invalidez a una indemnización equivalente a una mensualidad de la pensión que le habría correspondido, por cada veinticinco (25) semanas de cotización acreditadas. Igual indemnización se otorgará al asegurado que sin tener derecho a la pensión de vejez, se invalide después de alcanzar las edades que se señalan en este reglamento para adquirir el derecho a esta pensión. En uno y otro caso será requisito, que el interesado tenga acreditadas no menos de cien (100) semanas de cotización, veinticinco (25) de las cuales deben corresponder al año anterior a la estructuración de la invalidez.” –artículo 9° Acuerdo 049 de 1990.

oficio o profesión para el cual estaba capacitado, es decir su propia actividad laboral.

2. Invalidez permanente absoluta, como la persona que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el cincuenta por ciento o más de su capacidad laboral para realizar cualquier clase de trabajo remunerado, es decir no solo su actividad laboral sino cualquier otra.

3. Gran invalidez, cuando el afiliado o asegurado por su causa de enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido su capacidad laboral en grado tal que requiera de la asistencia constante de otra persona para movilizarse, conducirse o efectuar los actos esenciales de la existencia.

En ese orden de ideas, el monto de la pensión dependía del grado de invalidez, partiendo en el caso del invalidez permanente total, del 45% de su salario mensual base; del invalidez permanente absoluto del 51% de su salario mensual base, y para el gran invalidez, del 57% de dicho salario, llegando al 90 por ciento de la base de liquidación.

2.2.3.2 Ley 100 de 1993: artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y,

b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Parágrafo. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente ley.

Artículo. 40. Monto de la pensión de invalidez. El monto mensual de la pensión de invalidez será equivalente a:

a) El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%, y,

b) El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.

La pensión por invalidez no podrá ser superior al 75% del ingreso base de liquidación.

En ningún caso la pensión de invalidez podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

La pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

2.2.3.3 Ley 797 de 2003: se modifican los requisitos para acceder a la pensión por invalidez por riesgo común, corrigiendo las inconsistencias que presentaban los requisitos establecidos en la ley 100 de 1993 y estableciendo igualmente, el requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema.

En su artículo 11 contempla los requisitos para obtener la pensión de invalidez:

“Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

Parágrafo. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria”.

El citado artículo 11 sería declarado inexecutable mediante Sentencia C-1056 de 2003.

2.2.3.4 Ley 860 de 2003: al tenor literal de la norma, el artículo 39 reza lo siguiente: “Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. (Requisito de fidelidad declarado inexecutable mediante Sentencia C-428 de 09.)

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

A continuación se hace un paralelo comparativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, contemplados en las normas expuestas anteriormente.

Tabla 3. Requisitos para acceder a la pensión de invalidez – transito normativo.

	ACUERDO 049 DE 1990	LEY 100 DE 1993	LEY 797 DE 2003	LEY 860 DE 2003
Requisitos	<p>Aprobado por el Decreto 758 de 1990.</p> <p>Art. 6° a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) haber cotizado 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez.</p> <p>Artículo 3 Decreto 917 de 1999: fecha de estructuración de invalidez.</p>	<p>Art. 39 Que la persona esté cotizando y haya cotizado por lo menos 26 semanas.</p> <p>Que habiendo dejado de cotizar tenga cotizadas mínimo 26 semanas en el año inmediatamente anterior al estado de invalidez.</p>	<p>Art. 11 (Inexequible C-1056 del 11 de noviembre de 2003)</p> <p>Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.</p> <p>Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al hecho causante de la misma.</p> <p>Parágrafo. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su</p>	<p>Art. 1° Invalidez causada por enfermedad y por accidente:</p> <p>Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración o hecho causante y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. (Fidelidad Inexequible C – 428 de 2009).</p> <p>Parágrafo 1°. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.</p>

			declaratoria.	Parágrafo 2°. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.
Monto	<p>Básico 500 semanas = 45% Adicional 1.5% por cada 50 semanas por incapacidad igual o superior al 50% e inferior al 66%</p> <p>800 semanas= 54% Adicional 2% por cada 50 semanas por incapacidad igual o superior al 66%.</p>			
I.B.L.	Promedio de los salarios o rentas sobre los cuales el afiliado ha cotizado durante los 10 años anteriores reconocimiento de la pensión, actualizado anualmente con el I.P .C. o durante todo el tiempo invalidez.			
Revisión	Cada 3 años a solicitud de la entidad que reconoce la pensión o en cualquier tiempo a solicitud del pensionado.			

2.2.3.5 Análisis normativo: del tránsito normativo anterior, se vislumbran algunas particularidades del régimen legal de la pensión de invalidez, de donde se desprende que las modificaciones legislativas han impuesto condiciones más exigentes para el acceso a esta prestación, en especial frente a la cantidad de cotizaciones y al tiempo de permanencia en la condición de cotizante al sistema general de seguridad social. Lo anterior se desprende del siguiente análisis:

➤ **Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758/90.**

La exigencia del número de semanas cotizadas (150), debían ser acreditadas en un espacio temporal mucho más amplio (6 años) e incluso se podía exigir el derecho a la pensión si se habían cotizado 300 semanas en cualquier tiempo antes de estructurarse la invalidez.

➤ **Ley 100 de 1993, versión original.**

Introdujo un nuevo criterio, o bien el estar o no afiliado al sistema en el momento de estructurarse la invalidez; en caso de estar afiliado se requería haber cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, de lo contrario las 26 semanas debían ser cotizadas en el año anterior a la invalidez.

Si bien en este caso el número de semanas se redujo, también se limitó el tiempo durante el cual debían ser cotizadas las semanas para tener acceso a la pensión, en el caso de que el trabajador no se encontrara afiliado.

➤ **Ley 797 de 2003**

Aumentó el número de semanas cotizadas (50) antes de constituirse el estado de invalidez, y también aumenta el tiempo en el que dichas cotizaciones se pueden realizar (3 años).

La norma establece un nuevo requisito, esto es, el de fidelidad de cotización, en donde el trabajador debía cumplir el 25% del tiempo transcurrido entre el momento que cumplió 20 años de edad y la fecha de la 1ª calificación de invalidez.

Para la invalidez causada por accidente se requiere cotizar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores al hecho causante de la misma.

Se establece un número de 26 semanas cotizadas en el último año anterior al hecho causante o declaratoria de invalidez, solo para personas menores de 20 años de edad.

➤ **Ley 860 de 2003**

Aumentó el número de semanas cotizadas (50) antes de constituirse el estado de invalidez, y también aumenta el tiempo en el que dichas cotizaciones se pueden realizar (3 años).

La norma establece la exigencia del requisito de fidelidad de cotización (se redujo en comparación con la Ley 797703 que exigía 25%), en donde el trabajador debe cumplir el 20% del tiempo transcurrido entre el momento que cumplió 20 años de edad y la fecha de la 1ª calificación de invalidez. De este requisito, se evidencia que las personas deberían cumplir con las siguientes semanas cotizadas, dependiendo de su edad:

Tabla 4. Relación edad y semanas requisito de fidelidad²⁷.

Edad de configuración de invalidez	Semanas de cotización requeridas
Entre 20 y 30 años	Entre 0 y 104
Entre 30 y 40 años	Entre 104 y 208
Entre 40 y 50 años	Entre 208 y 312
Entre 50 y 60 años	Entre 312 y 416
Entre 60 y 70 años	Entre 416 y 520
Entre 70 y 80 años	Entre 520 y 624
Entre 80 y 90 años	Entre 624 y 728

²⁷ Corte Constitucional. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia T-221 de 2006. Tabla requisito de fidelidad. p. 32.

Siendo esto así, se puede inferir que entre mayor edad tenga la persona que ha sido calificada como inválida, el número de semanas requeridas para cubrir el requisito de densidad en la cotización al sistema, será superior.

De otro lado, esta norma extiende el requisito de fidelidad al reconocimiento de la pensión de invalidez originada por accidente de trabajo.

Se establece un número de 26 semanas cotizadas en el último año anterior al hecho causante o declaratoria de invalidez, solo para personas menores de 20 años de edad.

Finalmente, eliminó el criterio de la afiliación e impone un criterio adicional para el caso de quienes hayan cotizado el 75 % de la pensión de vejez que solo deberán haber cotizado 25 semanas en los tres años previos a la invalidez.

En este punto, se torna relevante señalar que frente a los cambios normativos que puedan presentarse en la legislación sobre pensiones como la variación de los requisitos para acceder a su reconocimiento, toma suma importancia la necesidad de establecer un régimen de transición, que ha sido definido como “un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo.”²⁸.

No obstante, la misma Corte Constitucional ha señalado que el legislador puede establecer medidas regresivas en tanto:

- (i) acredite que éstas no fueron adoptadas en forma inopinada, sino que fueron el resultado de un análisis cuidadoso, en el cual se tuvieron en cuenta distintas alternativas y se acude a la menos lesiva posible; (ii) establezca que las distintas alternativa, menos lesivas en términos de protección de los

²⁸ Corte Constitucional. Sentencia C – 789 de 2002. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. p. 13.

derechos involucrados, no eran igualmente eficaces; (iii) acredite que la medida no es desproporcionada, de manera que el retroceso en la protección del derecho afectado no aparezca excesivo frente a los logros obtenidos. Sin embargo, en materia de seguridad social el hecho de que se produzca un retroceso sería como admitir en este Estado de derecho, que la vida tuviera un retroceso, situación que a todas luces es un absurdo²⁹.

De igual manera, se tiene que esta figura no resulta indispensable cuando la nueva normatividad legal implica cambios favorables, es decir, que se incluyan medidas que involucran un avance progresivo en la protección y ampliación de la seguridad social en pensiones.

Ahora bien, de las disposiciones normativas que han regulado la pensión de invalidez se denotan cambios y modificaciones más rigurosas para su acceso, siendo palmario que el legislador no previó un régimen de transición que aminorara los efectos y protegiera los derechos de los trabajadores como si sucedió con la pensión de vejez (art. 36 – Ley 100 de 1993).

Siendo esto así, resulta contrario a la lógica propia de los DESC que el legislador hubiere creado medidas regresivas en cuanto a esta prestación, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión.

En efecto, estas disposiciones normativas resultan injustificadas y desproporcionadas, al no encontrar en el legislador razones suficientes para disminuir el nivel de protección que ya se había alcanzado, situación que se torna aún más importante, al tratarse de regulaciones que afectan a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. En este sentido señaló la Corte:

²⁹ Corte Constitucional. M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio. Sentencia C – 428 de 2009. p. 17.

“si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional”³⁰.

De manera que, la creación de nuevos requisitos por parte del legislador para acceder a esta prestación vulnera el derecho a la seguridad social y los derechos fundamentales de los trabajadores que se hallaban bajo tales situaciones y a las cuales, su no reconocimiento con fundamento en las nuevas disposiciones legales amenaza con la privación de un sustento básico y asistencial, deteriorando su calidad de vida y por ende violando principios constitucionales, como el de progresividad.

Este último mandato, valga la oportunidad precisar, se encuentra directamente contrariado por el tránsito normativo que regula este tema, por cuanto el mismo, conlleva una prohibición de retroceso, según el cual el Estado no puede retroceder el nivel de protección alcanzado de un derecho, en este caso el derecho a la seguridad social.

³⁰ Corte Constitucional. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia C – 991 de 2004. p. 14.

3. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

Conforme lo definen las profesoras Isabel Goyes y Mónica Hidalgo, la estructura del principio de progresividad, se puede definir de la siguiente manera:

Todo aplicador del derecho deberá respetar la progresividad en materia pensional (Deber ser)

En caso de tornarse regresiva una disposición en materia pensional, el aplicador del derecho, deberá justificar adecuada y razonablemente el retroceso o abstenerse de aplicarla. (Regla)

Todo receptor del sistema pensional tiene derecho a exigir al aplicador del derecho el respeto del principio de progresividad. (Derecho)

Ninguna medida o disposición podrán menoscabar los derechos de los receptores del sistema pensional.

El Estado garantizará a todos los receptores del sistema pensional su carácter progresivo. (Garantía)³¹

3.1. NOCIÓN CONCEPTUAL

Los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la pensión de invalidez por riesgo común, han enriqueciendo la discusión en materia de principios como el de favorabilidad y en especial del principio de progresividad, el cual se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Carta Política, que establece lo siguiente:

“El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley”.

³¹ GOYES MORENO, Isabel. HIDALGO OVIEDO, Mónica. Principios de seguridad social en pensiones. 1ª ed. Pasto: EDINAR, 2012. p. 205.

Igualmente, este principio se constituye en una característica principal del subsistema, pues se encuentra claramente consignado en diferentes apartes de la Ley 100 de 1993, entre otros, los artículos 2° (párrafo), 3°, 6°, 10, 11, 13 (i) y 25.

Así entonces, se puede señalar que el principio de progresividad, implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general de establecer medidas regresivas, que desconozcan reconocimientos que ya se hayan logrado a favor de los trabajadores; situación que resulta concordante con el principio de universalidad.

De esta manera, se ha desarrollado el concepto de progresividad del sistema de seguridad social, con fundamento en varios instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad contemplado en el artículo 93 de la Carta Política. Entre ellos, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, de los que se desprende que producto de los compromisos adquiridos por los Estados, es su deber desarrollar progresivamente los derechos de contenido social como la seguridad social.

En este sentido, conforme con los informes del relator del Comité de derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Principios de Limburgo, relativos a la aplicación del PIDESC, se ha establecido que la prohibición “*prima facie*” de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: “todo retroceso frente al

nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad³².

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció sobre este tema señalando que el artículo 26 de la Convención Americana requiere que los Estados Partes adopten "providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional para lograr progresivamente, por vía legislativa u otros medios apropiados, la plena efectividad" de tales derechos. (...) El principio del desarrollo progresivo establece que tales medidas se adopten de manera que constante y consistentemente promuevan la plena efectividad de esos derechos (...). La obligación del desarrollo progresivo de dichos derechos, exige como mínimo que la vigencia y acceso a los mismos no se reduzca con el transcurso del tiempo³³.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo criterio es relevante a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales, ha manifestado:

*"las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No. 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que 'todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga'*³⁴.

³² Corte Constitucional. M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia T – 1064 de 2006. p. 23.

³³ TERCER INFORME SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN COLOMBIA. OEA/Ser.L/V/II.102. Fecha: 26 febrero 1999. Consultado en: <http://cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

³⁴ Corte Constitucional. M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia T – 628 de 2007. p. 18.

Ahora bien, la Corte Constitucional en sentencias como la C-251 de 1997³⁵, SU – 225 de 1998³⁶, C – 671 de 2002³⁷, C – 038 de 2004³⁸, T – 1291 de 2005³⁹ y C – 428 de 2009⁴⁰, con fundamento en los anteriores fundamentos normativos e internacionales, ha generado, una tendencia de pensamiento favorable al principio de progresividad; hasta llegar en la actualidad a su completa aceptación y reconocimiento. Así ha señalado:

“22- En varias oportunidades, (...) en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema (...), ha señalado que el mandato de progresividad en materia de derechos sociales no tiene un contenido puramente retórico ni debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos, ya que tiene implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes (Ver sentencia SU-225 de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz, Fundamentos 18 y ss), tal y como lo ordena el artículo 13 superior. En particular, el mandato de progresividad implica que el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de esos derechos.

(...)

“Finalmente, y de particular importancia en el presente caso, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad. Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social... (Negrilla y subrayado fuera de texto original)”⁴¹.

³⁵ Corte Constitucional. M.P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro.

³⁶ Corte Constitucional. M.P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

³⁷ Corte Constitucional. M.P. MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo.

³⁸ Corte Constitucional. M.P. Ibíd.

³⁹ Corte Constitucional. M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés.

⁴⁰ Corte Constitucional. M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio.

⁴¹ Corte Constitucional. M.P. VARGAS HERNÁNDEZ, Clara Inés. Sentencia T – 1291 de 1995. p. 33.

Así, una vez señalados los contenidos anteriores sobre las particularidades del tránsito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común y del principio de progresividad, se puede concluir que esta evolución legislativa, contenida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, artículo 11 de la Ley 797 de 2003 y artículo 1° de la Ley 860 de 2003, se ha tornado regresiva, vulnerando los derechos fundamentales de las personas que se encuentran bajo estas circunstancias, ya que la no consagración de un régimen de transición ha generado impactos negativos en el tema de Pensión de Invalidez, al adicionar requisitos legales para acceder a dicha prestación.

De esta manera, es como el principio de progresividad se ve afectado ya que este trae consigo el mandato o prohibición de retroceso, según el cual el Estado no puede retroceder el nivel de protección alcanzado de un derecho, en este caso el derecho a la seguridad social.

Así se ha señalado, que cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad *prima facie*, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer:

(i) Que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas⁴².

Conforme con lo anterior, a continuación se desarrollara un análisis de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional sobre la pensión de

⁴² Corte Constitucional. M.P. CÓRDOBA TRIVINO, Jaime. Sentencia T – 043 de 2007. p. 42.

invalidez por riesgo común, la cual ha sentado un amplio precedente respecto a la vulneración de los derechos fundamentales de los afiliados, a quienes se les niega el reconocimiento y pago de esta prestación con base en la aplicación de disposiciones que se mostrarían contrarias al principio constitucional de progresividad.

4. LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Inicialmente es importante precisar que se ha entendido por línea jurisprudencial la clasificación o agrupación de sentencias sobre un problema jurídico, de manera sistemática y teniendo en cuenta la similitud de las situaciones fácticas que rodean ese mismo punto de derecho.

El derecho de origen jurisprudencial tiene una característica sobresaliente: su desarrollo se logra de manera lenta y progresiva por cuanto es necesario, para lograr la identificación de la sub-regla vigente en un momento dado, hacer un análisis temporal y estructural de varias sentencias que se relacionan entre sí. La interpretación de sentencias aisladas no da una buena idea del desarrollo sistemático de la jurisprudencia, resultando crucial para entender el aporte del derecho de origen judicial⁴³.

Una línea jurisprudencial es una idea abstracta, para ayudar a ver la línea jurisprudencial resulta conveniente tratar de graficarla. Puesta sobre un gráfico, una línea de jurisprudencia es una pregunta o un problema jurídico bien definido, bajo el cual se abre un espacio abierto de posibles respuestas. Este espacio abierto, con todas las posibles respuestas a la pregunta planteada, es una estrategia conveniente para graficar las soluciones que la jurisprudencia ha dado al problema y para reconocer si existe un patrón de desarrollo decisonal⁴⁴.

Así entonces, el analizar una línea jurisprudencial relacionando las sentencias que traten esa misma situación fáctica, o problemas jurídicos a resolver, permite comprender como ha sido la conducta del juez a lo largo de sus pronunciamientos,

⁴³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El Derecho de los jueces. 2ª edición. Legis. Universidad de los Andes. Bogotá. 2006. p. 139.

⁴⁴ *Ibíd.* p. 141.

identificando para ello sus tesis, reiteraciones, reorientaciones o cambios jurisprudenciales.

A continuación se desarrollara el estudio de la evolución de los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional, que han tratado las controversias jurídicas suscitadas por los cambios normativos que han regulado los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, resaltando para ello la aplicación del principio de progresividad, que como ya se estudió con anterioridad implica una prohibición de retroceso; así entonces se dará respuesta al interrogante de si **¿Resulta contrario al principio de progresividad el transito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez?**

Para lo anterior, la construcción de la línea jurisprudencial, se realizara por medio del análisis de sentencias de tutela (T), y de constitucionalidad (C), las cuales se trataran de manera individual, y otras en conjunto, describiendo para ello los supuestos facticos, consideraciones y decisiones tomadas en cada una de ellas.

4.1. ANÁLISIS ESTÁTICO DE LA JURISPRUDENCIA

4.1.1 Procedibilidad de la tutela: es necesario anotar que con la Constitución Política de 1991, se consagró en su artículo 86 la acción de tutela, instrumento mediante el cual todo Ciudadano puede reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares.

Consecuencia de lo anterior, se expidió el Decreto 2591 de la misma anualidad, y mediante el cual se reglamentó éste mecanismo constitucional, estableciendo en su artículo 6º unas causales de improcedencia de la tutela, entre las que se encuentra:

“1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

Dentro de este marco normativo, la Corte Constitucional ha determinado la importancia de la Procedibilidad de la tutela, en el ámbito del reconocimiento de la pensión de invalidez, así:

En sentencia **T – 133A de 1995**, M.P. VLADIMIRO NARANJO MESA, se denegó la solicitud de tutela presentada por una accionante quien padecía de una “esclerosis múltiple”, que la incapacitó en un 100% para desempeñar labor alguna. No obstante, la Caja de Previsión Social le negó el reconocimiento a la pensión de invalidez.

En dicha oportunidad, se determinó que la acción de tutela es un mecanismo extraordinario con que eventualmente cuenta toda persona, sin embargo, cuando el sujeto de derecho tiene medios ordinarios de defensa, *“no está en indefensión, y al no estarlo, la tutela no tiene razón de ser, es decir, es infundada”*.

En razón de lo anterior, se revocó la orden de protección constitucional impartida por el juez a-quo, bajo el entendido de que esa autoridad judicial no debía valorar la ley, sino que por el contrario le correspondía aplicarla:

“no es viable que el juez de tutela omita un deber objetivo -respetar la jurisdicción ordinaria y remitirse a ella siempre que hubiere lugar- con un razonamiento eminentemente subjetivo. La consideración personalísima del juez no puede ser el móvil de la acción del aparato jurisdiccional, porque por encima de ella está la objetividad legal”.

En situaciones fácticas similares a la anterior, la Corporación en sentencias **T – 002⁴⁵**, **T – 238⁴⁶ de 1995** y **T – 045⁴⁷ de 1997** determinó bajo los mismos

⁴⁵ Corte Constitucional. M. P. HERNÁNDEZ GALINDO, José Gregorio.

lineamientos, que la acción de tutela no era el mecanismo judicial idóneo para resolver conflictos de competencia de la justicia ordinaria laboral, por cuanto se trataba de obtener la definición de derechos litigiosos que impedían su procedencia, hasta de manera transitoria.

De otro lado, en sentencias **T – 143⁴⁶** y **T – 553⁴⁹ de 1998** se analizó situaciones fácticas similares en donde los actores habían sufrido una pérdida de su capacidad laboral en un 51% y 60%, respectivamente. El ISS les negó el reconocimiento a la pensión de invalidez, por cuanto sus empleadores se encontraban en mora en el pago de sus aportes.

La Corte consideró que el derecho a la pensión de invalidez puede adquirir el rango de fundamental sólo en el evento en que se encuentre directa e inmediatamente relacionado con derechos que ostenten el carácter de fundamentales. Así se explicó:

“En síntesis, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es un derecho fundamental por conexidad, el cual es susceptible de protección a través de tutela. Sin embargo, la configuración del derecho surge a partir de la verificación de requisitos legales, cuyo examen, en principio, no es materia del juez de tutela, pues sólo en caso de que existan implicaciones constitucionales dicho juez adquiere competencia”.

De esta manera, se determinó que la pensión de invalidez representa un derecho fundamental para quien ha perdido parcial o totalmente la capacidad de trabajar y no puede proveerse por sí mismo de los medios indispensables para su subsistencia. La negligencia de la administración en el reconocimiento de las pensiones de invalidez y su no pago oportuno amenaza el derecho a la vida y desconoce los principios de dignidad y solidaridad humana sobre los que está fundado el Estado Social de Derecho.

⁴⁶ Corte Constitucional. M. P. BARRERA CARBONELL, Antonio.

⁴⁷ Corte Constitucional. M. P. CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo.

⁴⁸ Corte Constitucional. M. P. MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro

⁴⁹ Corte Constitucional. M. P. BARRERA CARBONELL, Antonio

Conforme con lo anterior, para los casos en concreto se resolvió ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto los accionantes se encontraban en una difícil situación que vulneraba en conexidad sus derechos fundamentales a la vida digna, la salud y el trabajo.

Las anteriores consideraciones también fueron asumidas por la Corporación Constitucional en sentencias **T – 779**⁵⁰ y **T – 888**⁵¹ **de 1999**, en donde se analizó la excepcionalidad del carácter fundamental de la pensión de invalidez, insistiendo en que la controversia trasciende del plano legal a la órbita constitucional cuando se compromete la efectividad del derecho fundamental a obtener el reconocimiento pensional de una persona disminuida físicamente, quien se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta y por lo tanto requiere el amparo urgente de sus derechos, dada la gravedad del referido perjuicio.

Así entonces, se determinaría que para la irremediabilidad del perjuicio hay que tener en cuenta la presencia concurrente de varios elementos que configuran su estructura, como lo son:

la *inminencia*, que exige medidas inmediatas, la *urgencia* que tiene el sujeto de derecho por salir de ese perjuicio inminente, y la *gravedad* de los hechos, que hace evidente la impostergabilidad de la tutela como mecanismo necesario para la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales. La concurrencia de los elementos mencionados pone de relieve la necesidad de considerar la situación fáctica que legitima la acción de tutela, como mecanismo transitorio y como medida precautelativa para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se lesionan o que se encuentran amenazados⁵².

Luego, en sentencia **T – 888 de 2001**, M.P. EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT, se estudió el caso de un persona quien había sido declara incapacitada para trabajar en un 63.20%, y a la cual el ISS le había negado el acceso a la

⁵⁰ Corte Constitucional. M. P. GAVIRIA DÍAZ, Carlos.

⁵¹ *Ibíd.*

⁵² Corte Constitucional. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo. Sentencia T – 250 de 2005. p. 10.

pensión de invalidez. La Corte reiteró que el análisis en sede de tutela adquiere relevancia constitucional, y agregó:

“Cuando se trata de un derecho pensional dejado de reconocer, “son las condiciones específicas del prestatario, y no la naturaleza de la prestación, lo que posibilita conceder o negar el amparo constitucional””.

En este sentido, en sentencia **T – 1154 de 2001**⁵³, se trató el tema de la debilidad manifiesta en que se encuentran la personas que por su estado de invalidez acceden al derecho a la pensión de invalidez. Dijo la Corte:

Igualmente, debe ser tutelado el derecho al reconocimiento de la pensión en conexidad con el mínimo vital de aquellas personas que por su estado de invalidez tienen derecho a tal concesión. Tales personas se encuentran en un estado de indefensión y limitación que merece una especial protección. Es muy difícil que alguien a quien se le ha reconocido el porcentaje de incapacidad laboral necesario para ser titular de una pensión de invalidez encuentre otro medio de subsistencia diferente a su mesada. Por tanto, las autoridades administrativas deben actuar en concordancia con tal situación de debilidad y desempeñarse con la mayor idoneidad posible frente a estos casos de reconocimiento de pensión.

Dentro de este marco jurisprudencial, en sentencias **T – 026**⁵⁴ y **T – 259**⁵⁵ **de 2003**, se estudiaron dos casos en los que sus actores habían cumplido los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en virtud de la Ley 100 de 1993, pero existía una negativa recíproca entre dos Fondos de Pensiones, para estudiar las solicitudes de reconocimiento de la prestación y pago de la misma.

Frente a esta circunstancia, la Corte determinó que este tipo de conflictos, debe ser resuelto por las entidades directamente comprometidas, sin afectar el derecho a percibir la pensión, pues de lo contrario sería conducir a que los derechos constitucionales de los usuarios dependieran de derechos de rango legal y

⁵³ Corte Constitucional. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo.

⁵⁴ Corte Constitucional. M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.

⁵⁵ Corte Constitucional. M.P. ARAUJO RENTERÍA, Jaime.

puramente patrimoniales de la entidades administradoras de pensiones, lo cual viola el artículo 4 de la Carta Política. Así concluyó:

es procedente la tutela, como mecanismo transitorio, con el fin de evitar un perjuicio irremediable puesto que, como lo ha sostenido la Corte, no basta la existencia del medio alternativo de defensa judicial para excluir la protección de la tutela, sino además se requiere que éste sea eficaz y oportuno; con mayor razón cuando están de por medio derechos fundamentales, como la vida digna, que se garantiza mediante la obtención, cuando menos del mínimo vital, representado en la pensión de invalidez para una persona que tiene el infortunio de sufrir enfermedad de carácter terminal, y los demás, como la vida, la integridad física, la salud y el trabajo, a cuyo goce igualmente apunta el reconocimiento de dicho beneficio prestacional laboral.

De esta manera, resolvió conceder el amparo constitucional de manera transitoria, hasta que la jurisdicción ordinaria determinara la entidad a quien correspondería el pago definitivo de la pensión de invalidez.

De los anteriores pronunciamientos jurisprudenciales, se tiene que al momento de estudiar el reconocimiento de la pensión de invalidez, se torna importante hacer una valoración de las condiciones en que se encuentran las personas disminuidas físicas, mentales y sensoriales. Lo anterior, por cuanto es deber de los jueces respetar y hacer prevalecer en los asuntos sometidos a su conocimiento los derechos fundamentales, considerando, en todos los casos, a los sujetos del proceso como personas titulares de derechos y garantías constitucionales.

4.1.2 Principio de progresividad y reconocimiento de la pensión de invalidez: ahora bien, tras determinar la procedibilidad de la acción de tutela y la protección constitucional de las personas en situación de discapacidad en el marco del reconocimiento de la pensión de invalidez, la Corte Constitucional en los años subsiguientes se ocupó del estudio de problemas jurídicos, que giran en torno a la aplicación del principio de progresividad, que conlleva la denominada prohibición de retroceso. Entre los cuales, se destacan:

- ¿resultan vulnerados los derechos fundamentales de un afiliado al sistema general de seguridad social cuando la administradora de pensiones, ante la petición de reconocimiento y pago de pensión de invalidez, niega la prestación fundada en una norma que si bien estaba vigente al momento de estructuración de invalidez, impone condiciones más gravosas que las contenidas en la legislación precedente?.
- ¿se vulneran los derechos fundamentales del afiliado al sistema cuando la entidad administradora niega la pensión de invalidez, fundada en norma vigente al momento de estructuración de la discapacidad, pero declarada posteriormente inexecutable?

En este orden de ideas, le correspondería a la Corte Constitucional dar solución a las cuestiones previas, explicando las razones por las cuales se considera que se debe amparar el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de los accionantes en virtud de principios como los de favorabilidad y progresividad cuando se presentan dudas serias y razonables respecto de la interpretación o aplicación de las fuentes formales del derecho en materia de reconocimiento y pago de ésta prestación.

Así entonces, en sentencia **T – 951 de 2003**, M.P. ALVARO TAFUR GALVIS, se resuelve la situación de una persona con 31 años de edad y quien perdió un 100% de su capacidad laboral. El ISS le negó el reconocimiento a la pensión de invalidez, aduciendo que no había cotizado las semanas exigidas por el Acuerdo 049 de 1990. Sostuvo el accionante que el régimen aplicable para acceder a la referida prestación era la Ley 100 de 1993, por cumplir con las semanas exigidas y por haber adquirido el estado que lo aqueja en vigencia de la misma normatividad.

De esta manera, la Corte tras determinar que el legislador de 1993 no previó, reglas de transición para el reconocimiento de la pensión de invalidez, comprobó

de los supuestos facticos que el accionante acreditaba haber cotizado 119 semanas con antelación al insuceso que le ocasionó la invalidez, y que había cotizado al sistema desde los 19 años de edad. Si bien la invalidez se había estructurado el 24 de enero de 1993, a la entrada en vigencia de la Ley 100, esto es 1º de abril de 1994, el estatus de pensionado del accionante aún no se había definido, y en ese sentido, el artículo 288 de la citada ley, le otorgaba el derecho a exigir que sea ésta la legislación que se le aplique íntegramente, porque cotejándola, con lo dispuesto en el Acuerdo 049, la misma resultaba más favorable. Al respecto se mencionó:

De modo que la aplicación del artículo 6º del Acuerdo 049 de 1990, para definir el derecho del actor a la pensión de invalidez, es desfavorable, y contraria a los principios de los derechos humanos que informan la seguridad social de las personas con minusvalías, resulta regresiva y carente de toda lógica.

Cobra importancia, pues, a efectos de determinar el derecho a la pensión de invalidez del señor actor, quien cuando el régimen pensional de seguridad social integral comenzó a regir había perdido su capacidad laboral en un 100%, que elementales consideraciones de justicia y equidad determinan la aplicación retrospectiva del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para definir su situación, porque es la solución que lo favorece.

Consecuencia de lo anterior, se terminó ordenando a la entidad accionada conceder la pensión por invalidez de origen común a que tenía derecho el accionante.

De otro lado, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante sentencia **C – 1056⁵⁶ del 11 de noviembre de 2003**, conoció de la acción pública de inconstitucionalidad, que un ciudadano presentó en contra de los artículos 11, 17, 18, 21, 22 y 23 de la Ley 797 de 2003. Para el efecto la H. Corporación, tras realizar el examen de constitucionalidad de la norma acusada, determinó que para la expedición del artículo 11 de la referida Ley, que contemplaba los requisitos para obtener la pensión de invalidez, se habían omitido pasos indispensables del

⁵⁶ Corte Constitucional. M.P. BELTRÁN SIERRA, Alfredo.

proceso legislativo, motivo por el cual se declaró INEXEQUIBLE el artículo al no haberse debatido la norma de acuerdo con la normativa aplicable:

“Es decir, el citado artículo 11 de la ley 797 de 2003, tan solo fue objeto de aprobación en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes y sobre él no se decidió ni por las Comisiones Séptimas en las sesiones conjuntas, ni tampoco por Senado de la República...”.

Luego, en sentencia **T – 1268 de 2005**, M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, se estudia la situación de una persona con 65 años de edad, a la cual le había sido reconocida la pensión de invalidez con base en una Convención Colectiva de Trabajo, por tener un 78% de la pérdida de la capacidad laboral. Posteriormente, la referida prestación le sería declarada extinguida por parte del Ministerio de Protección Social (Foncolpuertos), argumentando que conforme al dictamen de la Junta Nacional (60%), el actor no sobrepasaba el mínimo establecido para acceder a dicha prestación (66%). Finalmente, en una nueva calificación por parte de la Junta Regional se dictaminó una pérdida de capacidad laboral de un 88%, motivo por el cual solicitó la suspensión de la resolución que lo dejó sin el reconocimiento pensional.

En dicha oportunidad, la Corporación Constitucional en primer lugar estableció que en virtud de la relación existente entre las juntas regionales y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, no era posible que el dictamen de la Junta Nacional, pudiera ser modificado por su inferior jerárquico. Por otro lado, señaló que el debate giraba en torno a la aplicación de una norma convencional frente a la aplicación de una norma legal, en donde la primera imponía un requisito más gravoso que la Ley 100 de 1993. Al respecto, señaló:

De lo anterior tenemos que las disposiciones enfrentadas regulan de manera diferente (i) el porcentaje mínimo de pérdida de la capacidad laboral exigida para adquirir y mantener la pensión de invalidez, y (ii) el monto máximo del valor de la pensión que recibirá el beneficiario, tomando como base el último salario devengado. En cuanto a los requisitos para adquirir el derecho a la pensión de invalidez y mantenerlo en el tiempo, el régimen legal establece un requisito menos gravoso que la norma convencional. En cuanto al monto total

de la pensión que recibirá quien ha perdido más del 66% de la capacidad laboral, la norma convencional establece *un tratamiento más favorable*. Observa la Corte que cuando la pérdida de la capacidad laboral oscila entre el 50 y el 66%, como ocurre en el caso presente, la norma legal que resulta más beneficiosa para el trabajador es la del régimen general. En otras palabras, frente a la extinción de la pensión por la revisión de la calificación de la invalidez al trabajador se le puede aplicar el régimen de la Ley 100 de 1993, con la eventual disminución de la pensión.

Así entonces, partiendo de los principios de favorabilidad laboral y de la condición más beneficiosa para el trabajador, se resolvió conceder el amparo constitucional, ordenando a la entidad accionada reconocer y pagar la pensión al accionante.

Ese mismo año, en sentencia **T – 290**, M.P. MARCO GERARDO MONROY CABRA, en un caso similar al anterior, en donde el accionante contaba con un pérdida de capacidad laboral del 50%, la Corte señaló que de acuerdo “*con la jurisprudencia (...) las garantías mínimas en materia de seguridad social están consignadas en la Ley, por lo que no es admisible que una norma de inferior categoría disponga de regulaciones más gravosas para los beneficiarios*”. Así entonces, ordenó al Ministerio de la Protección Social adoptar las decisiones administrativas necesarias para que el accionante gozará de la pensión de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, a pesar de que la invalidez del demandante se había originado antes de la entrada en vigor de dicha normatividad.

En sentencia **T – 1291 de 2005**, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, la Corporación analizó la situación de una trabajadora con 30 años de edad y quien sufrió un accidente cerebro vascular, motivo por el cual, se le asignó una pérdida de la capacidad laboral de 69.05%, con fecha de estructuración del 28 de enero de 2004. El Fondo Pensional le negó la prestación aduciendo que no cumplía con la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003.

En aquella providencia, señaló que si bien la entidad accionada determinó que la actora no cumplía con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años,

conforme lo exige la Ley 860, tal determinación vulneraba de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social. En lo pertinente, señaló:

para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma– para que se acceda al derecho.

(...)

En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 “original” (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Ríos sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital y el trabajo.

Corolario de lo anterior, se concedió el amparo constitucional deprecado, ordenando dar aplicación al numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original.

Posteriormente, en sentencia **T – 221 de 2006**, M.P. RODRIGO ESCOBAR GIL, se estudió el caso de una persona con 73 años de edad, quien debido a una enfermedad respiratoria, fue calificada con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 58,6%, con fecha de estructuración el 24 de septiembre de 2004. A la actora le fue negada la pensión de invalidez, por cuanto no cumplía con los requisitos establecidos por la Ley 860 de 2003.

Respecto a la aplicación de la referida norma, la Corte consideró que resultaba contrario a la lógica propia de los DESC, que el legislador introdujera una medida regresiva, como parece ocurrir con el artículo 1ª de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez:

Así, con la Ley que rige actualmente, no solamente se aumentaron las semanas de cotización requeridas sino que se estableció un nuevo requisito consistente en la fidelidad al sistema, esto es una cotización con una densidad de 20% del tiempo transcurrido entre los extremos que la Ley señala.

La norma jurídica en revisión establece un incentivo para los agentes en el sentido de afiliarse desde temprana edad, toda vez que solo así podrán gozar de las garantías propias en materia de seguridad social en pensiones; pero resulta contrario a la lógica jurídica que una norma posterior que establezca nuevos requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo el prurito del fomento de la cultura de afiliación, castigue a quienes se comportaron de acuerdo a la legislación imperante hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Con base en las consideración que anteceden, la Corte determinó que la protección especial que el Estado Colombiano debía ofrecer a las personas con discapacidades se tornaba *inocua* a la luz de este precepto legal, en la medida en que se abandonaba a su suerte a las personas que no tuvieron la fidelidad requerida por el sistema para causar a su favor la pensión de invalidez. De esta manera, se resolvió inaplicar la Ley 860 de 2003 por ser contraria al principio de progresividad, y en su lugar ordenó a la entidad accionada reconocer la pensión de invalidez conforme a los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993.

La anterior decisión fue asumida por la Corte en virtud de la excepción de inconstitucionalidad, contenida en el artículo 4º de la Constitución, en el sentido de que la Carta es norma de normas, toda vez que se faculta a todo operador jurídico a sujetarse a los mandatos constitucionales de tal suerte que en eventos en que una norma de jerarquía inferior contradiga, en forma clara y ostensible, un presupuesto Superior, el funcionario pertinente estará en la obligación de inaplicar la norma para el caso en concreto, dando primacía a los principios y garantías constitucionales.

Mediante sentencia **T – 1064 de 2006**, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, se estudia el caso de una persona portadora del VIH-SIDA con 45 años de edad, a quien se le calificó una pérdida de capacidad laboral del 70,90%, con fecha de estructuración del 2 de agosto de 1997. El reconocimiento pensional

le fue negado por no cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993. Bajo tal situación, se señaló:

Como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez”.

(...)

En este sentido, esta Corporación viene afirmando que "*[e]l principio de progresividad también constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad, pues **a menos que existan razones extraordinarias muy poderosas que justifiquen la prevalencia de otro principio, su observancia es obligatoria**, primero por el Legislador y, posteriormente, cuando se adelanta el control de constitucionalidad ante la Corte* (Negrita dentro de texto).

Tras revisar la situación del actor se encontró con que el mismo cumplía con las 150 semanas exigidas dentro de los 6 años anteriores, por el régimen pensional anterior, esto es, el Decreto 758 de 1990, motivo por el cual decidió conceder el amparo constitucional ordenando aplicar ésta normatividad:

La brevedad del lapso de tiempo (1 año) establecido en la Ley 100 de 1993, como factor temporal dentro de la ecuación para la sostenibilidad financiera y acceso a determinada prestación en el Sistema General de Pensiones, se convierte en una medida regresiva frente a la amplitud de tiempo otorgado bajo el régimen pensional anterior que estableció el término de 6 años con una cotización de 150 semanas, requisitos que en su conjunto cumple el actor y que le hacen merecedor del reconocimiento de la pensión de invalidez.

En esta misma línea de pensamiento, en sentencia **T – 1065 de 2006**, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, se procedió a inaplicar lo dispuesto por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y a aplicar, en su lugar, lo dispuesto en el artículo 6º del Decreto 758 de 1990, otorgando así el derecho pensional a una persona de 71 años de edad, la cual había sido declarada inválida con un 50,7%, con fecha de estructuración del 23 de mayo de 2003.

En dicha oportunidad, existía la duda en cuanto a la legislación a aplicar en el caso concreto, por cuanto el actor había cotizado ininterrumpidamente hasta el

año de 1990, más de 300 semanas, y luego de haber sido excluido del mercado laboral, no pudo volver a cotizar. Bajo esas circunstancias no logró cumplir las exigencias requeridas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para el pago y reconocimiento de su pensión de invalidez, motivo por el cual la norma no resultaba favorable, aduciendo la Corte que:

“tanto por virtud del principio de favorabilidad, como en razón del principio de progresividad resulta obligatorio aplicar – como lo reconoció la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cúcuta - lo dispuesto en el Decreto 758 de 1990, así la invalidez se haya estructurado bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993”.

Luego en sentencia **T – 043 de 2007**, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, se analizaron dos situaciones, la primera trata de una de una persona la cual no cumplía con el requisito establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y la segunda, en la que dos personas no cumplían con el requisito de fidelidad del sistema contemplado en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

En aquella oportunidad la Corporación Constitucional, estudió el tránsito normativo de las normas sobre requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen general de seguridad social, concluyendo que en ésta se han impuesto condiciones más exigentes para el acceso a la prestación, motivo por el cual es una medida legislativa que se muestra *prima facie* regresiva y, por ende, contraria al principio de progresividad de los derechos sociales, por cuanto:

De la comparación de la Ley 100 de 1993 y su modificación, la Ley 860 de 2003, se obtiene que ésta última establece, como anteriormente se expresó, una serie de requisitos más estrictos para acceder a la pensión de invalidez. Además, el nuevo régimen eliminó la hipótesis de la no afiliación, por lo tanto, quién pretende acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez no sólo debe encontrarse afiliado sino que también debe acreditar una fidelidad de afiliación al sistema.

En este orden de ideas, la Corte identificó las reglas para resolver casos concretos en los que la regresividad de las normas sobre pensión de invalidez ha impedido el acceso a las prestaciones correspondientes, las cuales gravitan sobre dos

instancias definidas, una de ellas es la compatibilidad entre las normas legales aplicables y el principio de progresividad de los derechos sociales y la otra, la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez. Teniendo en cuenta lo anterior, señaló:

En cuanto al primer aspecto, (...) las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

En segundo término, para que el amparo constitucional proceda en los casos analizados deberán comprobarse circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados. (...). De esta manera, en caso que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto. Para este efecto, servirán de criterios indicadores de esta afectación, entre otros (i) la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación; y (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión "original", para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo.

Consecuente con ello, para la primer situación planteada verifico que el accionante había sido declarado invalido con un 58.81%, y estructurada el 6 de noviembre de 2003, fecha para la cual la norma aplicable era el artículo 11 de la Ley 797/03. No obstante, la misma norma había sido declarada inexecutable por la

sentencia C -1056 del 2003, motivo por el cual resultaba más favorable para el trabajador, la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por cuanto en esta normatividad si cumplía con el requisito de fidelidad.

Para la segunda situación planteada, se optó por dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto de la Ley 860 de 2003 y en consecuencia, reconocer la pensión de invalidez con base en los requisitos previstos en la versión “original” del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, esto por cuanto, los actores fueron declarados inválidos con más del 50% de pérdida de capacidad laboral, pero no cumplían con el requisito de fidelidad al sistema.

En la misma línea de pensamiento en sentencias **T – 580⁵⁷** y **T – 641⁵⁸ de 2007**, la Corte analiza dos casos en los que sus actores presentaban una pérdida de capacidad laboral, el primero de un 63.05% estructurada el 11 de mayo de 2005, y el segundo con un 55.8%, estructurada el 26 de octubre de 2004. Los Fondos de Pensiones negaron la pensión de invalidez, por no cumplir con el requisito establecido por la Ley 860 de 2003, en cuanto al tiempo de cotización.

En estas oportunidades, se procedió a aplicar la excepción de inconstitucionalidad y se ordenó reconocer la pensión de invalidez a los actores conforme a la Ley 100 de 1993. Lo anterior, con el objetivo de ofrecer alcance concreto a los principios constitucionales sobre protección al trabajo, amparo al derecho a la seguridad social y progresividad. Para ello se analizó el cumplimiento de los requisitos establecidos por la sentencia de tutela que precede, determinando que los aquí accionantes cumplían con los mismos. Así se estudió:

- (i) en primer lugar, las condiciones que ahora debe cumplir el ciudadano son más gravosas e impiden el acceso a la prestación económica reclamada; (ii) en segundo término, no hay una fundamentación suficiente sobre la cual se apoye la disminución del nivel de protección del derecho; (iii) existe una intensa afectación de los derechos un discapacitado, quien, según ha sido

⁵⁷ Corte Constitucional. M.P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio.

⁵⁸ Corte Constitucional. M.P. MONROY CABRA, Marco Gerardo

establecido por la jurisprudencia constitucional, es un sujeto de especial protección; (iv) A pesar de que el historial de cotización del ciudadano inició durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 –y de acuerdo a lo originalmente establecido en ella, el peticionario hubiera accedido de manera inmediata a la pensión de invalidez- se echa de menos una disposición que consagre un régimen de transición.

Esta Sala encuentra acreditado que la pretensión elevada por el ciudadano también se ciñe a lo dispuesto en el segundo grupo de requisitos compilado en la providencia en comento, pues (i) existe una considerable cercanía entre el momento en que se estructuró la invalidez –esto es, el 11 de mayo de 2005- y la fecha en la cual se realizó la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento de la prestación -29 de diciembre de 2003-. (ii) Adicionalmente, de aplicar la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al momento de la estructuración de la invalidez el solicitante hubiera tenido derecho al reconocimiento de la pensión, pues tan sólo dentro del término de cotizaciones realizado durante la vigencia de la mencionada Ley, el número de éstas ascendió al número de 71.7143 y la cifra requerida por la Ley 100 era de 26 en cualquier tiempo.

De igual manera, a través de las sentencias **T – 699A⁵⁹** y **T – 1072⁶⁰ de 2007** la Corte Constitucional ordenó reconocer la pensión de invalidez a dos accionantes quienes habían perdido su capacidad laboral en un 61.05% y 52,84% respectivamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original. Lo anterior, por cuanto los mismos no cumplían con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, exigidos por la Ley 860 de 2003, la cual resultaba contraria al principio de progresividad:

En tal sentido, para esta Sala de Revisión es claro que quienes se encontraban realizando sus cotizaciones al sistema de seguridad social no tenían un derecho adquirido en virtud del cual se realizara el reconocimiento de esta pensión. Empero, resulta incuestionable su titularidad del derecho a la seguridad social, y que su situación, bajo el prurito de promover la *cultura de afiliación*, se vio gravemente desmejorada. Tal como ha sido señalado en la jurisprudencia que ahora se reitera, tal retroceso no fue justificado de manera suficiente, debido a que no se encuentra explicación alguna que de fe de la existencia de motivos inapelables que de manera forzosa impusieran tales medidas regresivas.

⁵⁹ Corte Constitucional. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo.

⁶⁰ *Ibíd.*

En ese mismo año, en sentencia **T – 628 de 2007**, M.P. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, se estudio el caso de una persona portadora del VIH-SIDA de 52 años de edad, quien producto de una enfermedad común, fue calificada con una pérdida de capacidad laboral en un 53.52%, con fecha de estructuración de 30 de junio de 2003. Se negó el reconocimiento pensional, con fundamento a que no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, vigente para el momento de estructuración de la invalidez.

En aquella oportunidad, la Corte determinó que el régimen establecido en el Decreto 758 de 1990 es el que favorecía al accionante, pues a pesar de que la ley 100 de 1993 redujo el número de semanas cotizadas de 150 a 50 para acceder a la pensión de invalidez, también redujo de 6 a 3 años el lapso en que dichas semanas debían ser acreditadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Así entonces, señaló:

Ya la Corte ha procedido a garantizar el reconocimiento de la pensión de invalidez al *inaplicar* disposiciones del ordenamiento legal vigente bajo los cuales se estructuró la pensión de invalidez, cuando ha verificado, en el caso concreto, la violación de derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, por la existencia de medidas regresivas que imponen requisitos más exigentes a los previstos bajo el régimen legal anterior y sin que hubiere tomado el legislador ordinario medida de transición alguna. Bajo las particulares circunstancias que ha ocupado a la Corte, ha dispuesto la aplicación del régimen pensional anterior.

Posteriormente, mediante sentencia **T – 018 de 2008**, M.P. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO, se estudió la situación de una persona quien había sido calificada con una pérdida de capacidad laboral de 52.38%, con fecha de estructuración de 2 de septiembre de 2003, pero a la cual la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia⁶¹ le negó reconocimiento de la pensión de invalidez, debido a que no cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 797 de 2003.

⁶¹ Corte Suprema de Justicia. M.P. GNECCO MENDOZA, Gustavo José. Sentencia de 9 de agosto de 2006.

La Corte Constitucional, sostuvo que la sentencia objeto de tutela, se había fundamentado en un precepto (artículo 11 de la Ley 797 de 2003) que había perdido eficacia desde el 11 de noviembre de 2003, en virtud de la declaratoria de inexecutable. Lo anterior conllevó a que se desconocieran los efectos materiales del principio de cosa juzgada constitucional, establecido en el artículo 243 superior, incurriendo en un error sustantivo subsanable por vía de tutela.

Corolario de lo anterior, se declaró sin efectos el fallo de la Corte Suprema de Justicia, y se ordenó reemplazar la sentencia objeto de tutela, para en su lugar reconocer la pensión de invalidez, conforme a la versión primigenia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en virtud del principio de progresividad y favorabilidad laboral.

Por su parte, en sentencias **T – 069⁶²**, **T – 077⁶³**, **T – 078⁶⁴** y **T – 080⁶⁵ de 2008**, se estudió la situación de cuatro accionantes a los cuales les fue negada la pensión de invalidez, en virtud a que los mismos no cumplían con el requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

En los referidos fallos, la Corporación Constitucional ordenó reconocer la pensión de invalidez a los accionantes, conforme a los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993, en su versión original. Para el efecto se señaló que la aplicación del requisito de fidelidad desconoce, para los casos en concreto, el principio de progresividad inherente a los derechos que, como la seguridad social, tienen el carácter de prestaciones, por lo que ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida resulta necesario inaplicar la disposición señalada:

En este orden de ideas, el hecho de que a través de esta norma se demande el cumplimiento de unas exigencias más estrictas para poder acceder a la

⁶² Corte Constitucional. M.P. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José

⁶³ Corte Constitucional. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo.

⁶⁴ *Ibíd.*

⁶⁵ *Ibíd.*

pensión de invalidez de las que regían con anterioridad, lleva a concluir que las modificaciones introducidas por la Ley 860 de 2003 constituyen medidas regresivas en materia de seguridad social, pues de un régimen más favorable que permitía que más afiliados incapacitados accedieran a dicha prestación, se pasó a uno que restringe la posibilidad de que personas que han sido calificadas como invalidas por tener más de un 50% de pérdida de capacidad laboral, puedan acceder al reconocimiento de la mentada pensión. Lo anterior resulta más evidente si se tiene en cuenta que la norma que se considera no afecta a la población en general sino que va en desmedro de las expectativas de sectores minoritarios, cuales son las personas discapacitadas que merecen una especial atención por parte del Estado en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta.

Bajo las mismas consideraciones en sentencias **T – 103⁶⁶**, **T – 104⁶⁷**, **T – 110⁶⁸**, **T – 145⁶⁹** y **T – 287⁷⁰ de 2008**, se reconoció la pensión de invalidez a los actores señalando que en los casos en que el juez de tutela decida inaplicar el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 o el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, podrá verificar los requisitos para pensionarse de conformidad con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, cuando se trate de personas que cotizando en ambos regímenes, tuviesen la expectativa de que se pensionarían conforme las exigencias de este último artículo, y que, en el caso concreto, al no poder pensionarse según los requisitos del nuevo régimen, ven afectados sus derechos fundamentales.

En este orden de ideas, la Corte Constitucional profirió las sentencias **T – 590⁷¹**, **T – 688⁷²**, **T – 791⁷³** y **T – 826⁷⁴ de 2008**, en las que se analizaron situaciones fácticas similares a las analizadas en la jurisprudencia que precede, reiterando los pronunciamientos respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común, conforme con la normatividad que resultaba más favorable para los trabajadores en situación de discapacidad, lo que conllevó una vez más a inaplicar

⁶⁶ Corte Constitucional. M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime

⁶⁷ Corte Constitucional. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo.

⁶⁸ *Ibíd.*

⁶⁹ Corte Constitucional. M.P. PINILLA PINILLA, Nilson.

⁷⁰ Corte Constitucional. M.P. CEPEDA ESPINOSA, Manuel José.

⁷¹ Corte Constitucional. M.P. CÓRDOBA TRIVIÑO, Jaime.

⁷² *Ibíd.*

⁷³ Corte Constitucional. M.P. PINILLA PINILLA, Nilson.

⁷⁴ Corte Constitucional. M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio

los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003, por resultar regresiva. Para ello la Corporación, insistió en que:

las diferentes Salas de Revisión han concluido que en aquellos eventos en los cuales la estructuración de la incapacidad o la correspondiente calificación de invalidez ha ocurrido dentro de los márgenes de este desigual panorama normativo y, en consecuencia, existe una duda atendible acerca del cuerpo normativo a aplicar; los operadores jurídicos se encuentran compelidos a resolver estos escenarios de perplejidad a favor del sujeto en condiciones de debilidad y subordinación, esto es, en beneficio del trabajador, como medio de justicia retributiva que pretende aminorar el desequilibrio propio de los vínculos laborales.

Finalmente, para el año 2008 se expidió la sentencia **T – 752**, M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO, en la que se estudio la situación de una persona a quien se la calificó con una pérdida de la capacidad laboral en un 50.01%, pero a la cual se le negó el reconocimiento pensional por no cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por cuanto su estructuración se dio en su vigencia.

En aquella oportunidad la Corte recordó las sub-reglas constitucionales que ha aplicado para resolver las acciones de tutela interpuestas por ciudadanos que, bajo diferentes argumentos, han sido orientadas a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez mediante la aplicación de la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Para el efecto, señaló:

(i) En primer término, la Sala observa que en buena parte de los pronunciamientos analizados, la Corte ha hecho énfasis en la distinción que fue objeto de análisis en líneas precedentes entre el principios de favorabilidad en materia laboral –conocido bajo el brocardo latino *in dubio pro operario*- y el postulado de la progresividad que regenta el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales.

(...)

(ii) En segundo término, en aquellos eventos en los cuales no hay duda en cuanto a la disposición jurídica que ha de aplicarse de acuerdo a la regulación sobre el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento -en la medida en que tanto el historial de cotización del accionante, como la estructuración de la invalidez y su calificación han ocurrido con posterioridad a la entrada en

vigencia de la última modificación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993-; las Salas de Revisión han concluido que la norma jurídica que en la actualidad compendia los requisitos a los cuales se encuentra condicionado el reconocimiento de la pensión de invalidez –esto es, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003- vulnera el principio de progresividad; razón por la cual, los operadores jurídicos se encuentran llamados a dar aplicación al texto primero en el cual fueron inscritos los requisitos para el reconocimiento de esta prestación, vale decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo a su redacción original.

Luego en sentencia **T – 383 de 2009**, M.P MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, la Corte conoció la situación de una persona de 60 años de edad, quien fue calificada con una pérdida de la capacidad laboral del 56.3% y con fecha de estructuración de la invalidez del 8 de junio de 1999. Al accionante el ISS le negó el reconocimiento de la pensión, aduciendo que no cumplía los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto, se señaló que ésta normatividad no previó un régimen de transición, y bajo tal situación, lo procedente era aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez. Siendo esto así, para el caso en concreto se ordenó inaplicar el artículo 39 de la ley 100 de 1993, y en su lugar, reconocer la pensión de invalidez bajo los parámetros del artículo 6° del Decreto 758 de 1990, por resultar más favorable para el beneficiario de la pensión.

De otro lado, en sentencias **T – 217⁷⁵**, **T – 271⁷⁶** y **T – 345⁷⁷ de 2009**, se analizaron situaciones similares en las que sus accionantes habían sido calificados con una pérdida de capacidad laboral de 69%, 69.8% y 50.96%, respectivamente. Los Fondos Pensionales negaron las solicitudes de los actores por no satisfacer los requisitos de la Ley 860 de 2003, normatividad aplicable por la fecha de estructuración de la invalidez.

⁷⁵ Corte Constitucional. M.P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio

⁷⁶ Corte Constitucional. M.P. PINILLA PINILLA, Nilson

⁷⁷ Corte Constitucional. M.P. CALLE CORREA, María Victoria

La Corte advirtió que si bien el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, ha sido inaplicado en sede de tutela, el mismo se encontraba vigente toda vez, que en Sala Plena, no se había emitido una providencia en la cual se estudió de fondo el asunto de su corrección Constitucional. Por tal motivo, una vez más se optó por emplear la excepción de inconstitucionalidad para lograr la aplicación del principio de progresividad, como instrumento útil a la aplicación directa del texto superior en las controversias planteadas, ordenando para ello, reconocer la pensión de invalidez a la que tenían derecho los actores, aplicando para efecto la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, la Sala Plena de la Corte Constitucional mediante sentencia **C – 428⁷⁸ del 1 de julio de 2009**, conoció de la acción pública de inconstitucionalidad, que un ciudadano presentó en contra del artículo primero de la Ley 860 de 2003 (numerales 1° y 2°), siendo esta la oportunidad en la que se estableció una vez más, cual era la importancia del principio de progresividad, en el reconocimiento de la pensión de invalidez. En efecto, tras realizar el examen de constitucionalidad de la norma acusada, se determinó:

En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Tal determinación, conllevó a declarar EXEQUIBLE éste requisito, por cuanto el supuesto carácter regresivo del mismo no era cierto, por el contrario, se podría derivar de su aplicación una progresión en el acceso a la pensión de invalidez al reducirse la densidad requerida para que sea concedida.

⁷⁸ Corte Constitucional. M.P. GONZÁLEZ CUERVO, Mauricio.

Por otra parte, la Corte estudió la constitucionalidad del segundo numeral de la norma acusada, que comporta una fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Para el efecto, señaló:

como este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del anterior caso analizado, respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas. A pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad. En muchos casos, los afiliados de la tercera edad que padecen de discapacidad van a encontrarse con una barrera infranqueable de acceso al beneficio, pues muchos de ellos ya no podrán cumplir el nuevo requisito consagrado en la norma, a pesar de cotizar el 100% de los periodos restantes. Se aprecia la desprotección a la población incapacitada más vulnerable, como es la perteneciente a la tercera edad. Igualmente debe resaltarse que para *“promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude”*, existen otras alternativas de tipo administrativo, que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas.

Corolario de lo anterior, se procedió a declarar INEXEQUIBLE el requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez, por desconocer el principio de progresividad en materia de derechos prestacionales, dejando como único requisito para acceder al reconocimiento de ésta prestación, el haber cotizado un mínimo de 50 semanas durante los últimos tres años a la fecha de estructuración.

Una vez proferido el fallo que precede, la Corte mediante sentencias **T – 609**⁷⁹, **T – 822**⁸⁰ y **T – 870**⁸¹ **de 2009**, conoció la situación de tres personas a quienes le fue diagnosticada una pérdida de capacidad laboral equivalente al 68.1%, 59.54% y

⁷⁹ Corte Constitucional. M.P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio

⁸⁰ *Ibíd.*

⁸¹ Corte Constitucional. M.P. PALACIO PALACIO, Jorge Iván

52.82%, respectivamente. A los accionantes, se les negó la pensión de invalidez por no cumplir el requisito de fidelidad establecido en la Ley 860 de 2003.

En ésta oportunidad se explicó que la disposición jurídica que sirvió para negar la solicitud del actor, fue expulsada del ordenamiento jurídico, de manera que el requisito por ella establecido no puede ser exigido a los afiliados que soliciten pensión de invalidez, siéndoles aplicables única y exclusivamente los referentes a porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y semanas cotizadas en los últimos tres años. De esta manera, y tras observar el cumplimiento de los requisitos vigentes se ordenó reconocer la pensión de invalidez, bajo esa normatividad.

En sentencia **T – 710 de 2009**, M.P. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ, se analiza la situación de una persona portadora del VIH-SIDA, quien fue calificada con una pérdida del 65.75% de su capacidad laboral, con fecha de estructuración del 23 de enero de 2003. Al actor se le negó la pensión de invalidez, debido a que no reunía las 26 semanas de cotización dentro del año anterior a la estructuración de la invalidez, exigidas por la Ley 100 de 1993.

De la situación fáctica, se constató que el trabajador efectuó sus aportes tanto en la vigencia de la Ley 100 de 1993 como en la de la Ley 860 de 2003, configurándose una dificultad en la determinación del régimen aplicable y en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la prestación. Ante tal circunstancia, señaló la Corte que someter el caso del accionante a las condiciones exigidas por el artículo 39 “original” de la Ley 100 de 1993, resulta más restrictivo, contrario a lo que resultaba aplicando lo previsto en el artículo 1º, numeral 1º de la Ley 860 de 2003, que aunque exige 50 semanas de cotización, estas se pueden acumular durante un período 3 años, disposición que era cumplida en el sub-examine.

De otro lado, en sentencia **T – 777 de 2009**, M.P. JORGE IVAN PALACIO PALACIO, la Corte examinó la situación de una persona de 23 años de edad

quien por ocasión de un accidente de origen común se le dictaminó una pérdida de capacidad del 76.45%. La solicitud de pensión de invalidez fue negada por no acreditar el requisito de semanas exigidas por el artículo 1º de la ley 860 de 2003, es decir, 50 semanas en los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En esta oportunidad la Corte Constitucional se pronunció sobre la noción de persona joven contenida en los instrumentos internacionales, estableciendo que, según los mismos, es persona joven quien oscila entre los 10 y 24 años de edad. Así mismo, estableció que según la legislación colombiana, la juventud oscila entre los 14 y 26 años de edad, conforme al artículo 3º de la Ley 375 de 1997.

De esta manera, señaló que para el caso de la pensión de invalidez, el legislador quiso proteger a este especial segmento de la población, al permitir acceder a dicha prestación originada por enfermedad o por accidente no profesional, si se acreditan unos requisitos menos rigurosos que los que se exigen al resto de la población.

Así entonces, aunque el párrafo 1º del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, tiene como finalidad la protección de los derechos de los jóvenes, el requisito de 20 años de edad resulta ser muy riguroso, generando así un déficit de protección de la población joven. Para el efecto, señaló:

Ante la ausencia de una motivación clara y expresa por parte del legislador, tanto en la Ley 797 de 2003 (Artículo 11) como en la Ley 860 de ese mismo año (artículo 1º), del porqué se estipuló la edad mínima de 20 años en el párrafo mencionado y se excluyó a jóvenes menores de 25, que ha sido la edad hasta la cual otras leyes que regulan la materia en el campo pensional han querido dar protección especial a las personas que se dedican a estudiar exclusivamente, esta Sala no encuentra una razón suficiente para tal exclusión.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte inaplicó el párrafo 1º del artículo 1º de la ley 860 de 2003 en cuanto a la edad requerida de 20 años, al concluir que la

aplicación formal de esta disposición implicaba la vulneración de principios constitucionales relativos al carácter social del Estado Social de Derecho, entre los que se destaca el de progresividad.

Luego, mediante sentencias **T – 048**⁸², **T – 186**⁸³ y **T – 491**⁸⁴ **de 2010**, se estudiaron situaciones similares en las cuales a los actores se los había calificado con una pérdida de su capacidad laboral en un 83.80%, 65.60% y 72.95%, respectivamente. No obstante, les fue negada la pensión de invalidez, por encontrar que no cumplían con las exigencias del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en lo que respecta a la fidelidad.

En esta oportunidad, la Corte Constitucional ordenó reconocer el derecho a la pensión de invalidez en virtud de los requisitos vigentes de la Ley 860 de 2003, pese a que la estructuración de la invalidez de los accionantes, se ocasionaron con anterioridad a la declaratoria de inexecutable del requisito de fidelidad. Para el efecto, señaló:

Podría objetarse que la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición, la que se encontraba vigente al momento de presentar los elementos fácticos que sustentan la petición de la garantía.

Esta posición resulta fácilmente refutable, en el entendido que la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada por contravenir en casos concretos la norma fundamental, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.

Adicionalmente, y si en gracia de discusión se aceptara que resultan constitucionalmente posibles tanto la interpretación que restringe la eficacia de la protección desde el momento en que se profirió la decisión y hacia el futuro, como la que predica su eficacia incluso para las situaciones que se

⁸² Corte Constitucional. M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo.

⁸³ Corte Constitucional. M.P. PRETELT CHALJUB, Jorge Ignacio.

⁸⁴ *Ibíd.*

configuraron antes de proferirse la decisión de la Corte, la vigencia del principio *pro homine* en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados, de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos.

De igual manera, en sentencias **T – 553⁸⁵** y **T – 615⁸⁶ de 2010**, la Corte reiteró que la disposición jurídica contentiva del requisito de fidelidad al sistema fue expulsada del ordenamiento jurídico, de manera que el requisito por ella establecido no puede ser exigido a los afiliados que soliciten pensión de invalidez, siéndoles aplicables única y exclusivamente los referentes a porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y semanas cotizadas en los últimos tres años. De esta manera, se concedió la pensión de invalidez para los actores de 60 y 71 años de edad, respectivamente.

En sentencia **T – 839 de 2010**, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, se estudio la situación de una persona de 27 años de edad, quien había sido declarado invalido en un 90.65% con fecha de estructuración del 25 de julio de 2007. Al actor, le fue negada la pensión de invalidez, considerando que no cumplía con las 50 semanas exigidas por la Ley 860 de 2003.

En esta oportunidad, el debate se centró en determinar nuevamente el alcance del artículo 1º, parágrafo 1º de la Ley 860 de 2003, que consagra los requisitos especiales para acceder a la pensión de invalidez a los menores de 20 años. Para el efecto recordó la Corte la importancia del principio de progresividad, para garantizar el derecho al mínimo vital de las personas merecedoras de especial protección.

De esta manera, tras determinar que el actor contaba con más de 26 semanas cotizadas al sistema para la fecha de la declaratoria del estado de pérdida de la

⁸⁵ Corte Constitucional. M.P. VARGAS SILVA, Luis Ernesto

⁸⁶ *Ibíd.*

capacidad laboral, procedió la Corte a inaplicar en el presente caso, el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003 en cuanto a la edad requerida de 20 años, con el fin de materializar la protección real y efectiva del derecho a la seguridad social del accionante.

Por otra parte, en sentencia **T – 950 de 2010**, M.P. NILSON PINILLA PINILLA, se analizó la situación de una persona de 63 años de edad a la cual se le declaró una pérdida de capacidad laboral de un 56.09%, con fecha de estructuración del 13 de diciembre de 2007. Al actor se le negó el reconocimiento pensional por no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema, establecido en la Ley 860 de 2003.

En esta oportunidad, reiteró la Corte que la decisión proferida en el ejercicio de su función de control abstracto de constitucionalidad, (C – 428 de 2009), generó un efecto *erga omnes*, que conllevó a que la inaplicación normativa que se venía haciendo de la excepción de inconstitucionalidad, ya no sea jurídicamente viable, motivo por el cual al constatar que el actor cumplía los requisitos vigentes se ordenó reconocer la respectiva pensión.

Con posterioridad, en sentencia **T – 062A de 2011**, M.P. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, se estudió la situación de una persona de 54 años de edad, quien fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 70,75%, con fecha de estructuración del 27 de enero de 2009. Al accionante, se le negó la pensión de invalidez considerando que no contaba ni con las 50 ni con las 25 semanas cotizadas dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal y como lo prevé el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 860 de 2003.

De la revisión de los supuestos facticos, la Corte determinó que para el sub-examine los requisitos exigidos resultaban siendo regresivos para el acceso a la pensión de invalidez, motivo por el cual era necesario reiterar la jurisprudencia que en casos similares ha inaplicado las normas vigentes al momento de la

estructuración de la invalidez, para aplicar las disposiciones más favorables de pensión de invalidez. Así mencionó:

Sin duda alguna, en el presente caso las modificaciones a los requisitos que se establecieron con la Ley 100 de 1993 y posteriormente con la Ley 860 de 2003, son regresivas frente a la situación particular del accionante que no obstante haber cotizado 1165,35 semanas por más de veinte años y hasta el año 2006, ahora debe acreditar haber cotizado 25 semanas durante el año anterior a la calificación de la invalidez, mientras que bajo el régimen del Decreto 758 de 1990 ya cumplía con el requisito de las 300 semanas cotizadas en cualquier época.

Siendo esto así, y tras haber comprobado que actor cumplía a cabalidad los requisitos de dicho Decreto, la Corporación ordenó su reconocimiento.

Mediante sentencia **T – 885 de 2011**, M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, se examinó la situación de una persona portadora del VIH-SIDA, con una pérdida de capacidad laboral del 66.15% con fecha de reestructuración de la invalidez el 24 de noviembre de 1998. El ISS le negó el reconocimiento pensional debido a que no acreditaba la totalidad de los requisitos exigidos por la Ley 100 de 1993.

En esta oportunidad, la Corte señaló que cuando se padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina, se ha evidenciado que las Juntas de Calificación de Invalidez establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese tiempo, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva. En estos eventos, señaló la Corte que:

se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, (...), puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la

calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

Bajo estas consideraciones, la Corte encontró en primer lugar que el accionante en dictamen del 19 de noviembre de 2009, fue calificado con pérdida de capacidad laboral del 66.15%, de origen común, y con fecha de estructuración de la invalidez a partir del 24 de noviembre de 1998, y en segundo lugar que estuvo laboralmente activo hasta el año 2009. Ante esta circunstancia, señaló que es la fecha de la calificación de la invalidez, la que se debe tener en cuenta, dadas las especiales condiciones de salud del actor.

De esta manera, en virtud de los principios de favorabilidad y progresividad ordenó al ISS proceder a iniciar el trámite correspondiente para reconocer y pagar la pensión de invalidez, toda vez que no tuvo en cuenta las semanas cotizadas por el accionante desde la fecha en que se consideró estructurada la invalidez, y el 19 de noviembre de 2009, fecha en que se estableció una pérdida de la capacidad.

De otro lado, en sentencia **T – 934 de 2011**, M.P JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, se examinó la situación de una actora de 27 años de edad y a quien se le había declarado una pérdida de capacidad laboral de 68.15%, que se estructuró el 7 de septiembre de 2006. El Fondo de Pensiones negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto la accionante no cumplía con las 50 semanas exigidas por la Ley 860 de 2003.

Del análisis de los requisitos de la referida norma, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez señaló que el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003, preceptúa condiciones más favorables para que la población joven pueda acceder al derecho de la pensión de invalidez. Sin embargo, la Corte consideró que la aplicación literal de la norma lesionaba principios constitucionales

como la progresividad y por tanto era necesario inaplicar dicha disposición legal por la incompatibilidad que presenta con el ordenamiento superior.

Por consiguiente, tras determinar que la accionante contaba con más de 26 semanas cotizadas al sistema para la fecha de la declaratoria del estado de pérdida de la capacidad laboral, procedió la Corte a inaplicar en el presente caso, el parágrafo 1° del artículo 1° de la ley 860 de 2003 en cuanto a la edad requerida de 20 años, con el fin de materializar la protección real y efectiva del derecho a la seguridad social de la actora.

Por su parte, en sentencias **T – 016⁸⁷**, **T – 115⁸⁸**, **T – 135⁸⁹** y **T – 453⁹⁰** de 2011, se estudiaron situaciones similares en donde los accionantes habían sido declarados con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, pero a los cuales se les negó la pensión de invalidez en virtud a que no cumplían con el requisito de fidelidad de Ley 860 de 2003.

Para los casos en concreto, reiteró la Corte que las situaciones que antes suponían la inaplicación de una norma por vía de excepción de inconstitucionalidad, ahora se observarían a la luz de una sentencia con efectos *erga omnes*, con alcance de cosa juzgada constitucional. De igual manera, en los referidos fallos dispuso advertir a todas las Entidades Administradoras de Pensiones, adscritas al Sistema General de Seguridad Social en cualquiera de los dos regímenes, que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional el requisito de “fidelidad al sistema” ha sido desde siempre contrario a la Constitución Política de Colombia, lo cual implica que no puede ser exigido, ni siquiera en situaciones configuradas antes de la expedición de las sentencias C-428 de julio 1° de 2009.

⁸⁷ Corte Constitucional. M.P. MENDOZA MARTELO, Gabriel Eduardo.

⁸⁸ Corte Constitucional. M.P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio.

⁸⁹ Corte Constitucional. M.P. CALLE CORREA, María Victoria.

⁹⁰ Corte Constitucional. M.P. PINILLA PINILLA, Nilson.

Así entonces, la Corporación procedió a ordenar a los respectivos Fondos Pensionales reconocer ésta prestación, por cuanto los actores cumplían con los requisitos vigentes de la Ley 860 de 2003, esto es, una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y haber cotizado cuando menos 50 semanas en los tres últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Finalmente, en sentencia **T – 032 de 2012**, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, se estudió la situación de una accionante de 54 años de edad, a quien se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 73.85%, con fecha de estructuración del 26 de agosto de 1999. El ISS le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto no cumplía con los requisitos contemplados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, siendo más exactos con el de semanas de cotización.

En esta oportunidad, la Corte reiteró la importancia de proteger a las personas que se encuentran en circunstancias de indefensión debido a su situación de discapacidad y a su imposibilidad de desarrollarse en el campo laboral, lo que afecta directamente su mínimo vital y el de su núcleo familiar.

De otro lado, y tras revisar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez contemplados en la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, mencionó una vez más que el cambio normativo dispuso la implementación de medidas más rigurosas, toda vez que aumentó el número de semanas y agregó el requisito de fidelidad al sistema, que posteriormente fue declarado inexecutable en Sentencia C-428 de 2009, por ser un requisito regresivo y contrario al principio de progresividad.

Para el sub-examine, la Corte encontró que la actora había cotizado al sistema después de la estructuración de la invalidez, esto es hasta el 1 de enero de 2011, sin que el ISS tuviera en cuenta ese tiempo. Así, en lo concerniente al pago de

aportes con posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, se manifestó:

...salvo que exista una prueba concreta y fehaciente de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fecha de estructuración de invalidez suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones adicionales, mientras se produce tal calificación.

Frente a esta situación, es pertinente aclarar que, si bien el juez de tutela debe analizar aspectos como la fecha de la estructuración y de la notificación de la invalidez, no es procedente dejar de lado la situación de especial protección que merecen las personas que padecen algún tipo de discapacidad y que, a pesar de dicha limitación, han seguido contribuyendo a pensiones después de estructurada la invalidez, puesto que una interpretación diferente contraría los principios rectores del Sistema General de Seguridad Social y acarrea una conculcación de derechos fundamentales...⁹¹

Por lo expuesto y teniendo en cuenta que bajo estas circunstancias la accionante cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, se ordenó reconocer la prestación.

A continuación se relacionan el total de las sentencias que hacen parte de esta línea jurisprudencial.

⁹¹ Corte Constitucional. M.P. PINILLA PINILLA, Nilson. Sentencia T - 268 de 2011.

Tabla 5. Línea jurisprudencial - Principio de progresividad y pensión de invalidez

Línea jurisprudencial Principio de progresividad y pensión de invalidez						
1995	1997	1998	1999	2001	2003	2005
T – 133A T – 002 T – 238	T – 045	T – 143 T – 553	T – 779 T – 888	T – 888 T – 1154	T – 026 T – 259 T – 951 C – 1056	T – 1268 T – 290 T – 1291
2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012
T – 221 T – 1064 T – 1065	T – 043 T – 580 T – 641 T – 669A T – 1072 T – 628	T – 018 T – 069 T – 077 T – 078 T – 080 T – 103 T – 104 T – 110 T – 145 T – 287 T – 590 T – 688 T – 791 T – 826 T – 752	T – 383 T – 217 T – 271 T – 345 C – 428 T – 609 T – 822 T – 870 T – 710 T – 777	T – 048 T – 186 T – 491 T – 553 T – 615 T – 839 T – 950	T – 062A T – 885 T – 934 T – 016 T – 115 T – 135 T – 453	T – 032

4.2. ANÁLISIS DINÁMICO DE LA JURISPRUDENCIA

4.2.1 Escenarios constitucionales: un “escenario constitucional” es el patrón fáctico típico (con su correspondiente campo de intereses contrapuestos) en el que la Corte ha especificado, mediante sub-reglas, el significado concreto de un

principio constitucional abstracto⁹². Cada derecho, por tanto, muestra un cierto número de “escenarios constitucionales” en los que se ha desarrollado la discusión sobre su sentido. Conocer a profundidad un derecho significa, por tanto, conocer los “escenarios constitucionales” en los que se litiga el derecho y las sub-reglas a las que ha llegado la Corte en cada uno de ellos⁹³.

En este contexto, de la línea jurisprudencial antes elaborada, se desprende que la Corte Constitucional ha creado unas sub-reglas especiales para el caso de la pensión de invalidez, cuando cierto grupo de personas cuentan con una doble protección constitucional, por las especiales condiciones en las que se encuentran.

Siendo esto así, el operador judicial debe proceder con mayor cautela al momento de estudiar el tránsito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por cuanto se evidencia para ciertos grupos poblaciones, una mayor afectación a sus derechos y por ende, al principio de progresividad, que conlleva la prohibición de retroceso. Así, se destacan tres escenarios constitucionales, a saber:

- Personas de la tercera edad.
- Personas portadoras del VIH/SIDA.
- Personas jóvenes.

⁹² Cuando hablo de principio, me refiero a la noción técnica del mismo que ofrecen autores como Ronald Dworkin y Robert Alexy.

⁹³ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Interpretación Constitucional. 2da Ed. Bogotá: Universidad Nacional.2006. p. 139.

Figura 1. Escenarios Constitucionales – línea jurisprudencial.



4.2.1.1 Personas de la tercera edad: el artículo 46 de la Constitución Nacional ha dispuesto para las personas de la tercera edad, la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para su protección y asistencia, quienes además promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. Así mismo, establece una garantía en favor de éstos sujetos, consistente en los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia.

De esta manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido uniforme y consistente en el sentido de reconocer la existencia de un derecho fundamental constitucional al mínimo vital en cabeza de las personas de la tercera edad,

derivado de múltiples mandatos constitucionales en los que se reconocen, entre otros, los derechos a la vida digna (art. 11, C.P.), a la integridad personal (art. 12, C.P.), a la seguridad social integral (art. 48, C.P.) y a la salud (art. 49, C.P.).

En este orden de ideas, y al fin de determinar que personas se encuentran dentro de este grupo poblacional, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en un inicio asumió ante el vacío normativo que la tercera edad comenzaba cuando se superaba el promedio de vida de los colombianos certificado por el DANE. No obstante, a partir de la expedición del artículo 2º de la ley 1251 de 2008 y de los artículos 1º y 7º de la ley 1276 de 2009 se llena este vacío, pues se establece que pertenecerán a la tercera edad las personas que cuenten con más de 60 años de edad, siendo obligatorio garantizarles todos los beneficios que se derivan del ordenamiento constitucional y legal por su condición de sujetos de especial protección.

Ahora bien, cuando está de por medio la protección del derecho a la seguridad social de personas de la tercera edad, las prestaciones correspondientes a la pensión de invalidez adquieren un trato especial, pues al momento de evaluar el perjuicio irremediable en cada caso en concreto, se puede constatar la concurrencia de dos circunstancias como son, la pérdida de capacidad laboral y la avanzada edad. En este sentido, la Corporación Constitucional ha señalado:

“Ahora bien, cuando está de por medio la protección del derecho a la seguridad social de un sujeto de especial protección como son las personas de la tercera edad, las prestaciones correspondientes a la pensión de invalidez adquieren relevancia constitucional, en la medida en que la Constitución dispone que esta población merece un tratamiento especial por su condición de debilidad manifiesta”⁹⁴.

En este contexto, al momento de aplicar el principio de progresividad en el reconocimiento de la pensión de invalidez, se concluyó en varios de los

⁹⁴ Corte Constitucional. M.P. SIERRA PORTO, Humberto Antonio. Sentencia T – 217 de 2009. p. 10.

pronunciamientos jurisprudenciales de la línea antes desarrollada, que ante la creación de nuevos requisitos para acceder a ésta pensión, como el requisito de fidelidad al sistema, la población más afectada era la de la tercera edad, por cuanto la norma resultaba desproporcionada, en la medida en que hacía más difícil el acceso a la prestación a un sector poblacional que, precisamente, merece especial consideración. Señalo la Corte:

En efecto, resulta claro que la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a la situación fáctica concreta de la accionante, es inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, habida cuenta de que se trata de una persona que pertenece a la tercera edad y que por fuerza de su situación económica y social se vio compelida a ingresar tardíamente al mercado laboral y, de contera, al sistema de seguridad social.

(...)

Dado que la norma establece un requisito de fidelidad, es claro que entre mayor edad tenga la persona que ha sido calificada como inválida mayor será el número de semanas que debe haber cotizado para cubrir el requisito de densidad en la cotización al sistema. Cuestión que nos lleva a concluir que la población más afectada por esta norma es la de la tercera edad, tornándose así evidente la incompatibilidad de la norma, en el caso concreto de las personas disminuidas en su capacidad laboral y pertenecientes a la tercera edad, frente a los mandatos constitucionales, por cuanto desprotege a este grupo poblacional objeto de especial protección por parte del Estado”.

(...)

“[S]e pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. (...), en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad⁹⁵.

Así entonces, esta normatividad va en desmedro de las expectativas de sectores minoritarios cuales son las personas inválidas de la tercera edad que merecen una especial atención por parte del Estado. A continuación se relacionan las

⁹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T – 221 de 2006. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. p. 31.

sentencias que contienen los supuestos facticos y consideraciones analizadas en este escenario jurisprudencial.

Tabla 6. Personas de la tercera edad

Personas de la tercera edad
Sentencias:
T – 1268 de 2005 T – 221 de 2006 T – 1065 de 2006 T – 078 de 2008 T – 103 de 2008 T – 104 de 2008 T – 383 de 2009 C – 428 de 2009 T – 217 de 2009 T – 609 de 2009 T – 186 de 2010 T – 533 de 2010 T – 615 de 2010

4.2.1.2 Personas portadoras del VIH/SIDA: de los artículos 47, 48, 49 y 53 de la Carta Política, se desprende la especial situación de debilidad en la que se encuentran los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, entre los que se encuentran las personas contagiadas con el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), de modo que deben ser beneficiarias de una protección integral por la gravedad de la enfermedad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha reiterado que este grupo poblacional merece un especial tratamiento, proporcionando para ello una protección en diferentes ámbitos, como lo son: *“(i) en materia de salud, concediendo medicamentos y tratamientos cuando no se cuentan con los recursos económicos*

*para asumirlos; (ii) en materia laboral, prohibiendo la discriminación en razón de la enfermedad y exigiendo un trato especial en el lugar de trabajo y (iii) en materia de seguridad social, cuando ha sido necesario reconocer la pensión de invalidez por vía del amparo constitucional dada la situación de urgencia*⁹⁶.

De esta última situación, se desprende que dado el carácter progresivo del VIH/SIDA la persona contagiada puede ser declarada incapaz para desempeñar su actividad laboral, motivo por el cual se ve en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez. Así, al momento de estudiarse el cumplimiento de los requisitos para acceder a esta prestación, los mismos deben ser analizados teniendo siempre presente la particular circunstancia de debilidad en que se encuentran estos sujetos. Para el efecto, señaló la Corporación Constitucional:

*Así las cosas, teniendo en cuenta: (i) que las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto es ésta una enfermedad que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran y; (ii) que la pensión de invalidez, como expresión del derecho a la seguridad social, persigue “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud”⁹⁷, esta Corporación ha considerado que dicha prestación puede ser exigida por vía de tutela*⁹⁸.

Ahora bien, debido a que la enfermedad que padecen estas personas resulta catastrófica, por cuanto produce un acelerado deterioro en el estado de salud, y al verse enfrentadas a los cambios normativos, que no han implicado cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social, la Corporación Constitucional ha optado por reconocer la pensión de invalidez, en aplicación del régimen pensional anterior. Para el efecto, señaló:

“En este orden de ideas, resulta desproporcionado y contrario a la Constitución,

⁹⁶ Corte Constitucional. M.P. ESCOBAR GIL, Rodrigo. Sentencia T – 077 de 2008. p. 16.

⁹⁷ Corte Constitucional. M.P. MORÓN DÍAZ, Fabio. Sentencia T – 292 de 1995.

⁹⁸ Corte Constitucional. M.P. CALLE CORREA, María Victoria. Sentencia T – 885 de 2011. p. 8.

particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece...”⁹⁹.

Corolario de lo anterior, se debe incluir dentro de los elementos de juicio para establecer el régimen aplicable para reconocer la pensión de invalidez, la condición de especial protección que merecen los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales y el principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe regir el asunto. Las anteriores consideraciones, se desprenden de las sentencias que se relacionan a continuación.

Tabla 7. Portadores VIH/SIDA

Portadores VIH/SIDA
Sentencias:
T – 1064 de 2006 T – 628 de 2007 T – 699A de 2007 T – 077 de 2008 T – 710 de 2009 T – 885 de 2011

4.2.1.3 Personas “jóvenes”: el artículo 45 Constitucional, consagró que las personas adolescentes contaban con una protección y formación integral, los cuales estarían a cargo del Estado, quien tiene la obligación de garantizar el progreso de la toda juventud.

⁹⁹ Corte Constitucional. M.P. ESCOBAR GIL, Eduardo. Sentencia T – 699A de 2007. p. 20.

Por otro lado, el Legislador expidió la Ley 375 de 1997 o “Ley de Juventud” en donde se estableció que la población perteneciente a este grupo eran las personas entre 14 y 26 años de edad. Así, se estableció que estos sujetos además de estar facultados de derechos y deberes, contaban con la capacidad de participar en los diferentes escenarios donde se decida sobre su futuro.

En este contexto, para el caso de la pensión de invalidez, existe la posibilidad de que un grupo selecto de esta población joven, pueda acceder a la misma, con el cumplimiento de unos requisitos menos rigurosos que para el resto de la población colombiana, esto es contar con 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez o de su declaratoria.

No obstante lo anterior, existe un reparo que advierte la Corte Constitucional, y es precisamente que esta disposición únicamente le otorga la posibilidad de acceder a esta prestación a personas menores de 20 años de edad. Al respecto señaló:

Ante la ausencia de una motivación clara y expresa por parte del legislador, tanto en la Ley 797 de 2003 (Artículo 11) como en la Ley 860 de ese mismo año (artículo 1º), del porqué se estipuló la edad mínima de 20 años en el párrafo mencionado y se excluyó a jóvenes menores de 25, que ha sido la edad hasta la cual otras leyes que regulan la materia en el campo pensional han querido dar protección especial a las personas que se dedican a estudiar exclusivamente, esta Sala no encuentra una razón suficiente para tal exclusión¹⁰⁰.

Consecuencia de lo anterior, este beneficio atribuido a los jóvenes menores de 20 años ha sido extendido a personas que a pesar de tener una edad mayor, se encuentran en idénticas situaciones fácticas que una joven que apenas comienza su vida laboral, motivo por el cual se torna procedente inaplicar tal disposición por resultar inconstitucional. Se ha señalado:

“Toda lesión que afecte la integridad de una persona y que reduzca su capacidad de proveerse los bienes materiales mínimos para sobrellevar una vida digna, es

¹⁰⁰ Corte Constitucional. M.P. PALACIO PALACIO, Jorge Iván. Sentencia T – 777 de 2009. p. 29.

extremadamente lamentable; pero la situación es más dramática cuando quien debe soportar esta tragedia es una persona joven que apenas termina sus estudios profesionales, comienza su vida laboral y que por los avatares del destino ve cerrados sus sueños, metas y aspiraciones”¹⁰¹.

Así entonces, tras reiterar su jurisprudencia referente al tema de regresividad de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, y por ende, a la aplicación del principio de progresividad, la Corte Constitucional ha otorgado el reconocimiento pensional para estas personas que son sujetos de especial protección del Estado.

Tabla 8. Personas jóvenes.

Personas jóvenes
Sentencias:
T – 777 de 2009 T – 839 de 2010 T – 934 de 2011

4.2.2 Identificación de sentencias: conforme lo expone el profesor Diego López Medina, hecho el análisis estático de jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la aplicación del principio de progresividad en el reconocimiento de la pensión de invalidez, las clasificaremos en:

➤ Sentencias fundadoras: Estas sentencias están plagadas de dicta y debido a su energía reformista expresan balances constitucionales sin vocación de permanencia dentro de la jurisprudencia. Aquí la Corte aprovecha sus primeras

¹⁰¹ Ibíd. p. 27.

sentencias de revisión para hacer enérgicas y muy amplias interpretaciones de derechos constitucionales¹⁰².

➤ Sentencias hito: trata de definir con autoridad una sub-regla de derecho constitucional, usualmente originan giros en la línea: se subraya la importancia de la sentencia, es probable que susciten aclaraciones y salvamentos de voto. Las sentencias unificadoras son usualmente sentencias hito¹⁰³.

➤ Confirmadoras: puras y simples aplicaciones del principio o ratio contenido en una sentencia anterior. La mayor parte de estas sentencias son de este tipo¹⁰⁴.

Tabla 9. Identificación de sentencias

¿Resulta contrario al principio de progresividad el tránsito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez?		
Fundadoras de línea	Hito	Confirmadoras
T – 143 de 1997 (Procedibilidad)	T – 221 de 2006	Sentencias de 1998 a 2012 Ver tabla 5
T – 951 de 2003 T – 1291 de 2005	T – 043 de 2007 C – 428 de 2009 T – 453 de 2011	
T – 1268 de 2005 (Tercera edad)		
T – 1064 de 2006 (VIH/SIDA)		Ver tabla 6
T – 777 de 2009 (Jóvenes)		Ver tabla 7
		Ver tabla 8

¹⁰² LÓPEZ Medina, Diego. El Derecho de los Jueces. 2ª Ed. Bogotá: Legis, 2006. p.164.

¹⁰³ *Ibíd.* p.162.

¹⁰⁴ *Ibíd.* p.167.

De esta manera, ya se tiene la línea jurisprudencial, la que resulta conveniente graficar para indicar la tendencia de las decisiones de la Corte Constitucional y, así llegar a las conclusiones que sean del caso.

Figura 2. Tendencia de las decisiones de la Corte Constitucional

¿Resulta contrario al principio de progresividad el tránsito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez?		
↔		
La acción de tutela resulta improcedente	T – 133A/95 T – 002/95 T – 238/95 T – 045/97 T – 143/97 T – 553/98 T – 779/99 T – 888/01 T – 1154/01 T – 026/03 T – 259/03 (*) C – 1056/03	La acción de tutela resulta procedente – protección constitucional a personas con minusvalías.
Los requisitos para acceder a la pensión de invalidez exigidos en el artículo 39 de la Ley 100/93, no resultan regresivos.	T – 1064/06 T – 1065/06 T – 628/07 T – 383/09 T – 062A/11	Los requisitos del artículo 39 de la Ley 100/93, resultan regresivos. Se aplica el Acuerdo 049/90, reglamentado por el Decreto 798/90.
Requisitos del artículo 1º Ley 860/03 no resultan ser regresivos.	T – 1291/05 ♠ T – 221/06 ♠ T – 043/07 T – 580/07 T – 641/07 T – 1072/07 T – 699A/07 T – 110/08	Requisitos del artículo 1º de la Ley 860/03, resultan contrarios al principio de progresividad. Se deben aplicar los requisitos del artículo 39 de la Ley 100/93, versión original.

	T – 826/08	
	T – 752/08	
	T – 069/08	
	T – 077/08	
	T – 078/08	
	T – 080/08	
	T – 103/08	
	T – 104/08	
	T – 287/08	
	T – 590/08	
	T – 688/08	
	T – 791/08	
	T – 145/08	
	T – 018/08	
	T – 345/09	
	T – 271/09	
	T – 217/09	
	T – 885/11	
	T – 032/12	
Se debe exigir requisito de fidelidad del art. 1º de la Ley 860/03, aún después de su inexecuibilidad	♠ C – 428/09	Únicamente se debe exigir requisitos vigentes Ley 860 de 2003: pérdida capacidad laboral y semanas de cotización.
Requisitos del párrafo 1º artículo 1º Ley 860/03 no resultan ser regresivos.	T – 609/09 T – 822/09 T – 870/09 T – 553/10 T – 615/10 T – 048/10 T – 186/10 T – 491/10 T – 950/10 T – 016/11 T – 115/11 T – 135/11 ♠ T – 453/11 T – 777/09 T – 839/10 T – 934/11	Requisito de 20 años del párrafo 1º artículo 1º Ley 860/03 resulta contrario a la progresividad. Se debe inaplicar parte de la edad.

(*) Con posterioridad las sentencias analizadas determinan la procedibilidad de la tutela y la especial protección constitucional a personas con minusvalías.

(♠) sentencias hito.

De la gráfica se puede identificar una línea jurisprudencial bien definida, con dos sentencias de constitucionalidad que constituyen una parte importante de la misma y que están bajo la obediencia del precedente ya definido. Es decir, conforme lo señala Diego López Medina, se encuentra en un “balance constitucional”, esto es, de una doctrina jurisprudencial vigente que sirve como regla de conducta para operadores judiciales, abogados litigantes, entre otros.

CONCLUSIONES

La Constitución Política de 1991 otorga gran importancia a la seguridad social, por cuanto la define como un servicio público de carácter obligatorio para el Estado, se le da la categoría de derecho irrenunciable y le confiere un tratamiento prioritario a las personas o sujetos que se encuentren en situación de debilidad, propendiendo en todo caso un suministro de lo que ha sido definido como un bienestar general y mejoramiento de calidad de vida para toda la población.

Así mismo, diferentes instrumentos internacionales han asumido un criterio relevante a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales, los cuales han sido ratificados por Colombia, ingresando por ende, al bloque de constitucionalidad, jugado así un papel determinante para que el legislador adopte en la normatividad nacional diferentes decisiones en materia de seguridad social, que han contribuido en beneficio de los ciudadanos, en ámbitos como el de salud, pensiones, entre otros.

Lo anterior, no se ha escapado del especial tratamiento que merecen las personas que por diferentes circunstancias, se han visto enfrentadas a infortunios que las llevan a la pérdida de su capacidad laboral, constituyéndose así en personas de especial protección por parte del Estado. Esta particular situación, ha sido tema de estudio en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, como también de las otras Altas Cortes, de donde se desprende la vital importancia que el derecho internacional le ha otorgado a estos sujetos, llegando en varios de sus pronunciamientos a la interpretación favorable de normas legales que en ocasiones se tornan rigurosas o violatorias del derecho a la igualdad, del que gozan las personas minusválidas.

Así, principios como la igualdad, la universalidad, la favorabilidad y la progresividad se han utilizado por parte de la Corte Constitucional para enriquecer la discusión que se suscita cuando un trabajador por diferentes circunstancias se

ve en la obligación de solicitar una pensión de invalidez, que se constituye como en muchos de los casos, en su único medio de subsistencia, y sin el cual se afectan no solo los derechos de los que son titulares ellos, sino también los de su núcleo familiar.

De esta manera, se ha establecido que al enfrentarse los funcionarios judiciales, administradores pensionales, entre otros, a estas particulares circunstancias, las mismas deben ser analizadas con mayor cuidado y siempre propendiendo a garantizar el acceso a esta prestación, toda vez que la normatividad que regula este tema se ha tornado cada vez más rigurosa y desproporcionada.

En efecto, de los requisitos establecidos en la evolución normativa para acceder a la pensión de invalidez, se vislumbran disposiciones que no conllevan una justificación suficiente por parte del legislador, lo que ha generado una evidente afectación al principio de progresividad, constituido no solo por instrumentos internacionales, sino también por el Constituyente, y demás normas, que han determinado una obligación por parte del Estado, a generan cada vez más una ampliación progresiva a todos los sectores de la población.

Es así, como se desprende de la ley 100 de 1993, Ley 797 y Ley 860 de 2003, al regular la pensión de invalidez, que no se implementaron medidas de transición para personas que estando cotizando en el régimen anterior se ven enfrentadas a un intempestivo cambio normativo que se torna más regresivo, y por ende le restringe el acceso a lo que sería su mínimo vital.

Es aquí, donde ha jugado un papel determinante la Corte Constitucional, la cual ante diferentes acciones de tutela de ciudadanos que se han visto enfrentados a este conflicto, ha optado por aplicar la norma más favorable para el trabajador o afiliado, determinación para la cual, después de un estricto control de constitucionalidad, ha inaplicado la norma que sería la que regule la situación en un caso en concreto, constando que resulta contraria al principio de progresividad.

La revisión jurisprudencial permitió identificar principios como el de favorabilidad y progresividad, que se constituyen como uno de los fundamentos importantes en las decisiones judiciales de la Corte Constitucional al momento de estudiar los supuestos facticos. Ante la ausencia de normas de transición que contemple y solucione esta problemática, en un juicio estricto de constitucionalidad, ha sentado un precedente jurisprudencial sólido, garantizado los derechos fundamentales del que gozan las personas minusválidas, que requieren una protección oportuna y eficaz de sus derechos, y que en ocasiones resulta ser por doble vía, esto es, personas de la tercera edad, portadores de enfermedades crónicas como el VIH/SIDA y personas que se constituyen como jóvenes. Por ello, resulta imperativa la procedencia directa y definitiva de la tutela.

Lo anterior, conlleva a vislumbrar que el tránsito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, efectivamente se han tornado contrarios al principio de progresividad, motivo por el cual es necesario que el Estado implemente instrumentos que permitan a estas personas acceder a esta prestación con un tratamiento que sea acorde con las especiales circunstancias en las que se encuentran, teniendo en cuenta no solo la sostenibilidad financiera del sistema, sino también principios que constituyen un estado social de derecho, como también asumiendo la obligación de protección especial que merecen ciertos grupos poblacionales.

BIBLIOGRAFÍA

ALMANSA PASTOR, José Manuel. Derecho de la Seguridad Social. Vol. I, 4ta ed. Madrid: Ed. Tecnos, 1984.

ARENAS MONSALVE, Gerardo. El derecho colombiano de la seguridad social. 3ra Ed. Bogotá: Legis, 2011.

----- . El origen institucional de la seguridad social., Visión general del sistema de seguridad social en salud, Ministerio de Salud. Bogotá, 2005.

CADAVID, Germán. Derecho Laboral Aplicado. 10° Ed. Bogotá: Leyer, 2011.

CAÑÓN, Leonardo. Los servicios sociales en la seguridad social. Bogotá: La Previsora, 1992.

CARTILLA DE SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES. Legis 2012.

CARRILLO Guarín, Julio Cesar. Reforma Constitucional al sistema de pensiones: Evaluación y análisis. Acto legislativo 1 de 2005. Bogotá: Legis, 2005.

CLAVIJO, Sergio. Sostenibilidad Pensional y Gasto Social. Bogotá: Alfaomega, 2002.

CORREA RAMÍREZ, John. Una senda en la historia de la seguridad social en Colombia. Medellín: Comfenalco (Antioquia), 2000.

FERRO, Malky. MONTERO, Álvaro. Y DE MI PENSIÓN, ¿QUE?. 1º ed. Bogotá: Intermedio Editores, 2009.

GOYES, Isabel. HIDALGO, Mónica. Principios del Derecho Laboral: Líneas Jurisprudenciales. 2ª ed. Pasto: EDINAR, Universidad de Nariño, 2007.

----- . Principios de la Seguridad Social en Pensiones. Pasto: EDINAR, Universidad de Nariño, 2012.

ISAZA CADAVID, Germán. Derecho laboral aplicado. 16 ed. Bogotá: Leyer. 2012.

LÓPEZ MEDINA, Diego. El Derecho de los Jueces. 2ª Ed. Bogotá: Legis. 2006.

----- . Interpretación Constitucional. 2ª ed. Bogotá: Universidad Nacional De Colombia, 2006.

LIÉVANO AGUIRRE, Indalecio. Los grandes conflictos sociales y económicos de nuestra historia. Vol. I. Ed. 11ª. Bogotá: Ediciones Tercer Mundo, 1895.

MARTÍNEZ, Félix. ROBAYO, Gabriel. VALENCIA, Oscar. ¿Por qué no se logra la cobertura universal de la seguridad social en salud? Fundación para la investigación y desarrollo de la salud y la seguridad social FEDESALUD. 2002.

NUEVA LEY DE SEGURIDAD SOCIAL Y PENSIONES (LEY 100/93). Colombia. Leyes, Decretos. Legis Editores. 2004.

QUINTERO Sepúlveda, Álvaro. Pensiones del sector público: La Transición Continua Jurisprudencia de las Altas Cortes. 3ª Ed. Bogotá: Librería Jurídica Sánchez, 2011.

RENGIFO O, Jesús M. La seguridad social en Colombia. 3ª Ed. Bogotá: Editorial Temis, 1989.

RODRÍGUEZ, Rafael. La Seguridad Social en Colombia: Régimen Jurídico. Bogotá: Legis, 1999.

RODRÍGUEZ, Oscar. y ARÉVALO, Decsi. Estructura y crisis de la seguridad social en Colombia 1946-1992. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Centro de Investigaciones para el Desarrollo, 1992.

TORRES Corredor Hernando. Sistema de seguridad social. Pensiones. Legislación y jurisprudencia. 2ª Ed. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales, 2002.

TRIANA y ANTORVERZA, Humberto. Semblanza para la historia institucional, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Bogotá, 1998.

YEPES Parra, Antonio. Hacia una utopía, por la defensa de la Seguridad social en Colombia. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana, 1995.

YOUNES Moreno, Diego. DERECHO CONSTITUCIONAL COLOMBIANO. Universidad Simón Bolívar. 8º Ed. Bogotá: Editorial Ibáñez, 2006.

NETGRAFÍA

JURISPRUDENCIA

CORTE

CONSTITUCIONAL.

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/>

[http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/Socialprotection/lang--es/index.htm](http://www.ilo.org/global/About_the_ILO/Mainpillars/Socialprotection/lang-es/index.htm).

<http://cidh.org/countryrep/Colom99sp/indice.htm>

http://whqlibdoc.who.int/trs/WHO_TRS_480_spa.pdf.