COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia C/727/09

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de constitucionalidad
Referencia	C/727/09
Expediente	D-7670
Fecha	2005-08-02
Sala	Sala Plena
Magistrado ponente	Dra MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Partes	el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003.

Temas que titula la Corte Constitucional

- Requisito De Semanas De Cotizacion Para Pension De Invalidez
- Derechos Sociales Prestacionales
- Principio De Progresividad Y Prohibicion De Regresividad
- Mandato De Progresividad De Derechos Economicos, Sociales Y Culturales
- El Congreso De Colombia Decreta:

Resumen del caso (según la propia sentencia)

La Corte resolvió: primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-428 de 2009, en relación con los cargos contra los numerales 1 y 2 del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, mediante la cual se resolvió: 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…

Texto completo

C-727-09 Sentencia C-727/09 Sentencia C-727/ 09 COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Configuración PENSION DE INVALIDEZ- Requisitos para reconocimiento REQUISITO DE SEMANAS DE COTIZACION PARA PENSION DE INVALIDEZ- Exigencia para quienes hayan alcanzado el 75% de las semanas requeridas para la pensión de vejez, no constituye un retroceso en el nivel de protección El parágrafo 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, establece una excepción a la regla fijada en los incisos 1 y 2 en cuanto al número de semanas exigibles durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, y reduce de 50 a 25 la exigencia de semanas cotizadas para quienes hayan alcanzado el 75% de semanas requeridas para adquirir la pensión de vejez, por lo que la Corte no observa que tal requerimiento constituya un retroceso en el nivel de protección alcanzado.

INHIBICION DE LA CORTE CONSTITUCIONAL- Improcedencia por cumplimiento de los requisitos de claridad, certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD- Alcance en la jurisprudencia constitucional colombiana DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES -Control estricto sobre medidas que constituyen retrocesos frente al nivel de protección PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y PROHIBICION DE REGRESIVIDAD- Garantía de los derechos económicos, sociales y culturales PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD- Limitan la libertad de configuración legislativa, pero no la petrifican Esta

Corporación ha señalado que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad son componentes esenciales de la garantía de los derechos económicos sociales y culturales, y de conformidad con esos dos principios, una vez alcanzado un determinado nivel de protección de los derechos sociales, económicos y culturales, la amplia potestad de configuración del legislador en la materia se ve reducida, y en esa medida todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto, pero no petrifican la posibilidad de regulación en materia de derechos sociales, en particular en materia de pensiones. Así la Corte 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 le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho.

MANDATO DE PROGRESIVIDAD DE DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES- Alcance 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-7670 Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003. Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en cumplimiento de sus atribuciones constitucionales y de los requisitos de trámite establecidos en el Decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA I.

ANTECEDENTES En ejercicio de la acción pública de inexequibilidad consagrada en los artículos 40-6, 241-4 y 242-1 de la Constitución Política, el ciudadano Hernán Antonio Barrero Bravo, demandó parcialmente el artículo 1° 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 ,” por considerar que la norma acusada vulnera los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política.

Mediante Auto del tres (3) de abril de 2009, la Magistrada sustanciadora admitió la demanda referida. Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, la Corte Constitucional procede a decidir acerca de la demanda en referencia.

II. NORMA DEMANDADA. El texto de la disposición demandada, tal como aparece publicado en el Diario Oficial No.45415, es el siguiente: Ley 860 de 2003 (diciembre 26) “ Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones ” EL CONGRESO DE COLOMBIA DECRETA:

(...) ARTÍCULO 1. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 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 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

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

Parágrafo 2.- Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el setenta y cinco por ciento (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." III.

LA DEMANDA Expone el accionante que el artículo demandado vulnera los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución política de Colombia. El actor considera que hay una violación y un retroceso con la promulgación del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, haciendo más gravosa la situación para quienes acceden a la pensión de invalidez, el accionante considera que "el principio de progresividad que predica el artículo 48 de la Norma Superior, no es tenido en cuenta por el Congreso, cuando el legislador –ordinario o extraordinario- desmejora los beneficios establecidos previamente por las leyes a favor de los trabajadores –en este caso los del original artículo 39 de la Ley 100 de 1993- sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para ello, salvo como lo ha dicho la Corte Constitucional, que esto se desvirtúe, cuando se logre establecer: i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de progresividad; 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 postergar los derechos adquiridos o expectativas legitimas".

El actor estima que los cambios introducidos al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no satisfacen ninguno de los numerales descritos en el párrafo anterior, introduciendo más obstáculos y trabas a la hora de cumplir con los requisitos. De acuerdo con el demandante, en la Ley 860 de 2003 " no solamente se aumenta el número de semanas cotizadas, que en la ley 100 de 1993 era de 26, por lo menos al momento de producirse el estado de invalidez; o 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez, sino que introduce otras variables que atentan contra la progresividad, como que sean las cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; o, cincuenta (50) semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante del accidente, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; o con lo contemplado absurdamente en el parágrafo 2, cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para ceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años".

Por lo anterior el accionante observa que "no existe justificación, proporcionalidad ni razonabilidad para que el legislador haga esta clase de exigencias para obtener la pensión de invalidez bajo el régimen del artículo demandado, el cual no se ajusta al principio de progresividad a que nos referimos en materia de seguridad social o derechos sociales, consagrado en el artículo 48 de la Carta Superior que en este caso fue violada por la disposición demandada en las partes subrayadas, al exigir unos requisitos más gravosos a los trabajadores para ser acreedores a una pensión de invalidez, a los que con anterioridad consagraba originalmente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993".

Considera el demandante además que la norma en cuestión debe ser declarada inexequible por: "establecer el sistema de fidelidad al que nos referimos, y no fijar un régimen de transición, para situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior;

y, no postergar los derechos adquiridos o las expectativas legítimas a que tiene derecho los trabajadores acreedores a una pensión de invalidez, hace igualmente necesario que sea declarado inexequible en los apartes subrayados en esta demanda, por violar no solamente los artículos 48 y 49 de la Carta, sino también el artículo 53 de la Constitución Política, al disminuir las condiciones favorables consolidadas previamente para los trabajadores, en la medida en que lo más beneficioso para el trabajador, debe ser reconocido y respetado por las leyes posteriores, como en un pronunciamiento reciente lo ha reconocido la Corte".

IV. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL El Ministerio de la Protección Social, a través de su representante, intervino en el presente proceso, con el fin de exponer las razones por las cuales considera que se debe declarar exequible la norma demandada.

A juicio de la interviniente, la norma cuestionada no viola el principio de progresividad. En su opinión, "si bien es cierto, los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, al modificar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, incrementaron el periodo de carencia de 26 semanas de cotización para adquirir el derecho a la pensión de invalidez, a 50 semanas, también lo es que amplió el lapso, durante el cual podrían efectuarse dichas cotizaciones, pues la norma inicial exigía que se efectuaran necesariamente dentro del año inmediatamente anterior a la fecha en que se consolidó el estado de invalidez, en tanto que con la nueva disposición, se permite que se tengan las semanas de cotización efectuadas dentro de los tres años anteriores al mismo, lo cual en la práctica, implica que personas que no hayan cotizado durante el año inmediatamente anterior, contrario a lo que sucedía en vigencia de la Ley 100 de 1993, puedan acceder a la pensión de invalidez, resultando justificable y proporcional que se ampliara el período de carencia exigido para el reconocimiento de la prestación en la medida que se amplió igualmente el lapso que se tendría en cuenta para verificar el cumplimiento de las semanas de cotización mínimas requeridas para tener derecho a la referida pensión, es decir no podría afirmarse que en este aspecto la norma resulte regresiva, razón por la cual el legislador en el ámbito de la libre configuración de la que goza en el lineamiento del sistema pensional, validamente podía modificar el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en el aspecto señalado." La medida se encuentra justificada y respeta el principio de proporcionalidad.

La interviniente afirma la exigencia del requisito de fidelidad está justificada y respeta el principio de proporcionalidad al considerar que "la denominada fidelidad al sistema exigido en la norma, cumple una doble función, pues de un lado estimula la afiliación de las personas jóvenes que ingresan a la vida laboral, en la medida que al exigirse una lealtad al mismo para acceder a las pensiones de invalidez ante la incertidumbre de la ocurrencia de dichos riesgos, prefieran garantizarlos con el fin que ante la eventual pérdida de la capacidad laboral, no queden ellas mismas o su núcleo familiar desamparados, y de otra proveer de los recursos necesarios para que el sistema sea financieramente viable".

Tratándose del tema de los derechos adquiridos y las meras expectativas la interviniente manifiesta que "la ocurrencia de una enfermedad o de un accidente que conlleve a la perdida de la capacidad laboral señalada en la ley, es una contingencia que puede o no darse, y mientras ello no ocurra, no puede hablarse de derechos adquiridos, existiendo a favor del afiliado si, una expectativa, a que cumplidos los requisitos legales se le reconozca dicha prestación, requisitos que pueden ser variados por el legislador en ejercicio de la libre configuración del Sistema de Seguridad Social y su sana crítica de la realidad social".

V. INTERVENCION DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. La apoderada del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, solicita la acumulación del presente proceso con el proceso radicado bajo el No. D-7488 del 14 de octubre de 2008 que versa sobre la misma norma por las mismas causales. Así mismo solicita desestimar en su integridad las pretensiones de la demanda y declarar la exequibilidad de la norma acusada.

La interviniente afirma que la norma cuestionada no desconoce el principio de progresividad, para lo cual recuerda que "la Ley 100 de 1993, buscó darle solución a problemas financieros estructurales que se evidenciaban en materia del

Sistema Pensional, que eran el resultado de decisiones tales como bajas cotizaciones, cuando las había, dispersión de regímenes pensiónales y beneficios exagerados.” Sostiene que la norma cuestionada cumple la misma finalidad, al exigir como “ requisito para acceder a la pensión de invalidez , ya no en semanas cotizadas sino en densidad de cotización, permitiendo de esta manera ampliar la cobertura de este beneficio pensional a aquellas personas, que si bien no tenían el requisito de las 26 semanas en el último año inmediatamente anterior a la fecha del fallecimiento, si podían tener dentro de los 3 años 50 semanas de cotización y que 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 para acreditar las semanas de cotización”.

Afirma la interviniente que “…este cambio en los requisitos es favorable a varios sectores de la población colombiana que no quedaban cubiertos bajo la normatividad anterior, y por ende la norma responde aún más a la situación de inestabilidad del mercado laboral colombiano, tendiendo en cuenta que con el informe de la Superintendencia Financiera 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”.

La interviniente para justificar la introducción de la norma acusada, hace la siguiente comparación: “Es así como de la comparación se puede concluir que con la norma original la densidad de cotización es de aproximadamente el 50%, lo que se aleja de la realidad del mercado laboral colombiano, en donde de acuerdo con la densidad de cotización promedio, antes anotada, se evidencia la exclusión de la mayoría de los trabajadores que no tienen trabajos permanentes del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez, a diferencia de la densidad de cotización establecida en el artículo1 de la Ley 860 acusado, pues con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, el promedio de cotización es de 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años o, lo que es equivalente, tener una densidad de cotización en promedio de 32%. Dicha densidad es menor a la del mercado laboral (39%), con lo cual se favorece a todos los trabajadores que no poseen un empleo permanente”.

En cuanto al argumento aducido por el demandante referente a la transición, la interviniente lo ataca de la siguiente manera: “La transición está concebida para proteger derechos que están en vía de consolidación, como es el caso de quien ha prestado servicios o viene cotizando para obtener una pensión de vejez, que no es una contingencia sino un hecho futuro cierto, pero no para casos de realización incierta, pues nadie puede alegar que está en vía de consolidar una pensión que está sometida al acaecimiento de un riesgo, como sería un accidente o una enfermedad que genera la invalidez. Nos encontramos entonces ante una verdadera contingencia, 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 cubrirla, previo cumplimiento de los requisitos, a fin de evitar justamente, que la contingencia llegue a cubrirse una vez ocurrida. En conclusión, al ser la invalidez un hecho incierto no es posible determinar su ocurrencia y por ello no puede hablarse de derechos consolidados mientras no ha ocurrido la contingencia”.

VI. INTERVENCION DE LA FEDERACIÓN DE ASEGURADORES COLOMBIANOS (FASECOLDA) La Federación de Aseguradores Colombianos intervino en el procesote la referencia y pide a la Corte Constitucional declarar exequible el artículo acusado.

El interviniente considera que el principio de progresividad no ha sido vulnerado y al respecto dice: “de la comparación del artículo 1 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, dado que (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 colombiano y a diferencia del artículo 39 inicial de la Ley 100, establece exigencias que resultan inferiores (no superiores) a la densidad de cotización del sistema pensional colombiano.

De igual manera, el requisito de fidelidad al sistema, incluido por el artículo 1 de la Ley 860 acusado, y que no se encontraba previsto en el artículo 39 inicial de la Ley 100 de 1993, (…) 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, protegida de igual manera por la Constitución".

VII. CONCEPTO DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN El Procurador General de la Nación, solicita a la Corte Constitucional declarar inexequibles los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modifico el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, e inhibirse de un pronunciamiento de fondo en relación con el parágrafo 2 del mismo artículo, argumentando lo siguiente:

"Medidas como las contenidas en los numerales 1 y 2 del artículo 1 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, dado que a juicio del Ministerio Público, ello sólo es posible cuando el legislador haya garantizado la cobertura del sistema. Sólo bajo esta última justificación, el derecho a obtener la pensión de invalidez, podría ser regresivo. De lo contrario, se disminuye el nivel de protección alcanzado en la legislación anterior y se afecta a personas discapacitadas, sujetas de especial protección por parte del Estado, con desconocimiento de los lineamientos trazados por el Comité de Derechos Económicos, sociales y Culturales".

En relación con el parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, el Ministerio Público encuentra que el demandante no efectúa cargo en concreto ni fundamentación alguna sobre la presunta violación de los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política. Señala que "no basta con afirmar la vulneración de determinados preceptos constitucionales, sino que como lo exige el artículo 2 del Decreto 2067 de 1991, que regula el procedimiento de los juicios que se tramitan ante la Corte Constitucional, es indispensable que se señale el concepto de la violación de la Constitución, esto es, las razones por las cuales las normas que se cuestionan vulneran el ordenamiento superior. Al no existir ese concepto, no es posible realizar un examen de fondo, y por lo tanto este Despacho solicitará a la Corte inhibirse de emitir un pronunciamiento de fondo sobre su constitucionalidad, por ineptitud sustantiva de la demanda." En lo demás, el Ministerio Público reitera los argumentos expuestos en el proceso D–7488, en el que se examinaron con cargos de inconstitucionalidad similares a los que se plantean en la demanda ahora objeto de estudio. En dicha oportunidad, la Vista Fiscal arguyó lo siguiente:

"Aparte de otras modificaciones, los numerales 1 y 2, del artículo 1° de la Ley 860, variaron los requisitos consignados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para tener derecho a la pensión de invalidez y se hizo más gravoso acceder a dicha prestación. En efecto, a los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, fueran declarados inválidos solo se les exigía (i) si se encontraban cotizando al régimen, que hubieran cotizado un mínimo de 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez y (ii) si habían dejado de cotizar hubieran efectuado aportes como mínimo de 26 semanas el año inmediatamente anterior al momento en que se produjo el estado de invalidez; mientras que los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, exigen a los afiliados que sean declarados inválidos para tener derecho a la pensión de invalidez como primer requisito que "en caso de invalidez por enfermedad" hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y "en caso de invalidez por accidente" que hayan cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y como un segundo requisito se les exige, en ambos casos, una fidelidad de cotización para con el sistema de 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.

A juicio del Ministerio Público, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, 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".

5.1. 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.

5.2. Considera esta vista fiscal, 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.

5.3. En ese orden de ideas, 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, dado que a juicio del Ministerio Público, ello sólo es posible cuando el legislador haya garantizado la cobertura del sistema. Sólo bajo esta última justificación, el derecho a obtener la pensión de invalidez, podría ser regresivo. De lo contrario, se disminuye el nivel de protección alcanzado en la legislación anterior y se afecta a personas discapacitadas, sujetas 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 [1] en esta materia.

En ese orden de ideas, el Ministerio Público, solicitará a la Corte Constitucional 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." En consecuencia, el Procurador General de la Nación, solicita a la Corte Constitucional:

"6.1. Declarar la IN EXEQUIBILIDAD de los numerales 1 y 2, del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o estarse a lo dispuesto en el fallo que ha de producirse con ocasión del trámite del expediente D–7488 que actualmente cursa actualmente en esa Corporación." "6.2. INHIBIRSE para pronunciarse de fondo en relación con el parágrafo segundo del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por inepta demanda." VIII. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1. Competencia En virtud de lo dispuesto por el artículo 241-4 Superior, la Corte Constitucional es competente para conocer de las demandas de inconstitucionalidad contra normas de rango legal, como la que se acusa en la demanda que se estudia.

2. Cuestión previa: La existencia de cosa juzgada En el transcurso del presente proceso de inexequibilidad, esta Corporación se pronunció sobre la constitucionalidad de algunas de las normas cuestionadas en el presente proceso, por lo que a continuación se examinará si ha operado el fenómeno de la cosa juzgada constitucional.

En la sentencia C-428 de 2009, [2] la Corte Constitucional se pronunció en relación con algunos de los cargos planteados en la presente demanda. En efecto en dicha sentencia, la Corte resolvió lo siguiente:

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 declara 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.

En dicha sentencia la Corte Constitucional encontró que el requisito de fidelidad establecido en los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 era inconstitucional por violar el principio de no regresividad. Sobre el tema dijo lo siguiente:

"(…) la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con la 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" [3] .

"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" [4] .

"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” [5] , de todo lo cual se desprende que desconoce el principio de progresividad.” [6] “Lo anterior permite apreciar como éste 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 de las personas (sic) 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” [7] : 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.

[8] Por lo anterior, en relación con los cargos contra los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 ha operado el fenómeno de la cosa juzgada y por lo mismo, la Corte se estará a lo resuelto en la sentencia C-428 de 2009.

3. Los problemas jurídicos Corresponde a esta Corte establecer si resulta contrario al principio de progresividad (Art. 48 CP) y a la prohibición de regresividad frente a la protección otorgada por la legislación anterior (Art. 53 CP), que el legislador al expedir la Ley 860 de 2003 reformara los requisitos para acceder a la pensión de invalidez previstos en la Ley 100 de 1993 y, (i) haya aumentado el número de semanas de cotización de los afiliados al Sistema para adquirir la pensión de invalidez de 26 a 50; (ii) establecido como requisito para la adquisición de la pensión de invalidez, la fidelidad de cotización para con el sistema de al menos del 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; y (iii) señalado que cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo deba cotizar 25 semanas en los últimos tres (3) años.

Con el fin de resolver el anterior problema jurídico, la Corte primero recordará la línea jurisprudencial sobre el principio de progresividad y la prohibición de regresividad y con base en ella resolverá el asunto bajo estudio. Igualmente, hará un

breve recuento de las modificaciones del régimen legal en materia de pensiones de invalidez, a la luz del principio de progresividad. Y posteriormente analizará la norma cuestionada.

4. La supuesta ineptitud sustancial de la demanda en relación con los cargos contra el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 Según el Procurador General de la Nación, existe ineptitud sustancial de la demanda, en relación con los cargos contra el parágrafo 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Sobre el punto, es preciso recordar que, de conformidad con reiterada jurisprudencia, la demanda de inconstitucionalidad debe ser analizada a la luz del principio pro actione , dado el carácter popular que la Constitución misma le atribuye. En todo caso, el ejercicio de esta acción supone que el demandante cumpla con unas condiciones mínimas que permitan guiar la labor del juez constitucional y orientar, asimismo, el debate de los intervinientes en el proceso que pretende instarse. Es así que el Decreto 2067 de 1991, 'por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional' , en su artículo 2º prescribe que la demanda debe contener: (i) el señalamiento de las normas acusadas como inconstitucionales, trascribiéndolas literalmente por cualquier medio o aportando un ejemplar de la publicación oficial; (ii) el señalamiento de las normas constitucionales infringidas; (iii) las razones que sustentan la acusación, esto es, el por qué se estima que se violan los textos constitucionales; (iv) si se acusa quebrantamiento del debido trámite legislativo, entonces debe señalarse cuál es el trámite que debió haberse observado, y; (v) la razón por la cual la Corte es competente.

Frente a estos requisitos, esta Corporación ha resaltado que no es suficiente la observancia formal de estos cinco requisitos, sino que además es preciso determinar el objeto de la demanda, la razón por la cual la Corte es competente para conocer de ella, y el concepto de la violación.

[9] El concepto de la violación se formula debidamente cuando (i) se identifican las normas constitucionales vulneradas; (ii) se expone el contenido normativo de las disposiciones acusadas -lo cual implica señalar aquellos elementos materiales que se estiman violados- y (iii) se expresan las razones por las cuales los textos demandados violan la Constitución. Esas razones –según amplia y reiterada jurisprudencia de la Corte- deben ser razones claras, ciertas, específicas, pertinentes y suficientes.

[10] En el caso concreto, el Procurador considera que en relación con el parágrafo 2 del artículo 1 cuestionado, el demandante se limita a citar las normas constitucionales vulneradas sin exponer las razones de su incompatibilidad con el ordenamiento superior. La Corte no comparte esta apreciación. Los cuestionamientos a las modificaciones introducidas por la norma demandada, se formulan con argumentos ciertos, claros, suficientes y pertinentes para sustentar el supuesto carácter regresivo de las condiciones establecidas tanto en los numerales 1 y 2 como en el parágrafo demandado.

Para el demandante los tres apartes cuestionados en el presente proceso hacen más gravosa la situación de quienes solicitan el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas para que el legislador haya decidido no continuar avanzando en la protección de este derecho social. Sostiene también que tales apartes desconocen la prohibición de regresividad al disminuir las condiciones favorables consolidadas previamente para los trabajadores. Afirma el accionante que tales apartes también desconocen derechos adquiridos sin que se haya establecido un sistema de transición para no afectar situaciones ya consolidadas.

En esa medida, existe un cuestionamiento sobre el cual pronunciarse de fondo. Pasa la Corte a recordar brevemente la jurisprudencia constitucional colombiana sobre los principios de progresividad y no regresividad.

5. Los principios de progresividad y no regresividad en la jurisprudencia constitucional colombiana 5.1. El hecho de que Colombia sea un Estado Social de Derecho " le imprime un sentido, un carácter y unos objetivos específicos a la organización estatal en su conjunto, y (…) resulta -en consecuencia- vinculante para las autoridades, quienes deberán

guiar su actuación hacia el logro de los cometidos particulares propios de tal sistema: la promoción de condiciones de vida dignas para todas las personas, y la solución de las desigualdades reales que se presentan en la sociedad, con miras a instaurar un orden justo." [11] Lo anterior implica que las autoridades están obligadas a corregir las visibles desigualdades sociales, a facilitar la inclusión y participación de sectores más marginados y vulnerables de la población en la vida económica y social de la nación, y a estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la sociedad. Este mandato se ve reflejado, entre otros, en los artículos 1 (principio de la dignidad humana y de la solidaridad), 2 (fines esenciales del Estado), 13 (promoción de condiciones de igualdad real y efectiva), 334 (acceso efectivo a los bienes y servicios básicos por las personas de menores ingresos), y 366 (prioridad del gasto social en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales).

De lo anterior se derivan dos clases de deberes para el Estado. Por una parte, debe adoptar y poner en marcha medidas positivas para lograr una igualdad real de condiciones y oportunidades entre los asociados y al hacerlo, dar cumplimiento a sus obligaciones constitucionales de satisfacción progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales básicos de la población (cláusula de erradicación de las injusticias presentes).

[12] Y, por otra, debe abstenerse de adelantar, promover o ejecutar políticas, programas o medidas ostensiblemente regresivos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, que conduzcan clara y directamente a agravar la situación de injusticia, de exclusión o de marginación que se pretende corregir, sin que ello impida avanzar gradual y progresivamente hacia el pleno goce de tales derechos.

[13] De acuerdo con reiterada jurisprudencia de esta Corporación, [14] la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales, económicos y culturales. Ese mandato de progresividad, no obstante, no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos. Tal mandato implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales no pueden retroceder frente al nivel de protección alcanzado, pues se presumiría que la decisión es en principio inconstitucional.

[15] Para que pueda ser ajustado a la Carta Política, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

[16] También ha señalado esta Corporación que el principio de progresividad y la prohibición de regresividad son componentes esenciales de la garantía de los derechos económicos sociales y culturales. De conformidad con esos dos principios, una vez alcanzado un determinado nivel de protección de los derechos sociales, económicos y culturales, la amplia potestad de configuración del legislador en la materia se ve reducida, y en esa medida todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.

[17] Lo anterior, obedece a la necesidad de establecer prestaciones concretas, cuya garantía se pueda posicionar de manera general como un punto sobre el cual avanzar y de no retorno en cuanto al carácter incuestionable de su satisfacción.

[18] En relación con estos dos principios, la Corte señaló lo siguiente en la sentencia C-671 de 2002, MP: Eduardo Montealegre Lynett, Ahora bien, la Constitución y los tratados de derechos humanos señalan que si bien los derechos sociales prestacionales no son de aplicación inmediata e integral, sin embargo los Estados tienen no sólo el deber de tomar todas las medidas posibles para lograr su realización progresiva integral sino que además deben asegurar el goce de estos derechos a todos los habitantes, sin ninguna discriminación. Por ello, tal y como esta Corte ya lo ha explicado,

[19] en plena armonía con la jurisprudencia y la doctrina internacional sobre el tema, el mandato de progresividad no debe ser entendido como una justificación de la inactividad del Estado en la protección de esos derechos.

[20] Por el contrario, el Estado colombiano tiene claros compromisos internacionales y constitucionales en relación con los derechos sociales prestacionales, como la salud. De un lado, el Estado tiene la obligación de iniciar inmediatamente el proceso encaminado a la completa realización de ese derecho.

De otro lado, existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad.

[21] Finalmente, 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 menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto.

[22] Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

(…) El criterio sobre el control más estricto de toda aquella medida que constituya un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales es ampliamente aceptado por la jurisprudencia internacional de derechos humanos. Así, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del Pacto sobre la materia, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP art. 93), ha elaborado una amplia doctrina sobre el derecho a la salud.

En particular, en su período No 22 de sesiones, el 11 de mayo de 2000, el Comité adoptó la "Observación General No 14 relativa al disfrute del más alto nivel de salud (art 12)", en donde destaca, entre otras cosas, que la progresividad no priva de contenido la obligación estatal, y por ello las medidas regresivas, que disminuyen una protección a la salud ya alcanzada, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas eran necesarias y que "se han aplicado tras el examen exhaustivo de todas las alternativas posibles"

(Parr 32). Ahora bien, es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo.

[23] Más adelante, en la sentencia C-038 de 2004, MP: Eduardo Montealegre Lynett, al examinar varias disposiciones de la Ley 789 de 2002 que supuestamente disminuían las garantías laborales y desconocían las conquistas históricas de los trabajadores, la Corte señaló lo siguiente:

25- El anterior análisis permite concluir que las reformas laborales que disminuyen protecciones alcanzadas por los trabajadores son constitucionalmente problemáticas por cuanto pueden afectar el principio de progresividad. Ellas podrían vulnerar la prohibición prima facie de que no existan medidas regresivas en la protección de los derechos sociales. Por ende, la libertad del Legislador al adelantar reformas laborales de este tipo dista de ser plena, pues no sólo (i) no puede desconocer derechos adquiridos sino que además (ii) debe respetar los principios constitucionales del trabajo y (iii) las medidas deben estar justificadas, conforme al principio de proporcionalidad. Esto significa que las autoridades políticas, y en particular el Legislador, deben justificar que esas disminuciones en la protección alcanzada frente a los derechos sociales, como el derecho al trabajo, fueron cuidadosamente estudiadas y justificadas, y representan medidas adecuadas y proporcionadas para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia.

26- Ahora bien, para determinar la intensidad del análisis de proporcionalidad de las medidas acusadas, conviene tener en cuenta que las regulaciones laborales suelen tener una connotación de intervención del Estado en la economía, en donde la Carta reconoce una amplia libertad de configuración al Congreso (CP arts 333 y 334). Por ello, en estas materias, el escrutinio judicial debe ser flexible y deferente con las autoridades políticas, a fin respetar la discrecionalidad que la Carta les concede [24] .

Y es que, como esta Corte lo ha reiterado en numerosas oportunidades, entre mayor es la libertad de configuración del legislador en una materia, más deferente debe ser el control constitucional, mientras que ese escrutinio judicial debe ser más riguroso cuando el Legislador regula esferas en donde su margen de apreciación ha sido restringido por la propia Constitución.

[25] Posteriormente, en la sentencia C-991 de 2004, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra, la Corte Constitucional insistió en la conexión que existe entre el principio de igualdad y la prohibición de retroceso de la protección alcanzada para un derecho social, económico o cultural, en los siguientes términos:

“La acepción de la igualdad como igualdad material está altamente emparentada con los derechos de contenido social. Esta Corporación ha reconocido que existe un mandato de desarrollo progresivo de este tipo de derechos y que una vez logrados avances en su protección existe, prima facie, una prohibición de retroceso. (...).

(...) “Tal retroceso en la protección de los derechos sociales se suma al desconocimiento del mandato dirigido al Estado de “proteger especialmente a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta.”(art. 13 C.P.). 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”.

5.2. Los anteriores principios, no obstante, no petrifican la posibilidad de regulación en materia de derechos sociales, en particular en materia de pensiones. 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 le permite al legislador darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho .

[26] 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.

[27] Por tal motivo, la Corte, refiriéndose a los regímenes de transición, ha sostenido que una concepción semejante implicaría la petrificación del ordenamiento, en desmedro de diversos principios constitucionales.

[28] ” Esta Corporación, en la sentencia T-025 de 2004 expuso los requisitos mínimos a los cuales debe sujetarse el Estado al momento del diseño e implementación de políticas públicas que puedan implicar retrocesos en los derechos de dimensión prestacional. Señaló la mencionada providencia:

“Primero, p rohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); segundo, necesidad de la medida lo cual

exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación); tercero, condición de avance futuro hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorientarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y cuarto, p rohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población." (Subrayas del texto original).

6. La modificación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez y su compatibilidad con el principio de progresividad La Corte Constitucional se ha referido en varias ocasiones a la controversia jurídica generada por el tránsito de las normas sobre requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y su compatibilidad con el principio de progresividad de los derechos sociales.

[29] En el caso de la pensión de invalidez, esta Corporación ha señalado [30] que las distintas reformas legales al régimen pensional 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.

[31] Por esta razón, la Corte Constitucional ha indicado que " el aumento de los requisitos para el acceso a una prestación propia de la seguridad social, que tiene por objeto amparar el riesgo generado por la pérdida de la capacidad laboral derivada de la invalidez, es una medida legislativa que se muestra prima facie regresiva y, por ende, contraria al principio de progresividad de los derechos sociales ." [32] En cuanto a los requisitos para obtener el reconocimiento y pago de esta prestación previstos originalmente en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, se establecía el acceso a la pensión de invalidez para quienes 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; o (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.

Esta disposición fue modificada por el artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, y estableció que el afiliado que hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral por enfermedad común, debía 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 cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Para el caso de invalidez originada en accidente de trabajo, sólo se exigía el requisito de la cotización mínima de 50 semanas. 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. 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.

Los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron nuevamente modificados por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Esta disposición, que se encuentra vigente en la actualidad, (i) disminuyó el porcentaje de fidelidad al

sistema al 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez;

(ii) extendió ese requisito al reconocimiento de la pensión de invalidez originada por accidente de trabajo; y (iii) estipuló que en caso que el afiliado acreditara al menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, para obtener la pensión de invalidez sólo requerirá haber cotizado 25 semanas en los últimos tres años.

En varias sentencias de tutela, [33] 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. En esas oportunidades, la Corte ha examinado en cada caso concreto si (i) existen razones suficientes que expliquen la necesidad imperiosa de aplicar la norma, y (ii) si esas disposiciones resultan razonables y proporcionadas en la situación específica que se somete a consideración del juez de tutela.

Así, por ejemplo, en la sentencia T-1291 de 2005, [34] la Corte inaplicó el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en el caso de una mujer cabeza de familia que había sufrido una pérdida de capacidad laboral del 69.05% -invalidez de origen común - estructurada bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003.

[35] En esa oportunidad, la Corte consideró desproporcionado que el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 le impidiera acceder a la pensión de invalidez, porque a pesar de haber cotizado 162 semanas al sistema, no había aportado 50 antes de la estructuración de la invalidez. Para la Corte, " con la entrada en vigencia de las nuevas condiciones legales, treinta días antes del acaecimiento de la invalidez, a la peticionaria se le hace imposible acceder a la prestación ya que no cumple con uno de los requisitos señalados en la norma. (…) dicho escenario deja ver que para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisible que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación (…), efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma – para que se acceda al derecho ." Igualmente, en sentencia T-221 de 2006, MP: Rodrigo Escobar Gil, la Corte concluyó que el requisito de fidelidad al sistema resultaba grave y desproporcionadamente regresivo para el caso de una señora de 73 años con cáncer pulmonar, a quien se le había negado la pensión de invalidez porque no contaba con el requisito que exigía haber empezado a cotizar al sistema antes de los 60 años. La Corte advirtió que en el caso concreto, la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 contrariaba la Carta Política por ser incompatible con el mandato de progresividad de los derechos sociales.

Para la Corte dado que (i) no existía una razón legislativa suficiente, que justificara el aumento de los requisitos para el acceso a la pensión de invalidez habida cuenta de la obligación estatal de protección de las personas en situación de discapacidad; y (ii) que las circunstancias fácticas del caso demostraban la incapacidad de la actora para acreditar las cotizaciones faltantes en los términos de la Ley 860 de 2003, procedía aplicar la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y, en consecuencia, ordenó a la administradora de pensiones que adoptara una nueva decisión sobre el reconocimiento de la pensión, conforme la aplicación de la Ley 100 de 1993, en su versión originaria.

En dicha oportunidad, la Corte resaltó que " la norma tiene entre sus destinatarios a personas que deben ser sometidas a un tratamiento privilegiado por el Estado y a una protección reforzada, de tal suerte que una vulneración al principio de progresividad afectaría en gran medida a este específico grupo poblacional, tornándose la norma inconstitucional para el caso concreto y requiriéndose la actuación del juez de tutela en el sentido de amparar los derechos fundamentales vulnerados inaplicando la norma en referencia. (…) Dado que la norma establece un requisito de fidelidad, es claro que

entre mayor edad tenga la persona que ha sido calificada como inválida mayor será el número de semanas que debe haber cotizado para cubrir el requisito de densidad en la cotización al sistema. Cuestión que nos lleva a concluir que la población más afectada por esta norma es la de la tercera edad, tornándose así evidente la incompatibilidad de la norma, en el caso concreto de las personas disminuidas en su capacidad laboral y pertenecientes a la tercera edad, frente a los mandatos constitucionales, por cuanto desprotege a este grupo poblacional objeto de especial protección por parte del Estado." En la sentencia T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño, 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. En dicha oportunidad señaló la Corte que "las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición." Aun cuando en la sentencia precitada la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación resultaba relevante para inaplicar el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, la evolución jurisprudencial en la materia muestra que se ha dado un menor peso relativo a este requisito y mayor peso a la cercanía en el cumplimiento material de los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003.

Así por ejemplo, en la sentencia T-1072 de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil, siguiendo la doctrina jurisprudencial precitada, la Corte inaplicó el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 al encontrar que éste resultaba desproporcionado para negar el derecho a la pensión de invalidez de un hombre de 56 años de edad a quien se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 52,84%, con fecha de estructuración 2 de agosto de 2005 y quien solo alcanzó a acreditar un total de 357,43 semanas de cotización, de las 362,49 semanas exigidas al aplicar la regla de la Ley 860 de 2003.

7. El examen de constitucionalidad del parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, a la luz del principio de progresividad y la prohibición de regresividad El demandante en el presente proceso cuestiona los numerales 1 y 2 y el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por considerar que desconocen la prohibición de regresividad, al establecer requisitos más exigentes para la obtención de la pensión de invalidez. Como consecuencia de la sentencia C-428 de 2009, sólo es posible hacer un pronunciamiento de fondo en relación con el parágrafo 2 del artículo1 demandado, en la medida que respecto de los demás cargos ha operado el fenómeno de la cosa juzgada.

Teniendo en cuenta ese fallo y los cargos planteados por el demandante, corresponde a la Corte examinar si a la luz del principio de progresividad y de la prohibición de no regresividad, resulta contrario a los artículos 48, y 53 de la Carta que el legislador en el parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 haya señalado que el afiliado que haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo deba cotizar 25 semanas en los últimos tres (3) años para acceder a la pensión de invalidez.

Con el fin de examinar este problema, es necesario precisar el contexto normativo dentro del cual se encuentra el aparte demandado. El parágrafo 2º establece una excepción a la regla fijada en los incisos 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en cuanto al número de semanas exigibles durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Los cargos originalmente planteados por el accionante establecían una comparación entre el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Sin embargo, el contenido del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, fue

modificado por la sentencia C-428 de 2009, como resultado de la declaratoria de exequibilidad parcial de los numerales 1 y 2.

En esa sentencia, la Corte declaró la exequibilidad del requisito de cotización de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Para la Corte este requisito no constituía un retroceso en la protección del derecho a la pensión de invalidez y declaró exequible esta exigencia. Al respecto se dijo:

"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 [36] .

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".

Teniendo en cuenta que el parágrafo establece una condición más beneficiosa que la planteada en los numerales 1 y 2, tal como quedaron después de la sentencia C-428 de 2009, en la medida que para quienes hayan alcanzado el nivel de cotización señalado en el parágrafo, esto es, 75% del total de semanas que se requieren para adquirir la pensión de vejez, [37] la exigencia de 50 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, baja a 25 semanas. No observa la Corte que tal requerimiento constituya un retroceso en el nivel de protección alcanzado. Por esa razón, declarará la exequibilidad del parágrafo 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

IX. DECISION En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-428 de 2009, en relación con los cargos contra los numerales 1 y 2 del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, mediante la cual se resolvió:

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 declara 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.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por los cargos analizados en la presente sentencia. Notifíquese, comuníquese, publíquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y archívese el expediente.

NILSON PINILLA PINILLA Presidente MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada Aclaración de voto. MAURICIO GONZALEZ CUERVO Magistrado JUAN CARLOS HENAO PEREZ Magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO Magistrado JORGE IVAN PALACIO PALACIO Magistrado Aclaración de voto JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Con aclaración de voto MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General ACLARACION DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS MARIA VICTORIA CALLE CORREA Y LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA C-727 de 2009 REQUISITO DE SEMANAS DE COTIZACION PARA PENSION DE INVALIDEZ- Exigencia para quienes hayan alcanzado el 75% de las semanas requeridas para la pensión de vejez no es regresiva y constituye una flexibilización de condiciones para su obtención (Aclaración de voto) Referencia: expediente D-7670 Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo.

Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003. Magistrada Ponente: Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA Con el acostumbrado respeto aclaramos nuestro voto. En la sentencia C-428 de 2009 salvamos parcialmente nuestros votos por considerar que los apartes del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que establecen como requisito para acceder a la pensión de invalidez la necesidad de acreditar cincuenta semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de su estructuración, también establecían una condición regresiva contraria a la Constitución Política.

En el presente proceso, el actor demandó tanto los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, examinados en la sentencia C-428 de 2009, y frente a los cuales existe cosa juzgada constitucional, como el parágrafo 2 de dicho artículo. La lectura conjunta de la norma declarada exequible en la sentencia C-428 de 2009 y del parágrafo 2 demandado da lugar a una excepción a la regla establecida en los numerales 1 y 2, que flexibiliza las condiciones para obtener la pensión de invalidez y que mantiene las condiciones iniciales que establecía la ley 100 de 1993 para acceder a dicho derecho y que en esencia no resulta regresiva, aun cuando solo para un conjunto restringido de cotizantes al sistema de seguridad social.

En la presente sentencia, a pesar de no haber compartido la posición mayoritaria fijada en la sentencia C-428 de 2009, acatamos esta decisión mayoritaria y nos limitamos a aclarar nuestro voto, por las razones anotadas.

Fecha ut supra, MARIA VICTORIA CALLE CORREA Magistrada LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO JORGE IVÁN PALACIO PALACIO A LA SENTENCIA C-727 DE 2009 COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL- Inexequibilidad parcial de disposición (Aclaración de voto) PENSION DE INVALIDEZ- Requisitos de semanas de cotización y fidelidad para su reconocimiento vulneran el principio de progresividad en seguridad social (Aclaración de voto) PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHOS SOCIALES CONSTITUCIONALES- Tratados internacionales que lo contemplan (Aclaración de voto) MANDATO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS SOCIALES- Implicaciones (Aclaración de voto) 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 una aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, esto es que toda medida regresiva, en principio debe presumirse inconstitucional por lo que debe estar sometida a un control judicial estricto PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL- Se vulnera con aumento en el número de semanas de cotización (densidad de cotización) y fidelidad exigidas para pensión de invalidez (Aclaración de voto) PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL- Alcance (Aclaración de voto) MEDIDA REGRESIVA- Estado debe demostrar razones imperiosas para su adopción (Aclaración de voto) GARANTIA DE PROTECCION PROGRESIVA EN DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES- Enfasis en sujetos de especial protección constitucional (Aclaración de voto) 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, habiéndose señalado por parte de la Corte 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 JUICIO ESTRICTO DE CONSTITUCIONALIDAD EN NORMA REGRESIVA- Requisito ausente (Aclaración de voto) Confrontados los requisitos para obtener la pensión de invalidez previstos en la Ley 100 de 1993 respecto de 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, dada la mayor densidad de cotización que se establece, y por tratarse de sujetos de especial protección constitucional le correspondía al Congreso y al Gobierno presentar razones imperiosas para justificar dicho retroceso, lo que no se cumplió, como tampoco la realización de un juicio de constitucionalidad de mayor intensidad al realizado en la sentencia.

Referencia: expediente D-7670 Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 1º, parcial, de la Ley 860 de 2003. Magistrada Ponente: María Victoria Calle Correa Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte Constitucional, me permito hacer explícitos los argumentos que me llevaron a aclarar el voto sobre la sentencia C-727 de 2009.

Ello se reduce a señalar que en el numeral primero de la parte resolutiva de esta decisión se dispuso “ESTARSE A LO RESUELTO en la sentencia C-428 de 2009, en relación con los cargos contra los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la ley 860 de 2003” , cuando sobre dicha sentencia C-428 de 2009, salvé parcialmente el voto, en los siguientes términos:

“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 [38] .

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 [39] .

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 [40] .

Igualmente, ha dicho esta Corporación [41] que una medida se entiende regresiva al menos cuando: (i) recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho [42] ;

(ii) aumenta sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho [43] ; (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 [44] 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 [45] ".

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 [46] "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" [47] .

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 [48] . 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 [49] .

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 [50] .” Así dejo expresados los argumentos que me llevaron ahora a aclarar el voto sobre el numeral primero de la presente decisión.

Fecha ut supra , JORGE IVÁN PALACIO PALACIO Magistrado [1] 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.

[2] MP: Mauricio González Cuervo, con salvamento parcial de voto de los magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luís Ernesto Vargas Silva.

[3] Corte Constitucional. Sentencia T-221/2006 [4] Ibídem. [5] Ibídem. [6] Corte Constitucional. Sentencia T-104/2008. [7] Corte Constitucional. Sentencia T-080/2008.

[8] Corte Constitucional C-428 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo, Salvamento Parcial de Voto de los Magistrados María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luís Ernesto Vargas Silva).

[9] Sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). [10] Sentencia C-1052 de 2001 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa). [11] Corte Constitucional, Sentencia T-772 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[12] Corte Constitucional, Sentencia SU-225 de 1997 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). Donde la Corte ordena a las autoridades estatales adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la vacunación gratuita para prevenir meningitis a niños pertenecientes a sectores históricamente marginados, con base en la cláusula de erradicación de las injusticias presentes. Esta jurisprudencia ha sido reiterada entre otras, en las sentencias T-177 de 1999 (MP. Carlos Gaviria Díaz); T-840 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz); T-772 de 2003 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

[13] Ver, en este sentido, la sentencia C-671 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett). [14] 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, así como en las sentencias de tutela 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.

[15] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000. [16] Ver entre otras las sentencias C-671 de 2002 (MP. Eduardo Montealegre Lynett) y C-507 de 2008 (MP: Jaime Córdoba Triviño).

[17] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000. En la citada C-671 de 2001 se sostuvo:

“ Precisamente, con base en esos criterios, esta Corte declaró la inconstitucionalidad de una norma que reducía la cotización de solidaridad del régimen contributivo, pues consideró que esa disposición legal vulneraba el mandato de la ampliación progresiva de la seguridad social. Dijo entonces esta Corporación en la sentencia C- 1165 de 2000, (…): <Sin lugar a duda, esa disminución de los recursos para el régimen subsidiado de salud, de ninguna manera realiza el postulado constitucional de la ampliación progresiva de la cobertura de la Seguridad Social que ordena el artículo 48 de la Carta, pues salta a la vista que a menores recursos y mayores necesidades insatisfechas en salud, dadas las circunstancias económico-sociales que vive el país, en lugar de aumentar la cobertura de la Seguridad Social, así como la calidad del servicio, se verán necesariamente afectados en forma negativa, en desmedro del bienestar de quienes más requieren de la solidaridad de los asociados y de la actividad positiva del Estado por encontrarse en situación de debilidad por sus escasos o ningunos recursos económicos, aún estando en capacidad de trabajar, pero azotados por el desempleo y otros flagelos sociales. Resulta igualmente vulneratorio de la Carta el citado artículo 34 de la Ley 344 de 1996, pues, como fácilmente se advierte, no obstante lo dispuesto por el artículo 366 de la Constitución en el sentido de que el "gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación", la norma acusada, por razones que obedecen a otros criterios, so pretexto de la “racionalización del gasto público,” optó por disminuir en forma drástica los aportes del Presupuesto Nacional con destino a las necesidades de salud de los sectores más pobres de la población colombiana, destinatarios obligados de la norma y directamente afectados por ella. Otra sería la conclusión si por la extensión progresiva de la cobertura de la Seguridad Social esta ya hubiera abarcado la totalidad de la población colombiana, o si se encontrara demostrado que la disminución de los recursos ocurre como consecuencia de haber disminuido el número de quienes necesitan acudir al régimen subsidiado de salud porque no pueden cotizar al régimen contributivo, pero, como es otra muy distinta la realidad social actualmente existente, de manera transparente surge como

conclusión ineludible que el artículo 34 de la Ley 344 de 1996, sólo es un instrumento para hacer más pequeño, disminuyéndolo en los porcentajes allí señalados, el aporte del Presupuesto Nacional al régimen subsidiado de salud en los recursos asignados o que deben asignarse al Fondo de Seguridad y Garantía necesario para la operancia de ese régimen creado por el legislador en beneficio de quienes, salvo sus necesidades de salud, nada pueden aportar y por eso no caben en el régimen contributivo.” [18] Sentencia C-1141 de 2008 (MP: Humberto Antonio Sierra Porto).

[19] Ver, entre otras, la sentencia C-251 de 1997, fundamento 8. [20] 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 adoptado en el Quinto Período de Sesiones de 1990, y que figuran en el documento E/1991/23. Y a nivel doctrinal, ver los llamados “ Principios de Limburgo ”, adoptados por unos expertos en la materia reunidos en Maastrich, Holanda, en junio de 1986, y que constituyen la interpretación académica más respetada sobre el sentido y la aplicación de las normas internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.

[21] Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, fundamentos 8 y 9, y sentencia SU-225 de 1998, Fundamentos 11 y ss. [22] Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8., SU-624 de 1999, C-1165 de 2000 y C-1489 de 2000.

[23] 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).

[24] Ver al respecto, entre otras, las sentencias C-674 de 2002, C-427 de 2000, C-429 de 1997 y C-445 de 1995. [25] Ver sentencia C-1191 de 2001, Fundamento 62; en el mismo sentido, ver sentencias C-093 de 2001, C-674 de 2002, C-673 de 2001, C-081 de 1996, C-445 de 1995 y C-265 de 1994.

[26] Sentencia C-613 de 1996 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) Fundamento No. 9. [27] La Corte en Sentencia T-1752 de 2000 (MP. Cristina Pardo Schlesinger) sostuvo en torno a los requisitos para acceder a la pensión de jubilación: “Con todo, por tratarse de un derecho prestacional y un mecanismo de ahorro forzoso de la población laboralmente activa, cuya efectividad depende de la cantidad de recursos del sistema en un momento histórico determinado, su exigibilidad como derecho prestacional subjetivo está sujeta a unas restricciones y condicionamientos específicos, que permiten garantizar que toda la población tenga acceso a él. (...) El artículo 48 de la Constitución establece que este servicio estará sujeto a los principios de eficiencia, solidaridad y universalidad, por lo cual es indispensable que su prestación sea regulada mediante un proceso legislativo.” [28] Al respecto, la Corte ha dicho: “Sin embargo, cabe preguntarse si este principio debe aplicarse de manera tal que toda mutación normativa, a través de la cual se pretenda cambiar la regulación legal preexistente, debe predicarse inconstitucional si permite la subsistencia temporal del régimen anterior, o no se retrotrae a regular situaciones consolidadas a su amparo. Este cuestionamiento se revela particularmente importante aplicado al ámbito de los derechos sociales y económicos, pues corresponde a su esencia, admitir un desarrollo progresivo, con arreglo a las posiciones políticas dominantes en las cámaras legislativas y, por supuesto, a la disponibilidad de recursos públicos.” (...) “Una respuesta positiva a este interrogante llevaría a la Corte a adoptar una de dos alternativas: (1) la petrificación del ordenamiento vigente en un determinado momento histórico, con menoscabo del principio democrático (C.P.

art. 1, 2, 3, 40 y 150) y de la naturaleza misma del sistema jurídico o, (2) la aplicación retroactiva de toda ley posterior, en abierta contradicción con principios como el de la seguridad jurídica de tanta importancia para el desarrollo pacífico de una sociedad, en tanto condición de posibilidad para la realización de los derechos constitucionales fundamentales y para la progresiva evolución de una economía social de mercado (CP. Arts. 1, 2, 22, 333).” Sentencia C-613/96 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[29] Ver 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-699A, 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).

[30] Ver entre otras las sentencia T-047 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), y T-641 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra). [31] Sobre el tránsito normativo de la pensión de invalidez, ver entre otras la sentencia T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño).

[32] Sentencia T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño). [33] Ver 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-699A, 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). [34] Sentencia T-1291 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

[35] La Ley 860 de 2003 entró en vigor el 29 de noviembre de 2003. [36] Dato obtenido a partir de informes de la Superintendencia Financiera del mes de octubre de 2008.

[37] Según el artículo 33.2 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003: “ Para tener el derecho a la Pensión de Vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (…) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. ‖ A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1o.de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.” [38] Cft. Sentencias C-251 de 1997 y C-038 de 2004.

[39] Sentencia C-038 de 2004. [40] Ibidem. [41] Sentencia C-507 de 2008. [42] Cft., entre otras, C-038 de 2004. [43] 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.

[44] Sentencia C-507 de 2008. [45] Cft. Sentencias C-1064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004. [46] Sentencia C-507 de 2008. [47] Sentencia C-991 de 2004. En el mismo sentido la sentencia T-025 de 2004.

[48] Sentencia C-507 de 2008. [49] 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” .

[50] 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.