COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/428/09

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/428/09
Expediente	D-4659
Fecha	2002-12-18
Sala	Sala que
Magistrado ponente	Dr MAURICIO GONZALEZ CUERVO Con
Partes	los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003

Temas que titula la Corte Constitucional

- Requisito De Semanas De Cotizacion Para Pension De Invalidez
- Requisito De Fidelidad Para Pension De Invalidez
- Principio De Progresividad De Los Derechos Sociales Constitucionales
- Prohibicion De Regresividad
- Prohibicion De Retrocesos En Materia De Derechos Economicos, Sociales Y Culturales
- Garantia De Proteccion Progresiva En Derechos Sociales Prestacionales

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Declarar inexequible el parágrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y Exequible, por los cargos analizados en esta Sentencia, el resto de este artículo, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 será exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte.” 3.1.3. Acorde con lo expuesto, la Sala estima, que para el caso no se…

Texto completo

C-428-09 Sentencia C-428/09 Sentencia C-428/09 (J ulio 1º; Bogotá DC) PENSION DE INVALIDEZ- Requisitos para reconocimiento El artículo 1º de la Ley 860 de 2003 establece los requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad o accidente en términos de 50 semanas de cotización en los últimos tres años y un requisito de fidelidad al sistema que exige haber cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre cuando cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de invalidez.

REQUISITO DE SEMANAS DE COTIZACION PARA PENSION DE INVALIDEZ- Reforma prima facie regresiva/ REQUISITO DE SEMANAS DE COTIZACION PARA PENSION DE INVALIDEZ- Efectos desvirtúan presunción de regresividad/ REQUISITO DE SEMANAS DE COTIZACION PARA PENSION DE INVALIDEZ- Aumento en el número de semanas no vulnera principio de progresividad del derecho a la seguridad social La Corte Constitucional no desconoce la libertad de configuración del Legislador, como titular de una significativa discreción en materia pensional. Sin embargo, como esta reforma debe considerarse, prima facie, regresiva en la protección de un derecho social ya que puede implicar una afectación a personas en estado de debilidad manifiesta (discapacitados), su control constitucional ha de ser aún más estricto, y el que las regulaciones acusadas sean menos favorables que aquellas que fueron subrogadas no implica su inconstitucionalidad automática, por cuanto la Constitución faculta al Legislador para realizar cambios

normativos, siempre que exista una posible justificación de las disminuciones en la protección de derechos sociales, pues si bien debe existir la protección constitucional a la estabilidad de los regímenes pensionales, resulta inadmisible aceptar la "petrificación constitucional" de los mismos. En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, 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, lo que implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, prima facie, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, por lo que se concluye que el supuesto carácter inequívocamente regresivo de la medida no es cierto y que, por el contrario, se puede derivar de su aplicación una progresión en el acceso a la pensión de invalidez al reducirse la densidad requerida para que sea concedida.

REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ- Constituye una modificación a las condiciones para acceder a la pensión/ REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ- Efectos no desvirtúan presunción de regresividad/ REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ- Constituye una medida regresiva en materia de seguridad social/ REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ- Carácter regresivo Con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante, el requisito de fidelidad al sistema que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, y aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez, y no habiendo población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, ni advirtiendo una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma, este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del caso respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas. Se concluye que a pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto busca 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 consecuencia, el costo social que apareja la modificación introducida por el requisito de fidelidad incluido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 es mayor que beneficio que reportaría para la colectividad.

PRINCIPIO IN DUBIO PRO LEGISLATORE- Aplicación COSA JUZGADA- Inexistencia respecto del requisito de fidelidad del sistema para acceder a la pensión Si bien mediante sentencia C-1094 de 2003 la Corte analizó una demanda formulada contra el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (pensión de sobrevivientes), en la que se cuestionaba, entre otras, que se consagraran exigencias diferentes para comprobar la fidelidad de la afiliación al sistema general de pensiones, dependiendo de la causa que ocasionara el fallecimiento del afiliado, y como lo impugnado en esa oportunidad fue "el trato diferente no justificado ni razonable que la ley dispensa a los miembros del grupo familiar de quien muere por enfermedad o por accidente, así como la extensión de los mencionados porcentajes diferentes a los casos de suicidio y homicidio", considera la Sala que para el caso no se está en presencia de una cosa juzgada en relación con el requisito exigido de "fidelidad del sistema", ya que lo debatido en dicha oportunidad fue la desigualdad de consagrar diferente rango de fidelidad para reclamar la pensión de sobrevivientes por "enfermedad o accidente" y por "homicidio y suicidio". De la misma manera, en sentencia C-1056 de 2003, la Corte analizó, entre otras, la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003, disposición que tenía un contenido normativo muy similar al del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, aquí demandado, pero en dicha ocasión se revisó solamente el aspecto procedimental en el trámite de la

Ley 797 de 2003, encontrando la Corte que se omitieron pasos indispensables del proceso legislativo, por lo que se declaró inexequible el artículo al no haberse debatido la norma de acuerdo con la normativa aplicable.

Por las anteriores consideraciones no se puede hablar de cosa juzgada, por cuanto las declaraciones de inexequibilidad analizadas se limitan a aspectos específicamente invocados en cada una de las demandas de inconstitucionalidad, ninguno de los cuales se ataca en el actual proceso.

PENSION DE INVALIDEZ- Evolución normativa en relación con los requisitos para su obtención PENSION DE INVALIDEZ POR ENFERMEDAD- Requisitos PENSION DE INVALIDEZ POR ACCIDENTE- Requisitos PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES- Concepto/ PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES- Alcance El principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social y la prohibición, prima facie, de adoptar medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales, consiste básicamente en que el Legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para hacerlo, y está consagrado tanto en la Constitución Política (artículo 48) como en otros cuerpos normativos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, en particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -intérprete autorizado del PIDESC- y el Pacto de San José de Costa Rica que enuncian compromisos frente a la progresividad de la legislación en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Es así como esta Corporación ha señalado que 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 por el estándar logrado. En otras palabras, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, por contradecir, prima facie, el mandato de progresividad.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHOS SOCIALES- Prohibición de retrocesos no es absoluta/ PROHIBICION DE REGRESIVIDAD- Alcance/ PROHIBICION DE REGRESIVIDAD- Control judicial más severo La prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, con lo que se quiere significar que si bien un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo. La jurisprudencia ha determinado que para que pueda ser constitucional el cambio normativo regresivo, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese retroceso en el desarrollo de un derecho social. Así, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja.

DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES- Aceptación internacional de la prohibición prima facie de retrocesos PROHIBICION DE RETROCESOS EN MATERIA DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES- No es absoluta y constituye una prohibición prima facie La Corte ha reiterado que la prohibición de los retrocesos en materia de derechos económicos sociales y culturales no es absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie, lo cual significa que un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable. Así en las leyes integrales o sectoriales de ajuste en el sistema de seguridad social pensional, a pesar de presumirse inconstitucionales, prima facie, pueden demostrarse necesarias, proporcionales, conducentes y aún convenientes desde una perspectiva global, descartándose con ello su inexequibilidad.

GARANTIA DE PROTECCION PROGRESIVA EN DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES- Enfasis en sujetos de especial protección constitucional La Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad, señalando que 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.

PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD DE DERECHOS SOCIALES Y DE NO REGRESIVIDAD DE NORMAS DE SEGURIDAD SOCIAL- Aplicación no torna en inmodificables las regulaciones sobre regímenes pensionales Con fundamento en el principio de progresividad de los derechos sociales y de no regresividad de las normas sobre seguridad social, no se puede concluir que las regulaciones sobre regímenes pensionales sean absolutamente inmodificables, pues, excepcionalmente, cuando exigentes circunstancias lo ameriten y se encuentre plenamente justificado, procede la revisión legislativa o constitucional de las normas pensionales en defensa del interés general, de la concreción de otros principios como la ampliación progresiva de la cobertura social o de la realización de políticas sociales y económicas para lograr la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y asegurar el bienestar de futuras generaciones.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL- Operancia/ PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL- Elementos/ PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD EN MATERIA LABORAL- Aplicación no impide transformaciones legislativas justificadas El principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 superior opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho, y se refiere a la condición más favorable o más beneficiosa en el ámbito laboral y al no menoscabo por la ley de los derechos de los trabajadores, que reconoce que las nuevas normas de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables consolidadas previamente para los trabajadores, de modo que las más beneficiosas para el trabajador deben ser reconocidas y respetadas por las leyes posteriores. Al igual que frente al principio de progresividad, la Corte ha explicado que el principio de favorabilidad en materia laboral no impide, per se, la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene el sentido de asegurar el deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda y de coexistencia de varias disposiciones, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario), pero no necesariamente impedir las transformaciones legislativas cuando estén justificadas a luz de los criterios constitucionales que limitan el margen del Legislador.

POTESTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN MATERIA PENSIONAL- Debe respetar principios y derechos constitucionales La Corte ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Legislador para regular lo concerniente al sistema de seguridad social, de acuerdo con los artículos 48 y 365 de la Constitución, sin limitar su desarrollo a una estructura única, por lo que el Legislador puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, siempre que se respeten los principios constitucionales que lo rigen y los derechos constitucionales PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD- Constituyen límites a la actividad del Estado DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGITIMAS- Distinción/ DERECHOS ADQUIRIDOS Y EXPECTATIVAS LEGITIMAS EN MATERIA PENSIONAL- Protección en tránsito legislativo/ EXPECTATIVAS Y CONFIANZA LEGITIMA- Respeto en tránsito legislativo Esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas, y ha estimado que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento, en tanto que en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

También ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas por la prevalencia de su potestad configurativa, y que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, por lo que las expectativas legítimas de quienes aspiran a pensionarse bajo un régimen determinado, deben ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador y no pueden ser modificadas de una manera arbitraria por parte del Legislador en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos.

REGIMEN DE TRANSICION Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD/REGIMEN DE TRANSICION- Constituye la salvaguarda de las expectativas legítimas/ REGIMEN DE TRANSICION- Propósitos/ REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES- Aplicación asegura protección de expectativas pensionales legítimas Con el fin de garantizar la progresividad de los derechos sociales, se consagran regímenes de transición, que le permiten al legislador ir más allá de la protección de los derechos adquiridos de las personas, para salvaguardar incluso las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez. Así, los regímenes de transición, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas.

REQUISITOS PARA LA PENSION DE INVALIDEZ- Jurisprudencia de tutela respecto de la modificación de requisitos e inaplicación en casos concretos de los fijados en la Ley 860 de 2003 Referencia:

Expediente D-7488. Actor: Omar Alberto Franco Becerra. Demanda de inconstitucionalidad: contra los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo. I. ANTECEDENTES. En ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad prevista en los artículos 40-6, 241 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Omar Alberto Franco Becerra solicita a esta Corporación declare inexequible el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 "por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

" 1. La norma acusada. El texto del artículo acusado, conforme a la publicación de la Ley 860 de 2003 en el Diario Oficial 45.415 de 2003 (diciembre 29), es el siguiente (subrayado lo demandado):

"LEY 860 DE 2003 Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1 °. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. 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.

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 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." 2. La demanda.

El demandante estima que el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, viola los artículos 48 y 53 de la Constitución Política.

2.1. A su juicio, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, contraría el principio de progresividad contenido en el artículo 48 de la CP, al establecer unos requisitos para acceder a la pensión de invalidez más gravosos que los que exigía el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En efecto, " (...) aumenta la cantidad de semanas cotizadas requeridas para tener derecho a percibir la pensión de invalidez, de 26 a 50" , y además, establece un requisito de fidelidad al sistema exigiendo que se "haya cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre cuando cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de invalidez." 2.2. La norma demandada viola el artículo 53 de la Constitución pues se muestra regresiva frente a la protección otorgada por la legislación anterior, sin que exista un propósito constitucional importante que justifique la medida. Expresa:

"no se entiende justificada la medida de establecer que el trabajador haya tenido que cotizar el 20% del tiempo transcurrido entre la fecha en que arribó a la edad de 20 años y el momento de la primera calificación de invalidez (...) no existe un propósito constitucional importante que se pretenda alcanzar con esta medida como tampoco establece un régimen de transición que permita a los trabajadores amparados por la reglamentación anterior continuar disfrutando de sus derechos adquiridos".

3. Intervención de autoridades. 3.1. Ministerio de Hacienda y Crédito Público. El interviniente sostiene que a través de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003, se busca desarrollar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, se establecen las condiciones bajo las cuales se podrá acceder a las diferentes prestaciones del Sistema General de Pensiones, entre las cuales se encuentra la pensión de invalidez del afiliado, lo cual propende por un orden justo y una convivencia pacífica. Con el fin de dar una mayor equidad y cobertura en el Sistema Pensional, se buscó ampliar progresivamente la participación de los afiliados en el Sistema General de Pensiones reflejando de una manera real la participación de los mismos dentro del Sistema, buscando amparar a aquellas personas que se encontraban aportando al Sistema General de Pensiones situación que refleja el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y la exposición de motivos cuando señala: " Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes." La norma acusada establece requisitos para acceder a la pensión de invalidez, que son sanos, socialmente saludables y fiscalmente responsables, teniendo en cuenta la real contribución del afiliado en el sistema, buscando con ello evitar fraudes, e imponer la cultura de afiliación al Sistema de Seguridad Social.

El Ministerio sostiene que el actor no precisa los cargos y que los argumentos que presenta se rebaten así: Frente a la violación del artículo 48 de la CP y el principio de progresividad, afirma que los requisitos establecidos en la norma tienen una justificación tal como se expresa en la exposición de motivos de la Ley 860 de 2003. Así mismo se busca equilibrar los principios de equidad, eficiencia, solidaridad y la sostenibilidad del Sistema General de Pensiones, con los beneficios prestacionales. La sostenibilidad financiera es tan importante en el Sistema General de Pensiones que el artículo 48 de la CP lo elevó a principio constitucional de la Seguridad Social, lo cual se traduce en la obligación estatal de asegurar que el mismo, sea financieramente viable.

[1] De igual manera indica, que no es posible aplicar mecánicamente el mandato de progresividad y que no pueden mirarse de manera separada los principios orientadores contemplados en la Ley 100 de 1993 y el artículo 48 de la CP; por el contrario las previsiones que se tomen deben propender porque los principios coexistan y se desarrollen de manera

coordinada, situación que se refleja de la norma acusada, pues lo que se busca es darle valor a los años de cotización y por ende, a la participación de los afiliados en el Sistema General de Pensiones, así como expresar de manera real el aporte efectuado por cada afiliado.

La Ley 100 de 1993, buscó solución a los problemas financieros estructurales que se evidenciaban en el Sistema Pensional, que eran el resultado de bajas cotizaciones, de la dispersión de regímenes y beneficios exagerados. Dicha regulación es más expedita con la reforma introducida por el artículo 1º de la Ley 860 2003, pues determina el requisito para acceder a la pensión de invalidez, ya no en semanas cotizadas sino en "densidad de cotización", permitiendo ampliar la cobertura de este beneficio a aquellas personas, que si bien no tenían el requisito de las 26 semanas en el último año inmediatamente anterior a la fecha del siniestro, sí podían tener dentro de los 3 años 50 semanas de cotización y además por la densidad de cotizaciones podían acceder a la prestación a pesar de no tener ni 50 semanas de cotización; esto es, amplió el ámbito temporal para acreditar las semanas de cotización.

Precisa que la comparación de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones efectuadas por la Ley 860 de 2003, no se pueden mirar solo en un aspecto puntual y advierte que la norma original, para determinar el cumplimiento de los requisitos de cotización, debía determinar si el trabajador era cotizante. En caso de ser cotizante se toman 26 semanas en cualquier etapa de la vida laboral del trabajador; en el caso contrario solo son válidas, para acceder al beneficio pensional, las cotizaciones oportunamente efectuadas de 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. Lo anterior implicaba que si una persona no tenía las semanas de cotización en el último año anterior a la fecha de estructuración de invalidez, no tendría derecho a dicha prestación aunque tuviera una gran densidad de semanas en su vida laboral: por ejemplo un trabajador con 14 años de servicios, que fuera desvinculado de la empresa en que laboraba y que desafortunadamente no pudo vincularse dentro del año siguiente a un nuevo empleo que le permitiera continuar cotizando y sufre un accidente que lo deja con una pérdida de incapacidad laboral superior al 50%:

este trabajador no cumpliría el requisitos de las 26 semanas de cotización en el último año previsto en la Ley 100, por lo cual no accedería al beneficio pensional a pesar de tener una gran densidad de semanas en su historia laboral.

La situación anterior fue superada por la norma demandada, puesto que además de reflejar la participación real del trabajador en el Sistema General de Pensiones, le permite que se tenga en cuenta dicha participación, siendo así más amplía la cobertura de este beneficio pensional, al punto que si la persona no tiene las 50 semanas de cotización, pero tiene un 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo se exigen 25 semanas en los últimos 3 años, que en el ejemplo propuesto serían cumplidas cabalmente por el trabajador (parágrafo 2º Art. 1º Ley 860 de 2003).

Según información estadística suministrada por el ISS, durante la vigencia del articulo 39 -anteriormente previsto en la Ley 100 de 1993- en el período comprendido entre el año 1994-2002, fueron reconocidas 21.256 pensiones de invalidez, mientras que durante la vigencia de la modificación introducida por la norma demandada (período 2003-2007), el número de reconocimientos ascendió a 14.075. En el período de 1994-2002 el promedio anual de pensiones de invalidez reconocidas fue 2.362, mientras que durante 2003-2007 es de 2.815, con un incremento de 353 reconocimientos anuales, lo cual demuestra un aumento significativo del número promedio de reconocimientos después de las condiciones establecidas por la norma demandada.

[2] Por lo expuesto, señala, que la norma acusada es justificada, adecuada y proporcionada para alcanzar el "propósito" Constitucional de propender por la Seguridad Social como un servicio público obligatorio, ampliando su cobertura, garantizando la eficacia y sostenibilidad del sistema para que este sea financieramente viable.

En punto al argumento de que la norma acusada no establece un régimen de transición, aclara que el momento en que se configura el derecho en cabeza del trabajador es el de la fecha de estructuración de la invalidez, lo que determina cual es la Ley aplicable al caso concreto. La invalidez no es un hecho concreto porque es un hecho sobreviniente, el cual no se sabe si va a ocurrir; por ello se cataloga como riesgo o contingencia y es susceptible de cubrimiento por parte de una aseguradora para el caso del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pero en el caso de los siniestros no es posible hablar de derechos adquiridos, pues es un hecho incierto que puede ocurrir o no.

Por lo expuesto, concluye que nadie puede alegar que está en vía de consolidar una pensión que está sometida al acaecimiento de un riesgo, como sería un accidente o enfermedad que genera la invalidez, pues nos encontramos ante un riesgo, esto es una circunstancia que puede acaecer o no;

por ello la ley dispone que se destine una porción de los aportes con el fin de cubrir dicha contingencia, previo cumplimiento de los requisitos de ley, para evitar que el afiliado quede desprotegido al no poder continuar con su vida laboral. En conclusión al ser un hecho incierto no es posible determinar su ocurrencia; por ello no puede hablarse de derechos consolidados si no ha ocurrido la invalidez, y así el argumento planteado por el demandante tampoco debe prosperar. Frente a la violación del artículo 53 de la C.P. considera que la norma acusada en ningún momento desconoce las situaciones consolidadas bajo la vigencia de la norma anterior, pues solamente se aplica hacia el futuro para situaciones en que el estado de invalidez ocurra en su vigencia y que éstos son los derechos que según el precepto constitucional son los que no pueden "menoscabarse".

Con base en los fundamentos expuestos solicita desestimar en su integridad las peticiones de la demanda. 3.2. Ministerio de la Protección Social.

Sostiene que la norma demandada no vulnera los artículos 48 y 53 de la Carta, por las siguientes razones: (i) El principio de favorabilidad (Art. 58 C.P.), supone la existencia de dos normas jurídicas que regulan una misma situación y que una de ellas es más favorable, pero ambas disposiciones deben estar vigentes en el momento en que se aplican a un caso en particular. El demandante al sustentar este cargo parte de la comparación de un nuevo régimen frente al modificado, por lo que no se trata de dos disposiciones vigentes, careciendo, por lo tanto, de fundamento su argumentación.

(ii) Precisa que el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 exigía niveles de densidad de cotizaciones bajos en relación con las señaladas por el legislador en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Esto tiene sustento en los niveles de progresividad que debe ofrecer el Estado a través de la cobertura de la seguridad social y en la sostenibilidad financiera que es lo que permite que el sistema pueda ofrecer unas prestaciones sin que puedan afectarse generaciones presentes, pasadas y futuras, asegurando un equilibrio financiero, de manera tal que los niveles de protección que hoy se ofrecen, puedan mantenerse a largo plazo.

Tal condición de progresividad, fue analizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la decisión de febrero 28 de 2003, en el caso "Cinco pensionistas vs. Perú", donde se dijo que "Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva” y su desarrollo progresivo se debe medir en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente. Si bien la seguridad social debe responder a principios de eficiencia, universalidad, integridad, participación, progresividad y sostenibilidad financiera, ninguno de tales principios es absoluto. Por tanto, es perfectamente viable darle aplicación al principio de progresividad en la medida en que el Estado debe ofrecer unos niveles de progresividad a través de la cobertura de la seguridad social, lo que está directamente relacionado con la

sostenibilidad financiera que es lo que permite que el Estado pueda ofrecer unas prestaciones sin que puedan afectarse generaciones presentes, pasadas y futuras, asegurando el equilibrio financiero.

No se vulneran las disposiciones citadas como infringidas, toda vez que en el evento de que quien solicite la pensión por invalidez no llene los requisitos para acceder a tal pretensión, los aportes consignados en su cuenta de ahorro individual, le serán reintegrados en su totalidad (Art. 72 de la Ley 100 de 1993). Por tanto solicita declarar exequible el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

3.3. Federación de Aseguradores Colombianos -Fasecolda-. Plantea la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, argumentando que la formulación de los cargos planteados adolece de dos graves deficiencias, que imposibilitan hacer un juicio cierto frente a la supuesta vulneración del principio de progresividad.

De un lado, el accionante no hace una comparación precisa de las diferencias reales existentes entre la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, acusado. Además, el demandante no tiene en cuenta las modificaciones introducidas al Sistema General de Pensiones en la Ley 860 y la Ley 797 de 2003, y en esta medida realiza un análisis aislado y descontextualizado de la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 a las pensiones de invalidez por origen no profesional, lo que le imposibilita hacer un juicio cierto y preciso de la supuesta regresividad de los requisitos establecidos para acceder a las pensiones de invalidez.

Sostiene que de haber efectuado un análisis integral y no aislado y descontextualizado de la reforma introducida por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el accionante habría llegado a una conclusión opuesta a la que plantea en la demanda, esto es que la norma acusada no vulnera el principio de progresividad, y que adicionalmente, protege fines constitucionales como el de la sostenibilidad financiera del sistema pensional (Art. 48.7 de la C.P.), “que corresponde a su vez al inciso 1º del Artículo 1º del Acto Legislativo 1º de 2005 y protege el derecho al mínimo vital de los afiliados al régimen de ahorro individual que cumpliendo con los requisitos de edad y semanas de cotización, previstos en la ley, no alcancen a reunir el capital suficiente para una pensión de un salario mínimo mensual vigente, que en la actualidad se estima que serán alrededor del 20% de los futuros pensionados de este régimen, y para quienes se creó el Fondo de Garantía de Pensión Minima.

” [3] La norma acusada no es contraria al principio de progresividad (Art. 48 de la C.P.) ni menoscaba los derechos de los trabajadores (Art. 53 de la C.P.), pues si se comparan los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión vitalicia de invalidez ocasionada por riesgo común, con los requisitos definidos posteriormente en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, se constata que este último artículo impuso “ condiciones diferentes pero no más restrictivas” que las inicialmente previstas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Por tal razón, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 no es contrario al principio de progresividad. De la lectura del artículo 39 (inicial) de la Ley 100 de 1993, resalta que la norma establecía un requisito diferente, dependiendo de si el afiliado al sistema pensional se encontraba o no cotizando para la fecha en la que se configuró su estado de invalidez, a saber:

i) Si se encontraba cotizando para cuando se estructuró su estado de invalidez, se le exigía haber cotizado al sistema, como mínimo 26 semanas, con anterioridad a la citada invalidez. ii) Si no se encontraba cotizando para cuando se consolidó su estado de invalidez, se le exigía haber cotizado como mínimo 26 semanas del año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez. Por su parte, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, eliminó el trato diferenciado entre los afiliados que se encontraran cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran haciendo, para el momento en el que se estructura su estado de invalidez, y estableció unos mismos requisitos para todos los afiliados, salvo para los jóvenes menores de 20 años de edad, que se invalidaran, para quienes se estableció un tratamiento especial (parágrafo 1º, artículo 1º Ley 860 de 2003).

Resalta además, que si bien la norma acusada aumentó el número de semanas mínimas de cotización de igual manera aumentó el plazo de tiempo que sería tenido en cuenta para que el afiliado (cotizante activo o no) reuniera las citadas semanas mínimas de cotización (se pasó del año inmediatamente anterior a la configuración de la invalidez a los tres (3) años anteriores estructuración de la invalidez). Este requisito favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior (artículo 39 de la Ley 100 de 1993), se encontraban excluidos del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez, dado que, si para la fecha de consolidación del estado de invalidez no se encontraban cotizando y sí reunían 26 semanas o más de cotización, pero éstas no eran en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, les era negado el derecho a la pensión vitalicia de invalidez. El artículo 1º de la Ley 860 de 2003, responde mejor a la situación de inestabilidad del mercado laboral colombiano que el artículo 39 inicial de la Ley 100 de 1993. De tal inestabilidad del mercado laboral colombiano se deriva en que sólo el 39% de las personas afiliadas al sistema pensional pagan su cotización en un mes dado (este porcentaje se denomina densidad de cotización y refleja el porcentaje de afiliados que efectivamente cotizan al sistema pensional) [4] .

Teniendo en cuenta lo anterior, bajo el requisito establecido en el literal a) del artículo 39 (inicial) de la Ley 100 de 1993, de estar cotizando en el momento de configurado el estado de invalidez, tan sólo el 39% de los afiliados podrían potencialmente ser beneficiarios de la pensión de invalidez, siempre y cuando, reunieran adicionalmente las 26 semanas mínimas de cotización.

Sobre el requisito establecido en el literal b) del artículo 39 inicial de la Ley 100 de 1993, de haber cotizado 26 semanas de las 52 semanas anteriores a la estructuración del estado invalidez (un año), se deriva que estaba imponiendo una densidad de cotización del 50%, que dista de la realidad del mercado laboral colombiano en donde la densidad de cotización promedio, como se mencionó en apartes anteriores, es del 39%, y que implica la exclusión de la mayoría de los trabajadores que no tienen empleos permanentes, del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez.

El artículo 1º de la Ley 860 acusado, establece haber cotizado 50 semanas en los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración la invalidez. Este requisito supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, lo que es equivale a tener una densidad de cotización en promedio de 32%, la cual es menor a la del mercado laboral (39%), con lo cual se favorece a todos los trabajadores que no poseen un empleo permanente.

De la comparación del artículo 1º de la Ley 860 acusado, frente al artículo 39 inicial de la Ley 100, respecto de los requisitos de semanas mínimas de cotización y el tiempo en el que tales semanas se debieron haber cotizado, se concluye que la norma acusada no vulnera el principio de progresividad pues: (i) da un mismo tratamiento a todos los afiliados, a diferencia de lo que ocurría en el artículo 39 inicial de la Ley 100, y (ii) tiene en cuenta la realidad del mercado laboral a diferencia del artículo 39 inicial de la Ley 100, establece exigencias que resultan inferiores a la densidad de cotización del sistema pensional colombiano.

De igual manera, el requisito de fidelidad al sistema, incluido por el artículo 1º de la Ley 860 acusado, y que no se encontraba previsto en el artículo 39 inicial de la Ley 100 de 1993, consistente en que el afiliado haya cotizado al sistema pensional por lo menos la quinta parte del tiempo transcurrido desde que cumplió 20 años de edad hasta la fecha de configuración de la invalidez (es decir, exige una densidad de cotización del 20%), tampoco vulnera el principio de progresividad dado que: (i) es inferior a la densidad de cotización del sistema pensional (definida en el 39% según la Superintendencia Financiera), (ii) guarda coherencia con el comportamiento real del mercado laboral colombiano e (iii) incentiva la afiliación y cotización al Sistema General de Pensiones y con ello, promueve y fortalece tanto el principio constitucional de solidaridad en el que se funda este Sistema como la sostenibilidad financiera del mismo.

Concluye, que de la comparación de los requisitos establecidos en el artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión vitalicia de invalidez ocasionada por riesgo común, con los requisitos definidos posteriormente en el

artículo 1º de la Ley 860 de 2003, se constata que este último artículo impuso condiciones diferentes, pero no más restrictivas que las inicialmente previstas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que adicionalmente guardan mayor coherencia con la realidad del comportamiento del mercado laboral colombiano, que promueven y fortalecen los principios constitucionales de solidaridad y de sostenibilidad financiera en los que se basa el Sistema Pensional colombiano, y con ello, respetan el principio de progresividad.

Indica que "resulta indispensable tener en cuenta que además de los cambios a los requisitos para acceder a la pensión vitalicia por invalidez, las citadas leyes disminuyeron el porcentaje de la cotización destinado a financiar la prima de Fogafín, la prima del seguro previsional (con el que se cubre el riesgo de invalidez y muerte de los afiliados al sistema pensional) [5] y los gastos de administración (inciso 3 del artículo 7 de la Ley 797 de 2003) y ordenaron trasladar dicho porcentaje (0.5%) [6] al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, para la protección del derecho al mínimo vital de quienes, cumpliendo con los requisitos de edad y semanas de cotización, no alcancen a reunir el capital suficiente para una pensión de un salario mínimo mensual vigente ordenado (inciso 3 del artículo 7 de la Ley 797 de 2003), y que se estima que serán alrededor del 20% de los futuros pensionados de este régimen pensional." Resaltó igualmente que el Sistema General de Pensiones mantuvo el derecho, establecido en la Ley 100 de 1993, de que en caso de que el afiliado que sufra una invalidez no reúna los requisitos para acceder a una pensión vitalicia, reciba una indemnización sustitutiva.

Por tal razón, señala que al analizar los cambios incluidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 en contexto y en interrelación con las demás modificaciones introducidas al Sistema General de Pensiones en la Ley 860 de 2003 y en la Ley 797 de 2003, se concluye que éste no vulnera el principio de progresividad, y que adicionalmente, protege fines constitucionales como el de la sostenibilidad financiera del sistema pensional (Art. 48, inc. 7 de la Constitución) y protege el derecho al mínimo vital de los afiliados al régimen de ahorro individual, a quienes se destinan los recursos del Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

3.4. Universidad del Rosario. El Decano de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, sostiene que el articulo 1º de la Ley 860 de 2003, debe declararse exequible por las siguientes razones:

El requisito de densidad de semanas contempla requisitos menos gravosos para acceder a la pensión de invalidez. En efecto, si se compara el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, establecía:

"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. 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." Con dicha norma se exigía en un lapso de tiempo de un (1) año, que se cotizara al menos la mitad del mismo, si el afiliado no estaba cotizando. En últimas, exigía cotizar el 50% del tiempo tomado como referencia todo ello para hacer viable la efectividad del seguro de invalidez que compra la AFP, con un porcentaje de la cotización.

Por su parte el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, objeto de estudio exige cotizar un mínimo de 50 semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez de manera que resulta fácil deducir que exige haber cotizado la tercera parte del lapso tomado como referencia a la vez que la Ley 100 de 1993, que exigía cotizar la mitad del tiempo tomado como referencia.

Por tanto, la acción de inconstitucionalidad examinada, parte de un error al considerar que la exigencia de cotizar la tercera parte de un tiempo es más gravosa que la de cotizar la mitad del período de referencia, de manera que la norma estudiada no puede considerarse como regresiva.

Sobre el requisito de fidelidad al sistema, plantea la cosa juzgada material al estimar que el requisito de fidelidad, reproducía lo dicho en materia de pensión de sobrevivientes, caso sobre el cual la Corte Constitucional ya se pronunció en la sentencia C-1094 de 2003 cuando sostuvo:

"De conformidad con las precedentes consideraciones, la Sala declarará inexequible el parágrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, y sólo por los cargos analizados, se declarará la exequibilidad del resto del artículo en referencia, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 será exigible haber cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha se su muerte." Sobre la no inclusión de un régimen de transición sostiene que el actor olvida que los derechos adquiridos conforme a derecho, no se afectan por la entrada en vigencia de esta reforma.

3.5. Universidad Nacional de Colombia. En el escrito presentado a la Corte Constitucional, la Universidad Nacional considera que la norma debe ser declarada inconstitucional.

Sostiene que las disposiciones internacionales, entre ellas, la Declaración Universal de 1948, El Pacto Internacional de los Derechos y Deberes del Hombre, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, erigen como el instrumento que retoma todo un sentimiento de la humanidad a fin de adoptar una cultura de respeto de unos mínimos derechos fundamentales, y de la adopción de mecanismos para su protección, a través de instrumentos internacionales que los Estados se han comprometido a respetar. Colombia no puede ser ajeno a esta normatividad.

Considera que una de las características de los Derechos Humanos es el de progresividad, " éste mandato se vuelve en sí mismo una regla constitucional, la cual es aplicable a cualquier tipo de derecho humano, a la vez que su aplicación depende del estado actual del mismo en un contexto determinado. Así las cosas, como quiera que la Corte Constitucional, en numerosos pronunciamientos ha sostenido que la progresividad se erige en un principio; luego éste se constituye como una regla de conducta jurídica que no debe admitir excepción alguna. Lo anterior quiere decir que, la cualidad antagónica de los derechos derivados de la Seguridad Social, cual es la regresividad, deviene en su inconstitucionalidad".

No obstante lo anterior, 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 le 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 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 absurdo.

Retomando los elementos que contempla la Corte para admitir la posibilidad de "retroceder" en un derecho afectando el principio de progresividad, aduce que es posible establecer que las medidas implementadas mediante la Ley 860 de 2003 son claramente injustificadas y desproporcionadas, toda vez que duplica el aspecto cuantitativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, a la vez que exige un requisito de fidelidad que, lejos de favorecer la población con más cotización, impacta negativa y significativamente a los grupos poblacionales de mayor edad.

Concluye que el legislador, en la norma objeto de estudio, estableció (i) requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica; (ii) no tiene razones suficientes para disminuir el nivel de protección; (iii) impacta con mayores efectos perjudiciales a personas sujetas de especial protección; y (iv) se abstiene de adoptar medidas que permitan evitar la afectación desproporcionada de los intereses de las personas. Es así que en opinión de la Universidad Nacional, la norma no superó un análisis de proporcionalidad y de justificación constitucional, y no puede continuar vigente a la luz de la Carta Política.

3.6. La Academia Colombiana de Jurisprudencia. La Academia Colombiana de Jurisprudencia participa en este proceso mediante escrito presentado a la Secretaría General de esta Corporación. Señala compartir los argumentos del demandante solicitando la declaratoria de inconstitucional de la disposición acusada.

Sostiene que la norma que se acusa es inconstitucional toda vez que, como lo afirma el accionante, ésta es regresiva por exigir más cotizaciones y un concepto nuevo de fidelidad. Tal regresión no es válida, especialmente cuando se trata de reglamentar las condiciones necesarias para que un afiliado obtenga su pensión de invalidez en el Sistema de Seguridad Social . “En un Estado social de derecho la protección al ser humano es uno de los requisitos inequívocos para que exista, esta premisa no se cumple cuando se hace más gravoso para el inválido obtener la pensión de invalidez”.

Seguidamente, en el escrito se citan dos sentencias de tutela, T-043 y T-580 de 2007, en las que para resolver el caso concreto en casos de pensión de invalidez se acude a la figura de la excepción de inconstitucionalidad precisamente porque la Corte, en estos casos en particular, encontró que las disposiciones que se demandan son regresivas con lo que se incumple el principio de progresividad.

3.7. Central de Trabajadores de Colombia –CUT-. Mediante escrito presentado a esta Corporación, la Central de Trabajadores de Colombia coadyuva la demanda de inconstitucional objeto de estudio. Manifiesta compartir los argumentos del accionante por lo que solicitó la declaratoria de inexequibilidad de la norma demandada.

Advierte que a partir de la vigencia de la Constitución Política de 1991, se le reconoce la seguridad social la importancia que se le ha dado en el orden internacional para la realización de los fines del Estado social de derecho. Muestra de ellos son los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución, que le reconocen a la seguridad social un carácter de servicio público obligatorio, derecho irrenunciable y principio de garantía a toda persona. La seguridad social se encuentra incluida dentro de los derechos sociales y económicos, catalogados históricamente como derechos humanos bajo la denominación de derechos de contenido prestacional, ha sido reconocido por diferentes instrumentos internacionales.

Sostiene que el criterio según el cual los objetivos de la seguridad social deben comprender a todo el conglomerado, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados;

proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, etc.

Tales fines sociales se concretan en el bienestar de toda la comunidad a través del cubrimiento de riesgos profesionales y servicios sociales complementarios.

También comprende la garantía que debe otorgarse a los sujetos de especial protección constitucional como son las personas gravemente enfermas, los disminuidos físicos psíquicos y sensoriales; los mayores adultos, entre otras.

Aduce que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el concepto de progresividad que alimenta a la seguridad social. En estas sentencias la Corte ha determinado que: (i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos; (ii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas; y (iii) 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 del 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 progresividad” aunando a que en virtud de la conexión intima que guarda dicho principio de

progresividad con el derecho a la igualdad, esta Corporación ha manifestado que " cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisible ".

Considera que dentro de las razones que llevaron al legislador a proceder con la modificación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, no se avizora el cumplimiento de ninguna de las exigencias claramente explicadas por el intérprete constitucional y por los organismos internacionales que han, en detalle, señalado los requisitos mínimos para la adopción de normas regresivas en materia de seguridad social, toda vez que la norma acusada evidentemente agrava los requisitos para la pensión de invalidez.

3.8. Confederación General del Trabajo –CGT-. El secretario general de la CGT, mediante escrito presentado ante la Secretaría General de la Corte Constitucional, solicitó declarar la disposición demandada inconstitucional, con fundamento en los argumentos que se resumen a continuación:

Manifiesta que no tiene sentido que la Ley 100 de 1993, que establecía normas para acceder a la pensión de invalidez, pretenda ser sustituida por otra disposición como la acusada, que hace más gravosos los requisitos para su reconocimiento, pues ésta cambia las reglas de juego a los ciudadanos y trabajadores, desconociendo los derechos adquiridos consagrados en el artículo 58 de la Carta Política.

Señala que la Corte Constitucional se ha pronunciado varias veces respecto de las normas que tienen carácter regresivo. En su jurisprudencia ha señalado que el legislador no puede adoptar medidas que impliquen un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior. Este tipo de normas deben presumirse inconstitucionales por la medida regresiva, que no es más que la inaplicación del principio de progresividad, salvo que la medida sea proporcionada, adecuada y justificada, elementos que no confluyen en la norma objeto de revisión constitucional.

3.9. Grupo Asesor de Derecho Internacional Público. Mediante escrito de intervención, solicita que se declare la inexequibilidad de la norma acusada toda vez que ésta es regresiva en materia de derechos sociales pues exige el doble de semanas de cotización e introdujo un régimen de fidelidad como nuevos requisitos para adquirir la pensión de invalidez.

Señaló que " el límite que el derecho internacional establece para Colombia con respecto a la progresividad de los derechos sociales, en particular al de las pensiones, es mayor y más exigente que cualquier test de proporcionalidad de la Corte Constitucional. Se puede entender entonces, que una norma que es regresiva en materia social debe tener una justificación y deliberación, de lo contrario debe ser eliminada del ordenamiento en virtud de los compromisos que ha adquirido Colombia mediante los tratados internacionales".

4. Concepto del Ministerio Público. El Procurador General de la Nación, mediante escrito presentado en término, ante la Secretaria General de esta Corporación, solicita la declaratoria de inexequibilidad de los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 por desconocimiento de los artículos 13, 48, 53, 93 y 366 de la Constitución Política. Fundamento esta solicitud con los argumentos que se resumen a continuación:

Considera que la jurisprudencia constitucional ha explicado de manera reiterada que el Legislador tiene un papel esencial en materia de regulación de la seguridad social [7] . Al mismo tiempo la Corte también ha señalado los límites que tiene el legislador en materia de derechos fundamentales y ha sostenido que constituye un retroceso que el legislador cree normas que no cumplan con el principio de progresividad [8] .

El Ministerio Público señala que el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, ya que su finalidad es proteger a personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que el reconocimiento de dicha pensión entra a convertirse en la única

fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos dada su discapacidad.

Advierte que el objeto del control constitucional es garantizar la compatibilidad de toda la institucionalidad y la juridicidad con los principios y valores plasmados en la Constitución, las tensiones que en el tráfico normativo puedan suscitarse deben resolverse dentro del marco señalado.

Considera que los tratados sobre derechos humanos ratificados por Colombia respecto del derecho a la seguridad social conforme al artículo 93 de la Carta Política y en punto concerniente a la pensión de invalidez, han de tenerse en cuenta al momento de interpretar si las disposiciones legales se ajustan a los preceptos constitucionales. Es por ello, que ha de admitirse la doctrina de instancias tales como la Corte Europea de Derechos Humanos en torno al derecho a la seguridad social expresado en la protección al derecho a la pensión de invalidez, en la medida que allí se hagan interpretaciones de mayor protección a las previstas en la Carta Política.

Determina que medidas como las contenidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que no obstante buscan proteger la especialidad y viabilidad financiera del Sistema de la Seguridad Social, se muestran injustificadamente regresivas y son desproporcionadas porque imponen requisitos más gravosos para acceder a la pensión de invalidez. A juicio del Ministerio Público, una norma podrá imponer un cambio regresivo en el sistema sólo cuando el legislador haya garantizado la cobertura del mismo, por lo que en el presente caso considera que se ha disminuido el nivel de protección alcanzado en la legislación anterior y se está afectando a personas discapacitadas, sujetos de especial protección por parte del Estado, con desconocimiento de los lineamientos trazados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contenidos en la observación general número 3 [9] en esta materia.

II. CONSIDERACIONES. 1. Competencia. En virtud de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4° de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer la presente demanda.

2. Problema jurídico. Corresponde a esta Corporación establecer si la norma demandada resulta contraria al Ordenamiento Superior y a los instrumentos internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos y, en especial, si desconoce los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. Para esto, se analizarán los siguientes aspectos: (1) Si el legislador, al expedir la Ley 860 de 2003 en el artículo 1°, numerales 1 y 2, y que reformó el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, vulneró el principio de progresividad del derecho a la seguridad social, al modificar el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de invalidez, contradiciendo la Constitución, y (2) Si el legislador, al modificar las condiciones para acceder a la pensión de invalidez introduciendo un requisito de fidelidad consistente en la exigencia de cotización del veinte por ciento del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, contraría la Constitución, toda vez que el régimen anterior [10] tan solo exigía: (a) que el afiliado que se encontrara cotizando al régimen hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas, al momento de producirse el estado de invalidez o, (b) que el afiliado 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 produjera el estado de invalidez.

Aun cuando se admitió la demanda contra la totalidad del artículo 1 ° de la Ley 860 de 2003, el pronunciamiento se contraerá a sus numerales 1° y 2°, pues los cargos formulados sólo guardan relación con estos últimos y no se refieren al contenido normativo de los parágrafos 1° y 2°.

3. Consideraciones generales. 3.1. Inexistencia de cosa juzgada respecto del requisito de fidelidad al sistema. Alcances de la sentencia C-1094 de 2003.

3.1.1. La Corte, al analizar una demanda formulada contra el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (pensión de sobrevivientes), arribó en la citada Sentencia C-1094 de 2003 a las siguientes conclusiones:

“Al revisar los antecedentes de la norma, constató que el artículo 16 del proyecto de ley, proponía unos requisitos diferentes a los que finalmente fueron aprobados, dado que en la ponencia para primer debate se propuso modificar los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en el sentido que no se establecieran en términos de semanas sino de “densidad de cotización”.

Allí se cuestionaba que (i) se consagraran exigencias diferentes para comprobar la fidelidad de la afiliación al sistema general de pensiones, dependiendo de la causa que ocasionara el fallecimiento del afiliado, esto es, haber cotizado el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento, si la muerte es causada por “enfermedad” , o el 20% por el mismo rango si la muerte es causada por “accidente”; (ii) se establezca que se aplicará lo prescrito para “accidente” si la causa del fallecimiento es “homicidio” , y que se aplicará lo dispuesto para “enfermedad” si es “suicidio” .

De igual manera señaló, que “ Para tener derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivencia causada por enfermedad común, se exige que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es del 20% de cotización durante el mismo período ” [11] .

Como justificación de la propuesta se argumentó que “ Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes ”.

3.1.2. Sobre este punto es oportuno destacar que este Tribunal, en la mencionada Sentencia C-1094 de 2003, dejó en claro que como la finalidad aducida por el legislador al expedir la Ley 797 de 2003 (propiciar una cultura de afiliación al sistema general de pensiones y controlar los fraudes), no fue cuestionada por los actores en su demanda, tal motivación no sería objeto de pronunciamiento por la Corte en dicha oportunidad (Expediente D-4659). En tal sentido precisó que como lo impugnado en esa oportunidad por los accionantes, fue “el trato diferente no justificado ni razonable que la ley dispensa a los miembros del grupo familiar de quien muere por enfermedad o por accidente, así como la extensión de los mencionados porcentajes diferentes a los casos de suicidio y homicidio”, sobre ese punto especifico era que habría de pronunciarse y en tal medida señaló:

“si bien no se desconoce que puedan ocurrir algunos eventos en los cuales el deceso del afiliado se produzca por negligencia o descuido de su parte, ello no es suficiente respaldar su generalización y, de paso, desestimar que, por principio, las muertes por enfermedad se producen por factores ajenos a la voluntad del afiliado, que responden a aspectos como aquellos propios de la evolución de la enfermedad, la cobertura y exclusiones del sistema de seguridad social, el tipo de afiliación, la capacidad económica de la persona, la ubicación geográfica y la eficacia de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo del Estado, entre otros. Estas circunstancias y la ausencia de argumentos para sustentar la distinción de trato frente a la muerte causada por accidente, hacen que la referida diferenciación carezca de fundamento razonable que la justifique desde una perspectiva constitucional.

La restricción es igualmente injustificada desde el punto de vista de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a quienes se les impone una condición más gravosa, basada en circunstancias ajenas a su voluntad.

Así entonces, no hay criterios objetivos que comprueben que la muerte por enfermedad de un afiliado al sistema general de pensiones deba merecer una exigencia superior a la fijada para los casos de muerte por accidente, cuando se trata de fijar la “densidad de cotización” para efectos de la pensión de sobrevivientes.

Así mismo, carece de fundamento razonable y suficiente la distinción que el legislador introduce para establecer la densidad de cotización a partir del suicido u homicidio como causas de fallecimiento del afiliado. Este criterio, por sí solo, no es suficiente para soportar tal tipo de diferenciación entre los miembros del grupo familiar del afiliado en uno y

otro caso, máxime si actúan como contrapeso los principios constitucionales de igualdad y universalidad de la seguridad social.

Además, en consideración a los efectos del siniestro, no es razonable afirmar que en los casos de suicido se ponga en mayor riesgo la finalidad perseguida por el legislador, esto es el fomento de la cultura de la afiliación a la seguridad social o el control de los fraudes al sistema, que aquél que pueda derivarse de las muertes causadas por accidente. Se vulnera pues el derecho a la igualdad al exigir esos porcentajes diferentes.

De conformidad con las precedentes consideraciones, la Sala declarará inexequible el parágrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, y sólo por los cargos analizados, se declarará la exequibilidad del resto del artículo en referencia, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 será exigible haber cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha se su muerte.

VI. DECISION RESUELVE: (..) Tercero. Declarar inexequible el parágrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y Exequible, por los cargos analizados en esta Sentencia, el resto de este artículo, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 será exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte." 3.1.3. Acorde con lo expuesto, la Sala estima, que para el caso no se está en presencia de una cosa juzgada en relación con el requisito exigido de "fidelidad del sistema" y de cara a las razones invocadas en la motivación de la norma donde se invoca que la misma se expide "con el fin de propiciar la cultura de afiliación al sistema general de pensiones y la de controlar los fraudes".

Se estima, que tales aspectos no fueron cuestionados por los actores en la Sentencia C-1094 de 2003. Como se indicó anteriormente, ya que lo debatido en dicha oportunidad fue la desigualdad de consagrar diferente rango de fidelidad para reclamar la pensión de sobrevivientes por "enfermedad o accidente" y por "homicidio y suicidio" [12] .

En ese orden de ideas, la Corte declaró para el caso inexequible el parágrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y exequible, pero solo por los cargos analizados en esa providencia, el resto de este artículo, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2º sería exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte.

3.1.4. Igualmente, en sentencia C-1056 de 2003, la Corte analizó, entre otras, la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003, disposición que tenía un contenido normativo muy similar al del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, aquí demandado. Sin embargo, en dicha ocasión se revisó solamente el aspecto procedimental en el trámite de la Ley 797 de 2003, encontrando la Corte que se omitieron pasos indispensables del proceso legislativo. En aquella ocasión, la Corte señaló que:

" Del trámite especifico de cada uno de los artículos 11, 18, 21 y 23 de la Ley 797 de 2003 en el Congreso de la Republica que ya se resumió en esta Sentencia y que ahora se analiza, surge entonces con absoluta claridad, que mediante proposición aprobada en al sesión del 18 de Diciembre de 2002, fueron suprimidos del texto del proyecto de Ley sin que se votara sobre su contenido, (Acta No 18 de 10 de diciembre de 2002).

- Por lo que hace al artículo 11, no fue incluido en la ponencia para Segundo Debate el en Senado (Gaceta del Congreso No 616), ni tampoco fue aprobado en el Senado de la Republica, según el texto definitivo del proyecto publicado en la Gaceta del Congreso No 161 de 14 de abril de 2003 pagina 5.

Este artículo fue introducido " artículo nuevo" durante el debate en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes, por el representante Manuel Enríquez Rosero como Proposición Aditiva No 22 (Cuaderno No 4- pruebas enviadas por la Cámara de Representantes).

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 el (SIC) no se decidió ni por las Comisiones Séptimas en las sesiones conjuntas, ni tampoco por Senado de la Republica, no obstante lo cual fue sometido a conciliación y así se dio por aprobado en el texto de la ley ” Ante esto, se declaró inexequible el artículo al no haberse debatido la norma de acuerdo con la normativa aplicable. El análisis se contrajo exclusivamente a los aspectos procedimentales, absteniéndose de entrar al análisis de fondo del dispositivo normativo.

3.1.6. Las anteriores consideraciones indican entonces que no se puede hablar de cosa juzgada, por cuanto las declaraciones de inexequibilidad analizadas se limitan a aspectos específicamente invocados en cada una de las demandas de inconstitucionalidad, ninguno de los cuales se ataca en el actual proceso. Por ende, no existiendo cosa juzgada frente a la situación planteada por el demandante, es procedente entrar a analizar de fondo el articulado demandado.

3.2. Evolución normativa en relación con los requisitos para obtener la pensión de invalidez en el régimen común. 3.2.1. En lo pertinente a los requisitos para obtener el reconocimiento y pago de esta prestación previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (texto original), se establecía el acceso a la pensión de invalidez para los afiliados que acreditaran una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% y que, a su vez, se encontraran en alguno de los siguientes eventos: (i) estuvieren cotizando al régimen y tuvieren aportes equivalentes a por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; (ii) hubieren dejado de cotizar al sistema, pero acreditaren aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

[13] 3.2.2. Esta norma fue modificada por el artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003 [14] que estableció que el afiliado que hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral debía: (i) en el caso de enfermedad común , acreditar 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y su fidelidad de cotización para con el sistema debía ser de al menos el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplieron 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; (ii) para el caso de invalidez originada en accidente de trabajo , sólo se exigía el requisito de la cotización mínima de 50 semanas.

[15] No obstante, esta disposición fue declarada inexequible por esta Corporación en la sentencia C-1056 de 2003, debido a vicios de procedimiento en su formación.

3.2.3. Los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron nuevamente modificados por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que dispuso que tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que sea declarado inválido en más de un 50 % y además acredite las siguientes condiciones:

(i) En caso de invalidez causada por enfermedad se exige “haber 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.” (ii) En caso de invalidez causada por accidente se exige “ haber 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.

Quedan exceptuados de dicha obligación “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 1º), así como “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.” (Parágrafo 2º).

3.3. El principio de progresividad de los derechos sociales constitucionales y la prohibición de regresividad. 3.3.1. Tanto la Constitución Política como otros cuerpos normativos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, consagran el principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social, y la prohibición, prima facie, de adoptar las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales.

El principio de progresividad de los derechos sociales está establecido en el artículo 48 de la Carta y desarrollado en numerosos instrumentos internacionales, consistiendo básicamente en que el Legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas [16] para hacerlo.

En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -intérprete autorizado del PIDESC- y el Pacto de San José de Costa Rica [17] enuncian compromisos frente a la progresividad de la legislación en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado: “ La doctrina sobre la prohibición prima facie de las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales es ampliamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales de derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del PIDESC, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP Art. 93) [18] , ha señalado en varias oportunidades que 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 ” [19] .

Y esa instancia internacional ha reiterado ese criterio en las observaciones generales sobre el alcance de distintos derechos. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud, señala que frente a todos los derechos sociales “ existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas ”, y por ello “ si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.

[20] ” ” [21] Esta Corporación, retomando e interpretando las normas tanto de la Constitución como de los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad [22] , ha señalado que 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 por el estándar logrado. En otras palabras, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, por contradecir, prima facie , el mandato de progresividad [23] .

3.3.2. A pesar de lo anterior, la prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, significando lo anterior que, si bien un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo.

La jurisprudencia ha determinado que para que pueda ser constitucional el cambio normativo regresivo [24] , las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese retroceso en el desarrollo de un derecho social. La sentencia C-507 de 2008, tratando el tema, destacó que “ la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata ”, por lo que la exigibilidad de los derechos sociales “ está sometida a una cierta ‘gradualidad progresiva’ ” de manera que el Estado solo está obligado a brindar un cubrimiento “ hasta el máximo de los recursos posibles ”, situación contemplada en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Esta circunstancia ubica al Estado en la búsqueda del mayor nivel de satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales, aunque reconociendo la existencia de limitaciones objetivas que impiden que esta sea universal e inmediata. Así, el mandato de progresividad se constituye como un dispositivo que cuenta con la “ flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales [, en el que se establece] una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible ” [25] con miras a lograr el objetivo del cubrimiento completo y universal para la población. En el mismo sentido, y como garantía de compromiso con la progresividad, está claro que una norma que se presente como desfavorable frente al estándar de protección en materia de derechos económicos, sociales y culturales, habrá de presumirse regresiva [26] , por lo que se impone una carga especialmente rigurosa al Estado que se vea en la necesidad de aplicarla, de darle una consideración particularmente cuidadosa a la medida, que además deberá justificarse plenamente, como única forma para desvirtuar la presunción. Al respecto, la Corte ha señalado [27] :

Como ya lo ha explicado esta Corte, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja [28] .

En todo caso, la Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad. A este respecto la Corte ha señalado: “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” [29] .

(..) si se aportan razones suficientes para demostrar que, en todo caso, no existe retroceso en la satisfacción del derecho o cuando el Estado aporta razones suficientes para demostrar que luego de una juiciosa evaluación de las alternativas existentes, la decisión era necesaria para alcanzar un objetivo constitucional imperioso. Ante una medida regresiva, la carga de probar que la misma no vulnera la Constitución, se traslada a la autoridad que la adopta.

En el caso citado, al realizar el juicio de proporcionalidad, la Corporación consideró que la medida perseguía una finalidad legítima pues buscaba reducir el déficit fiscal. Sin embargo, encontró que el Gobierno no había presentado razones suficientes para demostrar que, luego de un análisis juicioso y detallado de todas las alternativas, era posible concluir que no existía otra medida tan eficaz como la estudiada pero menos lesiva del derecho de acceso a la educación pública superior [30] .” Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que las medidas regresivas, que disminuyen el nivel de protección ya alcanzado de un derecho social, se presumen contrarias al Pacto, pero no están absolutamente prohibidas, en el sentido que debe entenderse que el principio de la conservación de la condición más beneficiosa frente a cambios legislativos opera también como una prohibición prima facie , pero no como una interdicción absoluta de las medidas regresivas. Por tanto -se repite- no existe entonces

una prohibición definitiva, sino que solo se predica en principio y con anterioridad a una justificación válida por hacer más exigentes las regulaciones pensionales.

[31] Adicionalmente, la Corte, en la sentencia C-177 de 2005, se refirió a la refutación de la llamada “teoría de la irreversibilidad”, pues si bien ésta encuentra terreno fecundo en épocas de desarrollo y crecimiento de las economías estatales -cuando existen presupuestos suficientes y donde es posible mantener y aumentar las inversiones de carácter social-, luego, en épocas de crisis económica con presupuestos estatales limitados, se llega a un punto en el que la propia prestación del servicio está en peligro de suspenderse o en la inminencia de incumplir el mandato que inspira el Estado Social del Derecho. Dijo la citada sentencia:

“La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada teoría de la irreversibilidad que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso:

‘En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente’ .

1 “De aplicarse el criterio del actor, se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora".

3.3.3. Frente a la protección de los derechos económicos sociales y culturales, en concreto los relativos al tema pensional, debe insistirse en que es inaceptable la “petrificación constitucional de los regímenes pensionales” a la que se llegaría de optar por acoger sin reserva la tesis de la irreversibilidad absoluta del estándar de protección. Como se ha visto, esta inamovilidad en materia pensional no tiene asidero a la luz de la doctrina jurídica contemporánea, por cuanto la trascendencia de los hechos económicos y sociales lleva a que en ciertas circunstancias sean necesarias restricciones puntuales en estas materias. No puede desconocerse que los Estados y las sociedades pueden enfrentar momentos y períodos de severas restricciones económicas y abruptos cambios sociales que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección alcanzado previamente. Consecuente con lo anterior, la Corte ha reiterado que la prohibición de los retrocesos en materia de derechos económicos sociales y culturales no es absoluta sino que “debe ser entendida como una prohibición prima facie”, lo cual significa que “un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable” [32] .

Aparte de lo anterior cabe resaltar que dentro de un Estado Social de Derecho se debe tener en cuenta el contexto económico y social con el fin de evitar las inequidades y los efectos perversos de los fallos de constitucionalidad. Así lo ha manifestado esta Corporación, cuando ha establecido que la labor del juez constitucional en un Estado Social de Derecho, no excluye la valoración constitucional de aspectos socioeconómicos que resulten pertinentes para solucionar el problema jurídico respectivo. Esta Corporación ha reconocido que “[e]n las sentencias (…) sobre las instituciones rectoras de la política macroeconómica o sobre las metas de la misma, la Corte les había reconocido a [las] variables [socioeconómicas] un valor constitucional [33] . Un claro ejemplo de lo anterior aparece en relación con las sentencias

sobre las leyes anuales de presupuesto cuando ha resaltado la importancia de ponderar la racionalización del gasto público en el análisis constitucional [34] .

También ha sido explícita en valorar las metas de la política macroeconómica en coyunturas críticas como manifestaciones de un interés general imperioso [35] ” .

3.3.4. Así, con fundamento en el principio de progresividad de los derechos sociales y de no regresividad de las normas sobre seguridad social, no se puede concluir que las regulaciones sobre regímenes pensionales sean absolutamente inmodificables. Excepcionalmente, cuando exigentes circunstancias lo ameriten y se encuentre plenamente justificado, puede proceder la revisión legislativa o constitucional de las normas pensionales en defensa del interés general, de la concreción de otros principios como la ampliación progresiva de la cobertura social o de la realización de políticas sociales y económicas para lograr la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y asegurar el bienestar de futuras generaciones.

3.4 El principio de favorabilidad en materia laboral 3.4.1. En el mismo sentido y en lo que compete a la condición más favorable o más beneficiosa en el ámbito laboral y al no menoscabo por la ley de los derechos de los trabajadores, el artículo 53 C.P.

[36] reconoce que las nuevas normas de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables consolidadas previamente para los trabajadores, de modo que las más beneficiosas para el trabajador deben ser reconocidas y respetadas por las leyes posteriores. El principio de favorabilidad en materia laboral “opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho. La razón de ser de este principio es la protección al artífice de la perfección social que es el trabajador, en razón de su situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral. El trabajador no puede ser sometido a principios de desfavorabilidad, porque ello supondría una acción en desmejora de beneficios adquiridos, y tenidos como fines del Estado Social de Derecho (Cfr. Preámbulo), en aras de fortalecer cuestiones subordinadas al artífice del trabajo” [37] . En aplicación de lo anterior, la Corte ha dicho:

“Dentro de este marco, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido los requisitos para que en un caso concreto pueda argumentarse la existencia de una duda sobre la legislación aplicable, la cual permita la aplicación del principio en comento. En efecto, la sentencia T-1268 de 2005, al estudiar un caso similar a los planteados en la referencia, estimó como la favorabilidad laboral resulta aplicable “no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los elementos del principio de favorabilidad laboral son (i) la noción de “duda” ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y (ii) la noción de “interpretaciones concurrentes” ”.

|| En estos aspectos, la Corte ha considerado que la “duda” debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.” En cuanto a la razonabilidad de la duda que precede a la aplicación del principio de favorabilidad laboral, la Corte también ha identificado requisitos definidos. Al respecto, la sentencia T-545 de 2004 consideró que la utilización del citado principio estaba supeditada, en todo caso, a la presencia de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales de derecho, la cual debe estar precedida de un número plural de interpretaciones que son consideradas como razonables y objetivas . Para que estos

requisitos concurran en el caso concreto, debe comprobarse que tales interpretaciones concuerdan con criterios de (i) corrección de la fundamentación jurídica;

(ii) aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) corrección y suficiencia de la argumentación. [38] ” [39] 3.4.2. Sin embargo, al igual que frente al principio de progresividad, la Corte ha explicado que el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 Superior no impide, per se , la modificación de la normatividad existente, incluso si la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene el sentido de asegurar el deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda y de coexistencia de varias disposiciones, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario), pero no necesariamente impedir las transformaciones legislativas cuando estén justificadas a luz de los criterios constitucionales que limitan el margen del Legislador.

3.5. El derecho a la seguridad social en pensiones y la potestad de configuración del Legislador en esta materia. [40] 3.5.1. La Corte ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Legislador para regular lo concerniente al sistema de seguridad social [41] , de acuerdo con los artículos 48 y 365 de la Constitución que establecen una fórmula abierta para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única, siempre que se respeten los principios constitucionales que lo rigen y los derechos constitucionales. De esta manera, el Legislador puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, y el hecho de optar por alguno en una reforma legal, no implica per se la existencia de una inconstitucionalidad. En sentencia C-789 de 2002, esta Corporación sostuvo:

“La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta. De tal modo, es necesario que el legislador pueda transformar las expectativas respecto de la edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la pensión, de tal forma que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en relación con la seguridad social, a pesar de las dificultades que planteen los cambios en las circunstancias sociales”.

3.5.2. En otra oportunidad, frente a una demanda propuesta contra algunos apartes de los artículos 15, 19 y 21 de la Ley 100 de 1993, este Tribunal reiteró los criterios establecidos anteriormente al señalar en la sentencia C-714 de 1998 que “A juicio de la Corte las disposiciones jurídicas acusadas descansan en la libertad que la Constitución le otorga al legislador para diseñar el sistema o los subsistemas de seguridad social que mejor se adecuen a los propósitos que éste debe cumplir dentro de un estado social de derecho y para disponer que ella se extienda de manera progresiva, cuantitativa y cualitativa a la totalidad de la población colombiana, según los artículos 46 y 48 superiores” [42] .

3.5.3. Acorde con lo expuesto es claro, que en función del cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 48 superior y en particular de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el Legislador bien podía adoptar dentro del ámbito de su potestad de configuración las medidas que estime adecuadas para asegurar la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social y la garantía a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la seguridad social.

3.6. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en los tránsitos legislativos en materia pensional. 3.6.1. En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas [43] . Recogiendo tales criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley,

que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

3.6.2. La Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual faculta al legislador para darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho [44] . Sobre el particular la Corte en la sentencia C-781 de 2003 advirtió, que no todo cambio significa desconocer derechos adquiridos cuando dijo:

“[Ello]no significa que la legislación deba permanecer petrificada indefinidamente y que no pueda sufrir cambios o alteraciones, y tampoco que toda modificación normativa per se desconozca derechos adquiridos , ‘pues nadie tiene derecho a una cierta y eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones, ni aún en materia laboral en la cual la regla general, que participa de la definición general de este fenómeno jurídico, en principio hace aplicable la nueva ley a todo contrato en curso, aun si se tiene en cuenta aspectos pasados que aún no están consumados, y tiene por lo tanto efectos retrospectivos, de un lado, y pro futuro, del otro’ [45] ”.

(Subrayas fuera del original) 3.6.3. Aún así, esta Corporación también ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad [46] . Las expectativas legítimas de quienes aspiran a pensionarse bajo un régimen determinado, deben “ ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas, de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social” [47] .

En este sentido, las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de una manera arbitraria por parte del Legislador en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos. Lo pueden ser, sin embargo, “ bajo parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija [al legislador] para el cumplimiento cabal de sus funciones ” [48] .

Tal exigencia se predica en general de cualquier cambio legislativo que implique la alteración o modificación de derechos o intereses especialmente relevantes para los ciudadanos. Sin embargo, si se trata de expectativas próximas a consolidarse [49] , - por ejemplo en materia pensional-, la necesidad de un tránsito legislativo razonable y proporcional es especialmente importante. En tales casos, además de preservar la confianza legítima de los ciudadanos [50] , deberán considerarse por el legislador, criterios de proporcionalidad y razonabilidad en la afectación de sus derechos, así como el principio de progresividad de los derechos sociales y el principio de favorabilidad laboral. Sobre este aspecto en la sentencia C-038 de 2004, la Corte recalcó la distinción entre los conceptos de derechos adquiridos y de expectativas legítimas, y advirtió que los cambios en las normas laborales no solamente debían analizarse desde el punto de vista de la diferencia conceptual entre derechos adquiridos y mera expectativas, sino que deberían tenerse en cuenta además, otras restricciones al legislador como son los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad, el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales y la prohibición prima facie de los retrocesos.

Dijo esta sentencia sobre tales aspectos lo siguiente: “ Los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no son los únicos que limitan la libertad de configuración del Legislador cuando adelanta una reforma laboral. Existe otra restricción en este campo, que es a primera vista menos obvia , pero que tiene un sustento normativo, doctrinario y jurisprudencial muy claro, y es la siguiente: la Constitución hace del trabajo no sólo un derecho fundamental sino que además éste es un principio y valor del ordenamiento, por lo cual el Estado tiene el deber de protegerlo especialmente (CP arts. 1° y 25). Además, el derecho al trabajo es un derecho social, que como tal tiene unos

contenidos mínimos, que son de aplicación inmediata y deben ser protegidos siempre por el Estado, pero que igualmente es, como todo derecho social, un derecho de desarrollo progresivo” . (Subrayas fuera del original).

Con el fin de garantizar la progresividad de los derechos sociales, se consagran regímenes de transición, que le permiten al legislador ir más allá de la protección de los derechos adquiridos de las personas, para salvaguardar incluso “las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 [de la Carta] que ordena dar especial protección al trabajo [51] ”.

Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición.

3.6.4. Como el legislador tiene plena competencia para modificar la ley como parte de sus atribuciones constitucionales (Art. 150 numeral 1 C.P.) y puede hacerlo dentro del margen de configuración que le es propio, es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.

3.7. Jurisprudencia de tutela frente al tema del tránsito normativo que modificó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. 3.7.1. La determinación sobre la regresividad de las modificaciones introducidas por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 “ es propia de un juicio de constitucionalidad abstracto, por lo que el juez de tutela carece de competencia para realizar una declaración en este sentido ” [52] .

No obstante, el análisis realizado por esta Corporación en sede de revisión de tutela puede aportar valiosas luces sobre la aplicación a casos concretos de la normativa.

En general, cuando la Corte Constitucional inaplicó por inconstitucionales los requisitos de la Ley 860 de 2003, lo hizo considerándolos más gravosos frente a los exigidos por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, de tal manera que “ esta Corporación ha constatado la regresividad que implica la vigencia del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para efectos de acceder a la pensión de invalidez al exigir requisitos anteriormente no contemplados por la ley, como ocurre con las condiciones de fidelidad que establece el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y establecer condiciones más estrictas para acceder a esta prestación, a través del aumento de las semanas de cotización ” [53] . En general, de la jurisprudencia analizada se pueden extraer los argumentos fundamentales que se encaminan a resaltar lo gravoso de la norma frente a los accionantes.

3.7.2. Afectación que genera la Ley 860 de 2003 a una población especialmente vulnerable, en este caso la población discapacitada. Teniendo en cuenta que la Constitución, los tratados de derechos humanos y la propia jurisprudencia de la Corte, han reconocido que las personas discapacitadas son acreedoras de una protección especial en atención a las desventajosas circunstancias que enfrentan y en aplicación de la cláusula de igualdad, las sentencias analizadas exponen la contradicción prima facie entre el endurecimiento de los requisitos de acceso de esta población a la pensión de invalidez y la necesidad de proteger y garantizar la igualdad de los discapacitados.

Aún más, la jurisprudencia identificó una población que debe afrontar una dificultad aún mayor para acceder a la pensión de invalidez: la población discapacitada y a la vez de la tercera edad. Esto es así porque conforme se va aumentando la edad del cotizante, el requisito de fidelidad exigido por la Ley 860 de 2003, consistente en haber cotizado al menos el

20% del tiempo desde que se cumplen los 20 años les exige progresivamente más tiempo, requisito que puede llegar a hacer realmente complicado el acceso a la pensión para una persona que para el momento en que se impuso el requisito no había realizado un cotización bastante completa.

En la Sentencia T-221/2006 la Corte señaló, refiriéndose al requisito de fidelidad en la cotización al sistema, que: "[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. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que "es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población" [54] , 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 edad .

Así las cosas, encontramos que la norma, para el caso concreto, debe ser inaplicada por inconstitucional al vulnerar los artículos 13, 46 y 48 de la Carta Política relativos, en su orden, a la especial protección que merecen las personas en circunstancia de debilidad manifiesta, a la protección y asistencia que merecen las personas pertenecientes a la tercera edad, y al derecho a la seguridad social" [55] .

Al respecto, la sentencia señaló " que, para cumplir con la exigencia de fidelidad al sistema, las personas deben cumplir con las siguientes semanas de cotización al sistema":

Edad en que se presenta la 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 Lo anterior ha conducido a la Corte a aseverar que la afectación a los derechos de las poblaciones en especial estado de desprotección se aprecia como mucho más intensa y aún más, que con el cambio normativo relativo al requisito de fidelidad en la cotización se vulneran los derechos a la igualdad de las personas de tercera edad de la población discapacitada, y se desconoce el mandato de protección a las personas en debilidad manifiesta, apareciendo como una regulación que desampara precisamente a los sujetos que requieren de una mayor protección.

3.7.3. Regresividad prima facie de la norma analizada. En general se analizó la norma bajo la luz de unos parámetros uniformes, sostenidos a lo largo del desarrollo jurisprudencial del tema, determinándose que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797 de 2003 como en la Ley 860 de 2003, " han estado dirigidas a imponer requisitos más rigurosos para acceder la prestación económica tales como (i) el aumento en el número de semanas de cotización en el periodo anterior a la estructuración de la invalidez; y (ii) la incorporación de un nuevo requisito, relativo a la fidelidad mínima al sistema de seguridad social en salud, el cual otorga un nivel de protección más favorable a aquellos trabajadores que han cotizado continuamente, desde el inicio de su vida laboral.

[56] " [57] , mostrándose claramente regresivas. Esta afirmación de la Corte se fundó en la comprobación de " las siguientes circunstancias: (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica de pensión por invalidez;

(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 " [58] .

Dado lo anterior, la Corte asumió que se estaba frente a una medida regresiva, y que por lo mismo debía presumirse su inconstitucionalidad, prima facie, “la cual podrá desvirtuarse cuando se logr [ara] 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 las expectativas legítimas [59] ” [60] .

Sin embargo, ninguna de estas circunstancias de exclusión de la inconstitucionalidad de la norma se encontraron en la disposición para los casos concretos analizados, aspecto que se manifiesta claramente en que en ninguna de las 17 sentencias analizadas [61] la Corte determinó que la aplicación de la disposición para el caso concreto estaba acorde con la Constitución. Por el contrario consideró que se estaba frente a la vulneración de los postulados de la Constitución, y por ende procedió a tutelar el derecho y a ordenar que se privilegiara la disposición contenida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original.

En la Sentencia T-080/2008 se concluyó que “ a pesar de que el legislador en ejercicio de su potestad de configuración puede establecer las reglas que regirán la seguridad social, el principio de progresividad limita el ámbito para el ejercicio de dicha potestad, ya que exige que no se desconozcan reconocimientos ya efectuados a favor de los afiliados, esto es, que no se contemplen medidas que resulten más restrictivas que las existentes. En este sentido, dichas medidas se presumen prima facie inconstitucionales, salvo que sea posible establecer que ellas obedecen a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que hacen imperiosa la necesidad de dar ese paso regresivo en el desarrollo de este derecho prestacional ”.

Finalmente, cabe anotar que como mecanismo para la determinación del carácter regresivo de la norma, la Corte dispuso que “deben concurrir dos circunstancias fácticas precisas [en el caso concreto]: (1) la proximidad temporal entre la fecha de la estructuración de la invalidez y la entrada en vigencia del nuevo régimen que incrementó los requisitos para acceder a la prestación y, (2) el cumplimiento de los requisitos legales consagrados en el régimen de la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez” [62] 4. Análisis de la demanda de la referencia.

4.1. El demandante acusa como inconstitucional el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se establecen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad o accidente, por considerarlo contrario a lo dispuesto en el artículo 48 de la C.P., que establece el principio de progresividad que rige la cobertura del sistema de seguridad social, así como contrario al inciso 5º del artículo 53 de la C.P., que prohíbe menoscabar los derechos de los trabajadores.

En tal sentido señala que al aumentar la cantidad de semanas cotizadas requeridas para tener derecho a percibir la pensión de invalidez, de 26 a 50, y establecer un requisito de fidelidad al sistema, que exige haber cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre cuando cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de invalidez, se vulnera el ordenamiento superior.

4.2. En la exposición de motivos efectuada al proyecto de Ley número 140 de 2003 Senado, 166 Cámara “ por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003” [63] , que finalmente culminó con la expedición de la Ley 860 de 2003, se indica que el proyecto de ley busca subsanar los defectos de forma que halló la Corte Constitucional en el trámite de las iniciativas que a la postre fueron sancionadas como Ley 797 de 2003. Destacó igualmente, la importancia que revisten las modificaciones propuestas en el proyecto al Sistema Pensional, para su sostenibilidad financiera . De otro lado, indicó que el contenido del proyecto de ley -de origen gubernamental-contempla tres propuestas a saber:

(i) modificar parcialmente el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; (ii) modificar en los mismos términos que traía el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, relativo a los requisitos que deben cumplirse para obtener la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones; (iii) derogar el parágrafo 1º del artículo 27 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, al referirse en particular a las modificaciones propuestas al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 - que versa sobre los requisitos que deben cumplirse para obtener la pensión de invalidez-, invocó como justificación la de incentivar la cultura de la afiliación a la seguridad social y controlar los fraudes. En tal sentido expuso lo siguiente:

“2. Pensión de Invalidez Las normas originales contenidas en la Ley 797 en relación con las pensiones de invalidez o de sobrevivencia establecían que aquellas causadas por enfermedad común, se exigía que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro.

Cuando la causa era un accidente, el requisito es del 20% de cotización durante el mismo período. Sin embargo, la honorable Corte Constitucional declaró la inexequibilidad de la diferencia establecida entre el siniestro causado por enfermedad y por accidente, pues, en su criterio, no existen bases razonables para señalarla.

En consideración a lo dictaminado por la jurisprudencia constitucional, la norma original se modifica para unificar en el 20% la densidad de cotización para efectos del origen.

Se modifican los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. El requisito no se establece en términos de semanas sino de densidad de cotización.

Para tener derecho a la pensión de invalidez causada por enfermedad común, se exige que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es el 20% de cotización durante el mismo período.

Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes.

Cuando un afiliado haya cotizado 20 años o mil semanas, la cobertura del seguro se mantiene en forma vitalicia, así haya dejado de cotizar por un tiempo prolongado .” (negrilla y subrayado adicionado) 4.3. En Colombia, como es de conocimiento, el sector del sistema de seguridad social en pensiones se ha convertido ‘en una bomba de tiempo’, que pone en peligro la sostenibilidad del mismo debido a un pasivo pensional ingente que genera grandes presiones presupuestales para el sistema.

Aparte de lo expuesto, es un hecho irrebatible que la población no cotiza sistemáticamente, ya por la insuficiencia, inestabilidad o informalidad de la oferta laboral o por prácticas de elusión que han carecido de adecuados controles y sanciones. Atendiendo muchas de estas problemáticas, el Legislador expidió la Ley 100 de 1993 para procurar solución a los problemas financieros estructurales del sistema pensional, los cuales, en buena parte habían sido el resultado de modelos basados en bajas cotizaciones -si es que las había-, dispersión de regímenes pensionales y beneficios exagerados, dejando de lado por completo el tema de la sostenibilidad en el largo plazo como esperanza de cubrimiento prestacional para las generaciones futuras.

Sin embargo, la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, si bien extensa y persiguiendo fines constitucionales legítimos, ha demostrado ser insuficiente frente a nuevas realidades de tipo demográfico, como son la disminución en las tasas de natalidad, fecundidad y mortalidad, combinadas con aumentos en la esperanza de vida al nacer. La anterior problemática, hace que cada día la cantidad de recursos disponibles del sistema sean menores, haciendo necesaria la aplicación de medidas que permitan la viabilidad del esquema pensional tanto a corto como a mediano y largo plazo.

Sumado a lo anterior, el desequilibrio financiero del Régimen de Prima Media se ha agudizado, por cuanto la relación entre el número de pensionados y el número de afiliados cotizantes, no guarda correspondencia y los pagos de la nómina de pensiones a cargo del Presupuesto General de la Nación han venido incrementándose cada año en forma alarmante [64] .

Para financiar el gasto social de pensiones, que compromete un amplio porcentaje del PIB, la Nación ha debido entonces disponer de recursos que de otra forma hubieran estado destinados a otros fines y objetivos esenciales del Estado. Y de no hacerse ajustes al régimen pensional los desequilibrios se irán agravando, con detrimento de la inversión social, de las condiciones para la generación de empleo, de la ampliación de la cobertura del Sistema y del nivel prestacional de goce de los propios pensionados, en la coyuntura y en el largo plazo.

4.4. Las leyes integrales o sectoriales de ajuste en el sistema de seguridad social pensional, a pesar de presumirse inconstitucionales, prima facie , de acuerdo con lo expuesto en precedencia, pueden demostrarse necesarias, proporcionales, conducentes y aún convenientes desde una perspectiva global, descartándose con ello su inexequibilidad.

Reconociendo esto, la Corte reiteradamente ha señalado que el Legislador tiene un papel protagónico en materia de regulación de la seguridad social [65] con el propósito de garantizar la viabilidad económica del sistema, la eficiencia de los principios que lo gobiernan [66] , derivando de ello las potestades de configuración de las condiciones y los mecanismos de afiliación. Además, ya se ha dicho, no se puede pretender petrificar el régimen pensional e impedirle al Congreso reducir inequidades, promover la materialización del principio de Estado Social de Derecho y propender por la sostenibilidad del sistema pensional, pues tal efecto resultaría perverso para el propio sistema.

Así, teniendo en cuenta que la Corte ha entendido que la prohibición de las regresiones no es absoluta sino que “debe ser entendida como una prohibición prima facie”, lo cual significa que “un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable” [67] , debe entonces la Sala, entrar a analizar si la finalidad invocada por el legislador al expedir la Ley 860 de 2003, según la cual, con la norma se buscaba reducir el déficit fiscal y evitar la evasión y el fraude, cumple con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que exige el ordenamiento Superior.

4.5. La Corte, analizando las disposiciones demandadas del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, enfrenta los siguientes interrogantes: (i) ¿Podía el legislador aumentar las semanas de cotización al sistema de 26 a 50, para adquirir el derecho a la pensión de invalidez? (ii) ¿Podía, igualmente, el legislador exigir como nuevo requisito al afiliado para obtener la pensión de invalidez, la fidelidad de cotización para con el Sistema General de Pensiones de al menos el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez? Sea lo primero señalar que el examen que realice la Corte Constitucional no puede desconocer la libertad de configuración del Legislador, como titular de una significativa discreción en materia pensional.

Sin embargo, como esta reforma debe considerarse, prima facie , regresiva en la protección de un derecho social ya que puede implicar una afectación a personas en estado de debilidad manifiesta (discapacitados), su control constitucional ha de ser aún más estricto [68] . Ahora bien, el que las regulaciones acusadas sean menos favorables que aquellas que fueron subrogadas no implica su inconstitucionalidad automática, por cuanto la Constitución faculta a Legislador para realizar cambios normativos, siempre que exista una posible justificación de las disminuciones en la protección de derechos sociales. Como se expuso atrás, si bien debe existir la protección constitucional a la estabilidad de los regímenes pensionales, resulta inadmisible aceptar la “petrificación constitucional” de los mismos.

4.6. En el presente caso, el demandante acusa como inconstitucional el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se establecen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad o accidente (numerales 1º y 2º), por considerarlo contrario al principio de progresividad, y regresivo en relación con lo dispuesto en el artículo

39 (original) de la Ley 100 de 1993. Para una mayor ilustración sobre el caso a continuación se transcribe el texto de las normas en conflicto:

Artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 Artículo 1 de la Ley 860 de 2003 Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan 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.

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 ” “ 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.

4.7. 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 1º 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. Al respecto, sostienen algunos intervinientes que este aumento -de uno a tres años- favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior (Art. 39 de la Ley 100 de 1993) se encontraban excluidos del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez; en efecto, si para la fecha de consolidación del estado de invalidez una persona no se encontraba cotizando pero reunía más de 26 semanas cotización correspondientes a años anteriores, le era negado el derecho a la pensión de invalidez por no haber concentrado tales semanas en el último año.

Este aspecto es especialmente relevante si se tiene en cuenta la evidente inestabilidad del mercado laboral colombiano en el que tan sólo el 39% de las personas afiliadas al sistema pensional paga su cotización en un mes dado [69] . Lo anterior implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, prima facie , en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada: les exigía cotizar el 50% del tiempo trabajado en el año inmediatamente anterior al momento de la estructuración de la invalidez en caso de que no se encontraran cotizando, dejando de lado situaciones como la informalidad o el desempleo que tanto afectan a la población. En el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.

Esta circunstancia conduce a señalar que el supuesto carácter inequívocamente regresivo de la medida no es cierto y que, por el contrario, se puede derivar de su aplicación una progresión en el acceso a la pensión de invalidez al reducirse la

densidad requerida para que sea concedida.

4.8. De igual manera, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 eliminó la diferencia establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 entre afiliados que se encontraran cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran al momento de estructuración del estado de invalidez, al establecer los mismos requisitos para todos [70] , reconociendo el hecho de que a gran parte de la población cotizante la afecta la inestabilidad laboral y la informalidad. La eliminación de la distinción y la equiparación de las condiciones entre los cotizantes activos y los que han dejado de aportar, es una aplicación del principio de solidaridad y equidad, puesto que muchas de las personas dejan de pagar sus aportes debido a circunstancias completamente ajenas a su voluntad. Así, queda contradicho el carácter inequívocamente regresivo de la disposición pues no se puede generalizar la presunta afectación a toda la población, pues como se ha visto, un amplio porcentaje de la misma puede beneficiarse de la aplicación de lo dispuesto en la Ley 860 de 2003.

Así, ante las hipótesis de aplicación que permiten inferir la favorabilidad, se dará aplicación al principio de libertad de configuración del legislador en materia de pensiones, y una interpretación favorable de la duda frente a la supuesta regresividad de la norma, a manera de ejecución del principio in dubio pro legislatore .

4.9. Ahora bien, la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante. En la norma -numerales 1° y 2°-, se estipuló la demostración de su fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas 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”.

El establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad , que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie , como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez. En este caso no hay población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, y no se advierte una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes - con los efectos producidos por la misma. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de revisión de tutela señaló:

“ Al analizar la comentada finalidad, la Corporación concluyó que en relación con las personas de la tercera edad no había existido “un análisis significativo para la adopción de la medida” que, a la postre, desconoce sus garantías mínimas, pues “resulta paradójico que, so pretexto de promover la cultura de la afiliación” y mediante la exigencia de un requisito que contempla un incentivo “para los agentes en el sentido de afiliarse desde temprana edad, toda vez que sólo así podrán gozar de las garantías propias en materia de seguridad social en pensiones”, se penalice “a aquellas personas que carecen de un hábito en tal sentido” y que “se comportaron de acuerdo a la legislación imperante hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003” [71] .

Así las cosas, la Corte ha estimado que “la cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella” y que tampoco se puede pretender infundirla “desprotegiendo a ciertos sectores de la población, sin crear un régimen de transición o un mecanismo similar” para proteger “a las personas que bajo diferentes condiciones venían cotizando al sistema”, motivos por los cuales, el requisito de fidelidad al sistema debe ser entendido como una proyección que “no es predicable respecto de las personas que al momento de entrar en vigencia la norma ya hacían parte de la tercera edad, toda vez que sobre ellas ya no puede recaer la pretendida culturización” [72] .

En conclusión, la medida adoptada por el legislador “sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección”, es desproporcionada y carece de justificación, porque en el seno del Congreso de la República “no se adelantó un debate sobre la incidencia de la norma”, ni se consideró la posibilidad de adoptar “medidas alternativas para

acometer los mismos propósitos procurando disminuir el impacto negativo sobre la población" [73] , de todo lo cual se desprende que desconoce el principio de progresividad." [74] Lo anterior permite apreciar 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.

En cuanto al propósito de evitar el fraude, la jurisprudencia de tutela ha señalado que "es claro que la búsqueda de dicha finalidad a partir de una exigencia como la señalada, además de presumir la mala fe de los afiliados, genera que personas que en forma imprevista y sorpresiva se han visto afectadas en su salud por una grave enfermedad o por un accidente que los lleva a un estado de invalidez, queden desprotegidas y no puedan acceder a un beneficio establecido precisamente para evitar esta situación" [75] : De manera que la norma, contrario a impedir fraudes al sistema, termina presumiendo la mala fe de todos los afiliados, sometiéndolos a un requisito que puede hacer nugatorio el beneficio de la pensión de invalidez.

Derivado de las anteriores consideraciones, puede decirse que el costo social que apareja la modificación introducida por el requisito de fidelidad incluido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 es mayor que beneficio que reportaría para la colectividad. En efecto, como se expuso anteriormente, implica la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.

Las anteriores consideraciones llevan a concluir que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, deben ser declarados inexequibles puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma.

4.10. Con fundamento en lo expresado anteriormente, la Corte procederá a declarar exequibles los apartes demandados del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, excepto frente al requisito de fidelidad, que se declarará inexequible tanto en el numeral 1° como en el 2° de la norma, por desconocer el principio de progresividad en materia de derechos prestacionales, de acuerdo con el análisis precedente.

III. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión " 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 ", la cual se declarará INEXEQUIBLE.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión " 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 ", la cual se declara INEXEQUIBLE.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente. NILSON PINILLA PINILLA Presidente MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada Con salvamento parcial de voto MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado JUAN CARLOS HENAO PÉREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado Con salvamento parcial de voto JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Con salvamento parcial de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA MAGISTRADA MARIA VICTORIA CALLE CORREA A LA SENTENCIA C-428 de 2009 REQUISITO DE SEMANAS DE COTIZACION PARA PENSION DE INVALIDEZ- Constituye una reforma regresiva/ REQUISITO DE SEMANAS DE COTIZACION PARA PENSION DE INVALIDEZ- Efectos no desvirtúan presunción de regresividad (Salvamento parcial de voto) NORMA ACUSADA- Carácter regresivo (Salvamento parcial de voto) Referencia: expediente D-7488 Demanda contra los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 Magistrado Ponente:

Dr. MAURICIO GONZALEZ CUERVO Con el acostumbrado respeto, a continuación expongo las razones que me llevaron a salvar parcialmente el voto en la presente sentencia. Para la mayoría, a pesar de que los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, modificaron los requisitos para acceder a la pensión de invalidez que establecía el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sólo el requisito de fidelidad tenía un carácter regresivo. En mi opinión, la exigencia para la obtención de la pensión de invalidez, relativa a las cincuenta semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de su estructuración, también incurría en el mismo defecto constitucional, y por lo mismo, era necesaria su exclusión del ordenamiento jurídico.

Al confrontar los requisitos para obtener la pensión de invalidez previstos en los literales a. y b. del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con lo establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, puede concluirse que se consagra un requisito más severo al exigir que se acreditara un mayor número de semanas cotizadas al pasarse de 26 para el afiliado que se encontrara cotizando al momento de producirse la invalidez, o habiendo dejado de cotizar al sistema hubiere efectuado aportes por lo menos de 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjera el estado de invalidez, a 50 en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de invalidez por enfermedad o al hecho causante de la invalidez por accidente.

Adicionalmente, no se ve en esta última norma la necesidad de prever un período de protección frente a los tránsitos legislativos en materia de pensión por invalidez para proteger las expectativas legítimas.

La jurisprudencia en la materia sentada tanto en sentencias de constitucionalidad [76] como en cientos de acciones de tutela [77] mostraba el impacto regresivo que ha tenido la exigencia de cotización de las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Esta exigencia no superaba el juicio estricto de constitucionalidad al que se sujetan las medidas regresivas. En este asunto estaba en juego el derecho a la seguridad social en pensiones de sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con discapacidad, por lo que la carga argumentativa para demostrar razones imperiosas que imponían aquel periodo de cotización, no se cumplió. Las referencias generales y vagas que se registran en los antecedentes legislativos desconocen los presupuestos que ha establecido la Corte siguiendo al Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en cuanto exigen la exposición de datos suficientes y pertinentes.

A pesar de que la ponencia mayoritaria reconoció que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, [78] las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales no pueden retroceder frente al nivel de protección alcanzado, [79] dicho principio no fue cabalmente aplicado al requisito de cotización mínima de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez, que a mi juicio, también resultaba inconstitucional. En relación con este requisito las autoridades no cumplieron con la carga probatoria que hubiera autorizado válidamente y de manera temporal un retroceso en el nivel de protección alcanzado. Amparadas en la afectación de la sostenibilidad del sistema, no mostraron que existieran razones imperiosas que hicieran necesario un paso regresivo en el desarrollo del derecho a la pensión de invalidez ni que la medida fuera adecuada y proporcionada para alcanzar ese propósito constitucional.

[80] Varios casos recogidos en las sentencias de tutela revisadas por las distintas Salas de la Corte Constitucional, confirman el impacto desproporcionado y regresivo que tiene el requisito de cotización mínima de las 50 semanas. Para citar tan sólo algunos de los ejemplos más recientes de la protección brindada por la Corte Constitucional a sujetos de especial protección constitucional, por considerar que la medida era regresiva.

En las sentencias T-383 de 2009, T-271 de 2009, T-129 de 2009, T-115 de 2009, T-001 de 2009, T-826 de 2008, T-791 de 2008, T-043 de 2007, T-221 de 06, y T-1291 de 2005, la Corte protegió el derecho a la pensión de invalidez de personas que tenían pérdidas de capacidad laboral superiores al 65%, que habían cotizado al sistema entre el 20% y del 80% del total de semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez, pero que no cumplían con el requisito de cotización de las 50 semanas durante los 3 últimos años, porque su misma situación de discapacidad o la inestabilidad del mercado laboral les había impedido continuar aportando al sistema de seguridad social. En tales casos, las reglas establecidas en la Ley 100 de 1993 en su versión original, permitieron el reconocimiento de la pensión de invalidez. Tales ejemplos ilustran que el argumento de afectación de la sostenibilidad del sistema es importante, pero desvirtuable, como quiera que los aportes realizados por estas personas garantizaban la existencia de recursos para cubrir el sostenimiento de uno de los grupos más débiles de nuestra sociedad: las personas con discapacidad. Sin embargo, la regla aprobada por la mayoría generó un vacío de protección constitucional a favor de estas personas.

Fecha ut supra, MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-428 DE 2009 Referencia:

expediente D-7488 Demanda de inconstitucionalidad contra los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito hacer explícitos los argumentos que me llevaron a salvar parcialmente el voto sobre la sentencia C-428 de 2009.

Mi discrepancia radica esencialmente con la declaración de inexequibilidad parcial de los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por cuanto considero que ha debido declararse la inexequibilidad TOTAL de dichos numerales por violación del principio de progresividad que fundamenta el derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 48 de la Constitución y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, que hacen parte del bloque de constitucionalidad estricto sensu (art. 93 superior).

La mayoría de la Sala aceptó excluir del ordenamiento jurídico el requisito de la “fidelidad” para obtener la pensión de invalidez causada por enfermedad o por accidente, al constituirse en una medida regresiva constitucionalmente. Sin embargo, no sucedió lo mismo respecto a la exigencia de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos

tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración (invalidez por enfermedad) o al hecho causante (invalidez por accidente), toda vez que concluyó su exequibilidad bajo el argumento de que el legislador había referido en la exposición de motivos a la sostenibilidad financiera y que "al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes". Además, se sostuvo que si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización de 26 a 50, ello estuvo acompañado del aumento simultáneo del plazo de uno (1) a tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez.

La Carta Política (art. 48), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2.1.), la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 26) y el Protocolo de San Salvador (art. 1º), contemplan el principio de progresividad de los derechos sociales constitucionales (seguridad social). Dicho principio tiene por objeto reconocer el deber del Estado de adoptar todas las medidas apropiadas hasta el máximo de los recursos de que disponga para lograr gradualmente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Hace referencia específica al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales [81] .

Como lo ha reconocido la Corte, el contenido de dicho principio no es puramente retórico, ni debe entenderse como una justificación de la pasividad del Estado en la protección de tales derechos, ya que tiene "implicaciones jurídicas específicas, destinadas a lograr una sociedad más justa, que logre erradicar las injusticias presentes". Progresividad que no se opone a la obligación que pesa sobre el Estado de iniciar "inmediatamente" el proceso encaminado a la completa realización de los derechos sociales, ni a la observancia de unos "contenidos mínimos" de satisfacción que se deben garantizar a todas las personas [82] .

Ahora bien, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección constitucional en materia de derechos sociales, la amplia potestad de configuración legislativa se ve restringida al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático. Ello ha derivado en lo que la jurisprudencia constitucional, siguiendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ha denominado la prohibición prima facie de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección constitucional alcanzado, esto es, que toda medida regresiva, en principio, debe presumirse inconstitucional por lo que debe estar sometida a un control judicial estricto [83] .

Igualmente, ha dicho esta Corporación [84] que una medida se entiende regresiva al menos cuando: (i) recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho [85] ;

(ii) aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho [86] ; (3) disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho.

No obstante, tal prohibición de regresividad no resulta absoluta. Para que la medida legislativa adoptada pueda ser constitucional se tiene que demostrar que existen "razones imperiosas" que hacen necesario el paso regresivo en el desarrollo de un derecho social. Así lo ha explicado la Corte al señalar [87] que "cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afecta el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que apareja [88] ".

Por último, se ha señalado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva compromete derechos sociales de personas especialmente protegidas por su condición de marginalidad o vulnerabilidad. Ha señalado la Corte que [89] "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" [90] .

En el presente caso, considero que dichos presupuestos constitucionales resultaban también desconocidos con el requisito de la densidad de cotización -además de la fidelidad- establecido para obtener la pensión de invalidez.

De una parte, echo de menos la realización de un juicio de constitucionalidad de mayor intensidad -estricto- al realizado en la sentencia, no sólo por tratarse en principio de una medida regresiva como se señalará, sino particularmente por ocuparse del derecho a la pensión de sujetos de especial protección constitucional, como son las personas con invalidez. Por lo tanto, la simple afirmación de proceder a realizar un juicio estricto, por sí mismo no suple la deficiencia anotada.

De otro lado, confrontados los requisitos para obtener la pensión de invalidez previstos en los numerales 1 y 2 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, respecto a su reforma por los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, puede apreciarse que con la modificación introducida se terminan imponiendo requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica de pensión por invalidez, dada la mayor densidad de cotización que se establece para un sector específico de la población, particularmente la más joven (de 26 a 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores).

Como en principio se está frente a una medida regresiva -requisito de densidad de la cotización- y más tratándose de sujetos de especial protección constitucional -invalidez-, le correspondía al Congreso y al Gobierno presentar razones imperiosas para justificar dicho retroceso, demostrando con datos suficientes y pertinentes su finalidad imperativa, conducencia, necesariedad, de no afectación del contenido mínimo indisponible y que se alcanza un beneficio superior, lo cual no se cumplió en este caso.

La inexistencia de una finalidad constitucional clara, suficiente y expresa pretende suplirse por la mayoría de la Sala con las referencias vagas y generales que se registran en los antecedentes legislativos, que no alcanzan a suplir los requerimientos constitucionales establecidos [91] .

Más adelante, la propia Corte termina exponiendo razones adicionales que pudieron justificar la medida regresiva aprobada, sin que realmente se alcance a superar la deficiencia constitucional mencionada.

La mayoría de la Sala, a pesar de reconocer la existencia de algunas sentencias de tutela sobre la materia, termina desconociendo su propia jurisprudencia constitucional como las sentencias T-383 de 2009 y T-043 de 2007, en las cuales se excepcionó por inconstitucional (art. 4 superior), los requisitos que se cuestionan por disminuir el nivel de protección constitucional alcanzado para acceder a la pensión de invalidez [92] .

Entre las motivaciones que llevaron a la Corte a inaplicar la norma acusada, pueden señalarse: i) la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión de invalidez, ii) la afectación de personas discapacitadas que merecen una protección constitucional especial, iii) la carencia de justificación constitucional de la medida legislativa adoptada y iv) la inexistencia de un régimen de transición frente al cambio normativo presentado [93] .

Así dejo expresados los argumentos que me llevaron a salvar parcialmente el voto en dicha oportunidad. Fecha ut supra , JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado [1] Al respecto cita la sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 23 de septiembre de 2008, Expediente No. 35229 donde se señala en relación con el principio de progresividad:

"... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema.

"El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

"Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que "3.

Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación V la protección otorgada".

"La deliberada voluntad del legislador en las reformas introducidas al sistema pensional con las leyes 797 y 860 de 2003, propenden a asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo".

Subraya fuera de texto. [2] Anexa gráfica, que muestra la línea de tendencia, la cual es creciente en todo el período. [3] "Esto es consistente con el hecho de que el 83% de los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad cotizan sobre 2 o menos […] salarios mínimos mensuales vigentes y que a su vez, la densidad de cotización en este régimen, es de 45.7%" (Fuente: Superfinanciera).

[4] De acuerdo al informe de prensa de la Superintendencia Financiera del mes de octubre de 2008, "el 54.3% de los afiliados a los fondos de pensiones obligatorias corresponde a no cotizantes (4.561.905) y el 45.7% a cotizantes (3.841.810). Del total de los afiliados a los fondos de reservas de pensiones del Régimen de Prima Media, el 30.3% corresponde a cotizantes (1.887.157) y el 69.7% (4.339.019), a no cotizantes". De esto se deriva que el 39% de los afiliados al sistema pensional en su conjunto (teniendo por éste la sumatoria del régimen de ahorro individual y del régimen de prima media) corresponde a cotizantes.

[5] Con el seguro previsional se cubren los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados al régimen de ahorro individual con solidaridad. En el evento de concretarse el riesgo de muerte, el seguro cubre el dinero que haga falta en la cuenta de ahorro individual del afiliado, para poder pagar la pensión de sobrevivencia, a los beneficiarios del afiliado fallecido, que tengan derecho a ésta de acuerdo con la ley. De igual manera, en el evento de concretarse el riesgo de invalidez, el seguro cubre el dinero que haga falta en la cuenta de ahorro individual del afiliado, para poderle pagar la pensión de invalidez, de acuerdo con los requisitos establecidos en la ley, y para poder asegurar los recursos para los eventuales beneficiarios de la referida pensión, de acuerdo con lo establecido por la ley, cuando el afiliado pensionado por invalidez muera.

[6] Se estima que la transferencia de 0.5% de la cotización para financiar el FGPM, correspondió a 118 mil millones en el año 2004 y de 200 mil millones en el año 2007. Esta cifra se obtiene del nivel de emisión de primas de las compañías de seguros que administran el seguro previsional y la tasa promedio ponderada del costo de dicho seguro. (Fuente:

Superfinanciera). [7] Ver, entre otras, las Sentencias C-130 de 2002, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997. [8] Sentencia C- 671 de 2002 .

[9] Ver al respecto, las Observaciones Generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas adoptadas en sus distintos períodos de sesiones, en especial la Observación General No 3 adoptada en el Quinto

Período de Sesiones de 1990.

[10] Artículo 39 de la Ley 100 de 1993. [11] Ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 056 de 2002 Senado y 055 de 2002 Cámara. En :

Gaceta del Congreso No. 508 del 15 de noviembre de 2002, pág. 7. [12] Para tener derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivencia causada por enfermedad común, se exigía que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es del 20% de cotización durante el mismo período.

[13] El texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 era el siguiente:“ARTICULO 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 alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. PARAGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.” [14] El texto del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 era el siguiente:

Artículo 11. 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.

[15] Por último, el parágrafo del artículo 11 estipulaba que para el caso de los afiliados menores de 20 años de edad, sólo debían acreditar la cotización por 26 semanas durante el último año inmediatamente anterior al hecho de su invalidez o su declaratoria.

[16] “ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. 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.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.” [17] En particular el Art. 26 del Pacto, que señala que los Estados están comprometidos a “lograr progresivamente” la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, “en la medida de los recursos disponibles”.

[18] Sobre la relevancia constitucional de la doctrina de los organismos internacionales de derechos humanos, ver, entre otras, las sentencias C-406 de 1996, C-10 de 2000, C-671 de 2002 y C-04 de 2003.

[19] Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9. [20] Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general Nº 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45) [21] Sentencia C-038/2004 [22] C507 de 2008, C-038 de 2004 C-177 y C-035 de 2005, C-673/01,entre otras.

[23] La doctrina sobre la prohibición prima facie de las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales es ampliamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales de derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del PIDESC, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP Art. 93) [23] , ha señalado en varias oportunidades que 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 " [23] .

[24] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

[25] Observación General N° 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. [26] La Corte, en sentencia C-507 de 2008 definió ciertos casos en los que una medida sobre derechos económicos sociales y culturales, debe entenderse como regresiva: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho ;

(2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad).

[27] Cfr. Sentencia C-507 de 2008. [28] Cfr. Sentencias C-1064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004. [29] Sentencia C-991 de 2004. En el mismo sentido T-025 de 2004.

[30] Sentencia C-931 de 2004. [31] Ver salvamento de voto a la Sentencia C-754 de 2005. 1 Estado Social y Administración Pública. Edit. Civitas, Monografías, 1983.

[32] Cfr. Sentencia C-038 de 2004. [33] Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-122 de 1997, MMPP Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, C-315 de 1997, M.P. Hernando Herrera Vergara. En especial ver la sentencia C-481 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero sobre el valor constitucional del control de la inflación, así como sobre la coordinación de la política monetaria con la política macroeconómica general.

[34] Por ejemplo, en la C-053 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz, al pronunciarse sobre un artículo de la Ley 331 de 1996 correspondiente al presupuesto para la vigencia fiscal de 1997 que regulaba los aumentos salariales de algunos trabajadores oficiales, el cual fue parcialmente declarado inexequible, la Corte dijo: "Lo anterior implica que quienes son responsables de su programación, aprobación y ejecución, el gobierno y el legislador, paralelamente han de propender a la realización de dos objetivos fundamentales:

de una parte mejorar las condiciones de trabajo y bienestar de los funcionarios a su servicio estableciendo salarios y prestaciones sociales justos y competitivos en el mercado, y de otra, disminuir el déficit que en el presupuesto ocasionan dichos gastos de funcionamiento, aspiraciones que en principio pueden parecer contradictorias, pero que en el contexto del Estado social de derecho han de encontrar un espacio propicio para su materialización simultánea".

[35] Sentencias C-540 de 2001, C-579 de 2001, Sentencia C-1017 de 2003. [36] ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales. Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

[37] Corte Constitucional. Sentencia C-023/1994 [38] Respecto del contenido específico de los requisitos expuestos, la sentencia T-545/04 señaló:

" El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de una correcta fundamentación jurídica, es un desarrollo del artículo 53 de la Constitución, en la medida en que la duda debe surgir a partir de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales del derecho. Esto implica que las opciones hermenéuticas, por un lado deben encuadrar en el marco semántico de las disposiciones de las fuentes formales, y de otro, deben estar en consonancia con las disposiciones de la Constitución.

Sólo serán admisibles como razonables, aquellas interpretaciones de las fuentes formales, que además de encuadrarse en el marco de las disposiciones normativas respectivas, también se correspondan con la interpretación autorizada de las normas constitucionales. ||El criterio de razonabilidad de la interpretación como producto de su aplicación administrativa y judicial reiterada, es un desarrollo del artículo 13 de la Constitución, en la medida en que garantiza uniformidad en la forma en que el derecho objetivo se concreta en las prácticas sociales: ya sea en la decisión judicial de controversias o en el funcionamiento ordinario de la administración. Además, la aplicación reiterada de ciertas interpretaciones de las disposiciones jurídicas ofrece un elemento de objetividad que permite a su vez cualificar, en los casos problemáticos, cuando se está en presencia de una duda objetiva y no se trata en cambio de un eventual capricho del operador jurídico.|| Finalmente, el criterio de razonabilidad de la interpretación como resultado de un proceso de argumentación suficiente, es un desarrollo del artículo 29 de la Constitución, en la medida en que se proscribe la arbitrariedad del operador jurídico y se exige que su actuación esté debidamente motivada. El control racional del discurso jurídico está determinado entonces por la posibilidad real de escrutinio sobre las razones para la decisión de los operadores jurídicos: que sea posible un juicio sobre la suficiencia de los argumentos, su idoneidad, su corrección, y su pertinencia.|| 22. Por otra parte, además de la razonabilidad, las interpretaciones deben ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio.

Es decir, las opciones hermenéuticas deben aplicar a los supuestos de hecho de las disposiciones en juego y a las situaciones que delimiten fácticamente cada caso bajo examen. En este sentido, no sería admisible hablar de dos interpretaciones divergentes cuando se pueda establecer que las mismas no son aplicables a un mismo supuesto de hecho

o que no consulten los límites fácticos de los casos por resolver.||23. Por último, y este criterio es determinante para definir los criterios de la regla de preferencia de la favorabilidad, entre aquellas interpretaciones concurrentes que sean razonables, que se apliquen al supuesto de hecho del caso y que generen un motivo de duda serio y objetivo, el operador jurídico deberá elegir aquella interpretación que más favorezca los derechos constitucionales del trabajador. Lo anterior, bajo el criterio hermenéutico general de la Constitución, según el cual los operadores jurídicos deben escoger siempre aquella interpretación que más se avenga con el principio de eficacia de los derechos fundamentales, de conformidad con el artículo 2º de la Constitución Política." [39] Corte Constitucional, Sentencia T-043/2007 [40] Sentencia C-030/09.

[41] Ver entre otras: Sentencia C-1489 de 2000, M.P, Alejandro Martínez Caballero; C-671 de 2002, M.P, Eduardo Montealegre Lynett; C-1027 de 2002, M.P, Clara Inés Vargas Hernández;

C-516 de 2004, M.P, Jaime Córdoba Triviño. [42] Sentencia C-714 de 1998 M.P. Fabio Morón Díaz [43] En la sentencia C-168 de 1995, la Corte se refirió a los derechos adquiridos de las simples expectativas, así:

"[L]a jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas "expectativas", pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

"Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.

(..) "Entonces, mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de "derecho adquirido"; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una "expectativa", y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las 'expectativas' pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales".

[44] Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 9. [45] CSJ Sala Plena. Sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991. M.P. Jaime Sanin Greiffestein.

[46] En relación con la diferencia entre derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y expectativas legítimas o expectativas de derecho, la Corte ha dicho:

"Dicho principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. "Los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, puede ser regulado por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones." (resaltado y subrayado fuera de texto) Sentencia C-926 de 2000 (M.P. Carlos Gaviria Díaz).

[47] Sentencia C-147 de 1997 M.P. Antonio Barrera Carbonell. [48] Sentencia C-926 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz. [49] Sentencia C-789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[50] Sobre el particular, dijo la sentencia C-314 de 2004 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra) que el principio de confianza legítima protege algunas expectativas fundadas en la buena fe, así: "No obstante lo anterior, en diversos pronunciamientos de esta Corporación ha acogido la doctrina según la cual el legislador, en respeto por el principio de buena fe, debe atender a la confianza legítima que el legislador en ciertos casos ha generado en los ciudadanos, respecto del régimen jurídico que será aplicado a determinada actividad. No se trata, por supuesto, de que esta confianza impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de las situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, si han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación" [51] Sentencia C-168 de 1995. M.P. Carlos Gaviria Díaz. En la sentencia C-613 de 1996. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz se dijo expresamente que: "…el régimen de transición no constituye un derecho adquirido o algo parecido, sino la expectativa legítima que tiene una persona de acceder a una pensión de vejez con los requisitos previstos en él, sin que ello implique renuncia del legislador a modificar las condiciones y requisitos en la forma como se otorga una pensión, en razón a que el legislador con fundamento en su libertad de configuración normativa frente al tema de los requisitos pensionales, no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado…".

[52] Corte Constitucional. Sentencia T-103/08 [53] Corte Constitucional. Sentencia T-069/2008. Ver además entre otras, las sentencias T-974 de 2005, MP:

Jaime Araujo Rentería; T-1291 de 2005, MP: Clara Inés Vargas Hernández ; T-221 de 2006, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño;

T-699 A, de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil; T-580 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto; y T-628 de 2007, MP: Clara Inés Vargas Hernández.

[54] Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [55] Corte Constitucional, Sentencia T-221/2006 [56] Sobre el tránsito normativo de la pensión de invalidez, ver entre otras la sentencia T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño.

[57] Corte Constitucional. Sentencia T-069/2008 [58] Entre otras, ver: Corte Constitucional. Sentencias T-018/2008 y T-080/2008 [59] Sobre el principio de progresividad y el desarrollo legal de los derechos sociales existe una sólida jurisprudencia elaborada en sede de control abstracto de constitucionalidad. Así, en la sentencia C-671 de 2002, al estudiar la constitucionalidad del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, "por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional", la Corte dispuso que la norma resultaba constitucional condicionadamente, puesto que si bien ésta pretendía alcanzar un fin legítimo como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la fuerza pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población. En la sentencia C-931 de 2004, que analizó la constitucionalidad de la Ley anual de presupuesto para el 2004, la Corte estudió, entre otros aspectos, la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. Estimó que la medida resultaba prima facie inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba a limitar el acceso a ese nivel de educación. La norma fue declarada exequible de forma condicionada. En la sentencia C-991 de 2004 la Corte asumió el estudio de constitucionalidad de la Ley 812 de 2002 que fijó un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública,

a favor de sujetos de especial protección constitucional. La Corte declaró la inexequibilidad de la disposición al constatar la regresividad de la medida y establecer, paralelamente, que a pesar de que ésta perseguía un fin constitucional legítimo como era la eficiencia del gasto estatal, y era necesaria, como quiera que no existía otro instrumento a través del cual se pudiera lograr igual o mayor realización del fin de la eficiencia, encontró que la medida era desproporcionada, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional. En la sentencia C-789 de 2002 la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 36 incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993, norma que excluía del régimen de transición para acceder a la pensión a aquellas personas de determinada edad que decidieran voluntariamente cambiarse de sistema de cotización. La Corte declaró la exequibilidad condicionada del precepto al estimar que la expectativa de acceder a una pensión se torna legítima cuando más cerca está la persona de cumplir con los requisitos para su reconocimiento. Bajo esta óptica una modificación que haga más exigente el acceso a este derecho social deberá estar plenamente justificada. En la sentencia C- 038 de 2004 , la Corte estudio la constitucionalidad de la Ley 798 de 2002 , norma que modificó varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo en aras de la flexibilización del mercado laboral y el incremento de las tasas de empleo. La Corte consideró que la norma era regresiva, y sobre ella pesaba en consecuencia, una presunción de inconstitucionalidad prima facie.

Sin embargo encontró que a pesar de que efectivamente establece un retroceso en materia laboral, esta era una disposición justificada y proporcional por cuanto busca promover la generación de nuevos empleos y fomentar el crecimiento económico. En todos estos casos, la Corte reiteró su doctrina consistente en que cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que, prima facie , estén prohibidas este tipo de medidas. Se trata de una presunción que debe ser desvirtuada mediante la demostración de su justificación, adecuación y proporcionalidad para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.

[60] Corte Constitucional. Sentencia T-018/2008 [61] Sentencias T-287/2008, T-145/2008, T-110/2008, T-104/2008, T-103/2008, T-080/2008, T-078/2008, T-077/2008, T-069/2008, T-018/2008, T-1072/2007, T-699A/2007, T-641/2007, T-580/2007, T-043/2007, T-221/2006, y T-1291/2005 [62] Corte Constitucional. Sentencia T-103/2008 [63] En la Gaceta del Congreso No. 667 del 9 de diciembre de 2003, se publicó la PONENCIA PARA PRIMER DEBATE Al proyecto de ley NUMERO 140 DE 2003 Senado, 166 CAmara “ por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003.” [64] Según informes de las autoridades competentes, para el año 2010 se prevé un déficit de 9 billones de pesos.

[65] Ver, entre muchas otras, las Sentencias C-130 de 2002, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997. [66] Ver Sentencia C-967 de 2003.

[67] Cfr. Sentencia C-038 de 2004. [68] Con base en lo anterior, es conveniente resaltar que la Corte ha precisado que el juicio proporcionalidad en el caso de una medida regresiva debe ser particularmente estricto cuando la medida afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad. Así se ha establecido que “ 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 (Sentencias C-673 de 2001, C-025 y C-991 de 2004). Ahora bien, el hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad, por cuanto la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre que exista una posible justificación de disminuciones en la protección de derechos sociales y el principio de proporcionalidad.

[69] Dato obtenido a partir de informes de la Superintendencia Financiera del mes de octubre de 2008. [70] Salvo para los jóvenes menores de 20 años de edad, que se invalidaran, para quienes se estableció un tratamiento especial (parágrafo 1º, artículo 1º Ley 860 de 2003) y para 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 (parágrafo 2º, artículo 1º Ley 860 de 2003).

[71] Corte Constitucional. Sentencia T-221/2006 [72] Ibídem. [73] Ibídem. [74] Corte Constitucional. Sentencia T-104/08 [75] Corte Constitucional.

Sentencia T-080/2008 [76] Ver entre otras las sentencias de constitucionalidad C-1165 de 2000, C-671 de 2002, C-333 de 2003, C-038 de 2004, C-177 de 2005, C-506 de 2006, C-896 de 2006, C-663 de 2007, C-257 de 2008, C-507 de 2008, y C-1141 de 2008.

[77] Ver entre otras las sentencias T-1291 de 2005, T-221 de 2006, T-594 de 2006, T-043 de 2007, T-433 de 2007, T-844 de 2007, T-580 de 2007, T-628 de 2007, T-641 de 2007, T-844 de 2007, T-1072 de 2007, T-018 de 2008, T-069 de 2008, T-077 de 2008, T-078 de 2008, T-080 de 2008, T-103 de 2008, T-104 de 2008, T-550 de 2008, T-585 de 2008, T-1013 de 2008, T-1030 de 2008, T-1036 de 2008 y T-1102 de 2008.

[78] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2001.

Esta posición ha sido reiterada entre otras en las sentencias C-333 de 2003, MP: Clara Inés Vargas Hernández, C-038 de 2004, MP: Eduardo Montealegre Lynett, C-991 de 2004, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[79] Sentencia C-1141 de 2008 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto). [80] Sentencia C-671 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett. [81] Cft. Sentencias C-251 de 1997 y C-038 de 2004.

[82] Sentencia C-038 de 2004. [83] Ibidem. [84] Sentencia C-507 de 2008. [85] Cft., entre otras, C-038 de 2004. [86] En este sentido Cft La sentencia C-789 de 2002, a través de la cual la Corte aplicó la prohibición de regresividad a una ley que aumentaba los requisitos para acceder a la pensión.

[87] Sentencia C-507 de 2008. [88] Cft. Sentencias C-1064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004. [89] Sentencia C-507 de 2008. [90] Sentencia C-991 de 2004. En el mismo sentido la sentencia T-025 de 2004.

[91] Sentencia C-507 de 2008. [92] Dijo entonces la Corte: “Mas recientemente, en sentencia T-043 de 2007, la Corte encontró demostrada la regresividad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para el caso de varios afiliados al sistema general de pensiones que contaban con más de 26 semanas y menos de 50 semanas cotizadas al momento de la estructuración de la invalidez, por lo que la aplicación de los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 resultaban incompatibles con los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales. Dijo entonces la Corte: “La Sala concluye que en el asunto bajo examen la aplicación de las reglas para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez fijadas por el artículo 1º de la Ley 860/03 contradicen los postulados constitucionales relativos al derecho al mínimo vital de los discapacitados y al principio de progresividad de los derechos sociales. En ese sentido, conforme al precedente fijado por esta Corporación en asuntos similares, deberá darse aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto de la norma citada y en consecuencia, ordenar a la entidad demandada que rehaga la actuación relacionada con el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, basándose para ello en los requisitos previstos en la versión “original” del artículo 39 de la Ley 100/93” .

[93] En relación con los requisitos conjuntos (densidad de cotización y fidelidad), pueden consultarse las sentencias: T-217 de 2009, T-080 de 2008, T-069 de 2008, T-018 de 2008, entre otras.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 31 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.