COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/080/08

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/080/08
Expediente	—
Fecha	2006-12-28
Sala	Sala Cuarta de Revisión
Magistrado ponente	Manuel José Cepeda Espinosa
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Linea Jurisprudencial Sobre Transito Normativo En Materia De Pension De Invalidez Discapacitado

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Que la demandante no cumplía los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003 rigurosamente la ley 860 de 2003 a la peticionaria quien sufre de cáncer y que ya había cumplido los requisitos de pensión de invalidez con la ley 100 de 1993

Texto completo

T-080-08 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-080/08 ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional para reconocimiento y pago de pensión de invalidez DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Carácter progresivo DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ- Requisitos que se deben acreditar PENSION DE INVALIDEZ DE ORIGEN COMUN- Definición y determinación PENSION DE INVALIDEZ- Modificaciones introducidas por las leyes 797 y 863 de 2003 LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE TRANSITO NORMATIVO EN MATERIA DE PENSION DE INVALIDEZ DISCAPACITADO- Protección constitucional especial PENSION DE INVALIDEZ- Fondo de pensiones la negó con el argumento que la demandante no cumplía los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003 PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD- Vulneración por aplicar rigurosamente la ley 860 de 2003 a la peticionaria quien sufre de cáncer y que ya había cumplido los requisitos de pensión de invalidez con la ley 100 de 1993 Referencia: expediente T-1.705.189 Accionante:

Alexander Osorio Cifuentes Demandado: Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A. Magistrado Ponente: Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de enero dos mil ocho (2008) La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Mauricio González Cuervo y Marco Gerardo Monroy Cabra, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente SENTENCIA en el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cincuenta Nueve Civil Municipal de Bogotá y por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro de la acción de tutela instaurada por Alexander Osorio Cifuentes contra el Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCION S.A.

I. ANTECEDENTES 1. La solicitud El señor Alexander Osorio Cifuentes presentó acción de tutela el día siete (07) de mayo de dos mil siete (2007) contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., por considerar que esta entidad vulneró sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

2. Hechos relevantes. 2.1. El accionante, quien actualmente tiene veintiocho (28) años de edad, se encuentra afiliado desde el primero (1°) de diciembre del año dos mil tres (2003) al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

2.2. En el mes de mayo del año (2005) le fue diagnosticado Carcinoma Nasofaringeo Linfoepitelial , el cual ha sido tratado con quimioterapia y radioterapia, a través de la E.P.S Cafesalud.

2.3. Debido a su enfermedad, la empresa prestadora de servicios de salud señalada remitió al usuario a Medicina Laboral para que se efectuara la valoración de la pérdida de su capacidad de trabajo. Mediante calificación de dieciocho (18) de noviembre de dos mil seis (2006), dicha dependencia determinó que el accionante tenía un porcentaje de invalidez del sesenta punto diecinueve por ciento (60.19%), generada por enfermedad de origen común y con fecha de estructuración diecinueve (19) de julio de dos mil cinco (2005); este dictamen fue enviado al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

2.4. Con fundamento en dicha comunicación, Protección S.A. remitió el caso del actor a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A -empresa con la que tiene contrato- con el fin de que dicha entidad estableciera el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral del accionante. Esta última calificó al señor Osorio Cifuentes con un porcentaje de invalidez del sesenta y ocho punto diecinueve por ciento (68.19%), generada por enfermedad común y con fecha de estructuración diecinueve (19) de agosto de 2005 [1] .

2.5. El veintiocho (28) de diciembre de dos mil seis (2006), el actor solicitó a Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez. Analizada la solicitud, la entidad determinó que el demandante no tenía derecho a dicha prestación por cuanto no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 [2] ; en efecto, la accionada sostuvo que el señor Osorio Cifuentes debía tener setenta y nueve punto cincuenta y un (79.51) semanas cotizadas y en su historia laboral sólo reportaba un total de sesenta y uno punto veintinueve (61.29) semanas.

3. Fundamentos de la acción. Sostiene el peticionario que la decisión de Protección S.A. de negar el reconocimiento de la pensión de invalidez desconoce sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social, ya que dicha decisión se funda en un cálculo errado del tiempo necesario para cumplir con el requisito de fidelidad al sistema, por cuanto consideró la fecha en la que se había efectuado la calificación por parte de la Compañía de Seguros como referente para evaluar el cumplimiento de dicho requisito. Así, a su juicio, los extremos que debía considerarse eran el diecinueve (19) de julio de mil novecientos noventa y nueve (1999) -fecha en la cual cumplió los 20 años de edad-, y el diecinueve (19) de julio de dos mil cinco (2005), momento en el que, según aduce, se produjo la primera calificación de su estado por la E.P.S Cafesalud y no como lo hizo la entidad. En consecuencia, las semanas a acreditar no eran setenta y nueve punto cincuenta y una (79.51), sino sesenta punto cuarenta y ocho (60.48), por lo que en realidad él sí cumple con la exigencia legal.

En relación con su estado de salud, sostiene que el cáncer nasofaringeo que padece requiere de tratamiento urgente por cuanto hizo metástasis ósea y ha tenido progresión tumoral. Así las cosas, estima que al serle negada la pensión de invalidez se le impide a su vez tener acceso a los servicios de salud que requiere, gastos que hasta este momento han sido asumidos en lo básico por su núcleo familiar.

Finalmente, considera que si bien es cierto que el reconocimiento de la pensión de vejez procede por ministerio de la ley y no por vía de tutela, también es cierto que la Corte, excepcionalmente ha aceptado la procedencia del amparo cuando el medio judicial previsto por el ordenamiento jurídico no es idóneo o cuando se presenta un perjuicio irremediable que haga viable la tutela como mecanismo transitorio para evitar la vulneración irreparable de los derechos fundamentales, elementos que, a su juicio, de presentan en su caso.

4. Pretensiones del demandante. El accionante le solicita al juez de tutela que se amparen sus derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social y que, en consecuencia, se le reconozca por esta vía la pensión de invalidez a la que

considera que tiene derecho.

5. Oposición a la demanda de tutela. Mediante comunicación de dieciocho (18) de mayo de dos mil siete (2007), Protección S.A. dio respuesta al requerimiento judicial.

Allí, manifiesta que el Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., está sometido al imperio de la ley y, por lo tanto, sólo puede reconocer y pagar las prestaciones económicas previamente establecidas por el legislador, siempre que se cumplan todos y cada uno de los requisitos exigidos para el efecto.

Por tal razón, afirma que en ningún momento se han transgredido los derechos del accionante, dado que la entidad ha obrado conforme a todo procedimiento legal en el trámite de la pensión de invalidez solicitada, que no obstante no pudo hacerse efectiva por la faltar uno de los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Considera, entonces, que no ha desconocido los derechos del accionante ya que el afiliado fue atendido oportunamente, se le remitió para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y una vez determinada ésta se pasó al análisis de los demás requisitos para el reconocimiento pensional.

De otro lado, precisa que la acción de tutela es un mecanismo subsidiario que debe ser utilizado sólo cuando los procedimientos legales resultan ineficaces o cuando no existen otros medios de defensa judicial y, en forma transitoria, para evitar un perjuicio irremediable, lo cual no sucede en este caso.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN 1. Primera instancia. Mediante sentencia de veintiocho (28) de mayo de dos mil siete (2007) el Juzgado Cincuenta y Nueve Civil Municipal de Bogotá negó el amparo invocado, con base en las siguientes consideraciones.

A su juicio, la acción de tutela es un mecanismo subsidiario al cual no se puede recurrir cuando existen otras vías judiciales para lograr la efectividad de los derechos, razón por la cual en el presente caso el actor debe acudir a los medios ordinarios de defensa judicial. Ello, además, por cuanto el juez de tutela no puede disponer sobre el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, ya que esa decisión ha sido corresponde a otras autoridades administrativas y judiciales a las cuales el interesado debe dirigirse.

2. Impugnación. Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el accionante impugnó el fallo, mediante escrito a través del cual reiteró los argumentos expuestos en la acción de tutela.

3. Segunda instancia. El Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de once (11) de julio de dos mil siete (2007) confirmó la decisión adoptada en primera instancia, al considerar que no le corresponde al juez de tutela reconocer la pensión de invalidez que reclama el actor.

III. DOCUMENTOS ALLEGADOS EN SEDE DE REVISIÓN. Mediante comunicación recibida en esta Corporación el día diez (10) de octubre de dos mil siete (2007), el señor Alexander Osorio Cifuentes se dirigió a la Sala para informar algunos datos que a su juicio resultan relevantes a efectos de dar solución a la presente acción.

En este sentido, señaló que su estado de salud se ha visto agravado por cuanto el cáncer que lo afecta hizo metástasis en el tórax, razón por la cual se encuentra en tratamiento con quimioterapia y radioterapia, medidas que han afectado su capacidad visual y auditiva.

Sostuvo además que “debido a [su] limitado conocimiento de las leyes, al ser negadas (sic) la tutela [pensó] que ya no tenía ninguna opción” , razón por la cual decidió aceptar la devolución de los saldos de su cuenta frente a la necesidad de cubrir sus necesidades básicas, pero que a la fecha tampoco se le ha cancelado dicho prestación, por lo que se encuentra en una situación de absoluta desprotección.

Finalmente, el actor hace un recuento de distintas sentencias proferidas por esta Corporación para luego concluir que la norma en la cual se fundamentó la negativa de la entidad en el reconocimiento de la pensión a la que considera tener derecho, es regresiva y, en consecuencia, debe ser inaplicada por inconstitucional.

IV. FUNDAMENTOS JURÍDICOS. 1. Competencia. A través de esta Sala, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas en el proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico De conformidad con lo expuesto en el acápite de antecedentes, se le atribuye al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. la vulneración de los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, como consecuencia de su decisión de negar el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que el actor alega tener derecho.

En este escenario, los problemas jurídicos planteados por la presente acción se refieren, en primer lugar, a la necesidad de determinar si el mecanismo de amparo constitucional resulta procedente para definir la titularidad del derecho a la pensión de invalidez que reclama el actor, frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial y, en segundo término -en caso de que la respuesta al citado interrogante sea positiva-, al análisis de la decisión adoptada por la entidad accionada a través de la cual, según alega el demandante, se produjo una vulneración de sus derechos fundamentales.

En aras de resolver de fondo el asunto objeto de estudio, esta Sala reiterará la jurisprudencia constitucional relativa (i) al carácter subsidiario y residual de la acción de tutela frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial; a continuación, se referirá (ii) al principio de progresividad como pilar fundamental del sistema de seguridad social y del derecho a la seguridad social y (iii) a los efectos del tránsito legislativo en relación con las exigencias y requisitos establecidos por el legislador para adquirir el derecho a recibir una pensión de invalidez, para, finalmente, (iv) proceder al análisis del caso en concreto.

3. Procedencia de la acción de tutela frente a la existencia de otros medios de defensa judicial. 3.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo constitucional de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, cuando éstos resultan vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos establecidos en la ley.

Con fundamento en la norma constitucional señalada y conforme lo ha sostenido esta Corporación [3] , el carácter subsidiario de la acción de amparo se traduce en que, por regla general, ella no procede cuando existan otros medios de defensa judicial, salvo que éstos no resulte eficaces para proteger el derecho fundamental involucrado o se esté frente a la inminente configuración de un perjuicio de carácter irremediable que haga necesaria la intervención inmediata del juez de tutela .

A partir de las anteriores consideraciones, este Tribunal ha establecido que, en principio, a través del ejercicio del mecanismo de amparo constitucional no puede pretenderse el reconocimiento o restablecimiento de derechos pensionales, ya sea que se trate de una pensión de vejez, invalidez o sobrevivientes. En efecto, la Corte Constitucional ha precisado que el conocimiento de este tipo de solicitudes es de competencia, por regla general, de la justicia ordinaria laboral o contencioso administrativa según el caso, dado que su trámite exige la valoración de aspectos litigiosos de naturaleza legal que escapan al ámbito de competencia del juez de tutela.

No obstante lo anterior, esta Corporación también ha señalado que de manera excepcional es posible que a través de la acción de tutela se ordene el reconocimiento, restablecimiento o pago de los ci tados derechos pensionales, cuando quiera que a pesar de existir otro medio de defensa judicial, éste resulte ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales comprometidos.

Al respecto, la Corte ha sostenido: “De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, la acción de tutela, dado su carácter subsidiario, no procede para ordenar el reconocimiento de prestaciones sociales ni para ordenar el pago de acreencias laborales, cuando existan otros medios de defensa judicial funcionales y eficaces o cuando no se produzca un perjuicio irremediable.

Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico. También ha señalado esta Corporación que, dada la responsabilidad primaria que cabe a los jueces ordinarios en la protección de los derechos, la procedencia de la tutela está sujeta a la ineficacia del medio de defensa judicial ordinario, situación que sólo puede determinarse en cada caso concreto.

” [4] (Negrilla fuera de texto) En este sentido, la procedencia excepcional de la acción de tutela exige del juez constitucional un análisis concreto de la situación particular del afectado, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente idóneo para proteger de manera integral sus derechos fundamentales, ya que, de determinarse que ello no es así, el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional [5] .

3.2. Ahora bien, este Tribunal también ha señalado que el juicio de procedibilidad de la acción de tutela se torna menos estricto frente a los sujetos de especial protección constitucional como los niños, los ancianos, las mujeres embarazadas o las personas que sufren algún tipo de discapacidad física o mental, lo que deviene como consecuencia de su estado de debilidad manifiesta y del especial amparo que la Constitución Política les brinda. En este orden de ideas, en estos casos, la procedibilidad de la acción se somete a reglas probatorias menos estrictas, derivadas directamente de la condición especial en que se encuentra el afectado [6] .

Sobre este asunto, la Corte Constitucional ha establecido: “(…) es pertinente acotar que en materia de procedibilidad de la acción de tutela, la Corte ha manifestado que, no obstante la rigurosidad con que el juez debe evaluar los requisitos exigidos para dar curso al mecanismo de amparo, existen situaciones especiales en las que el análisis de procedencia de la acción debe desatarse de manera más amplia y permisiva, en atención a la especial naturaleza de las personas que solicitan la protección de sus derechos constitucionales fundamentales .” [7] (Negrilla fuera de texto).

En conclusión, frente a la existencia de otros mecanismos de defensa judicial la procedencia de la acción de tutela se encuentra ligada, entre otros aspectos, a la comprobación de que dichos medios ordinarios de defensa judicial resultan ineficaces para la protección de los derechos fundamentales que se estiman vulnerados, circunstancia esta última que sólo puede verificarse en el caso concreto y que, en el caso de las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, exige un juicio de procedibilidad menos riguroso y estricto. Bajo este contexto, en algunos casos excepcionales, la acción de tutela será procedente para determinar si en el trámite de reconocimiento de derechos pensionales -como en este caso de una pensión de invalidez-, se presentó una violación de los derechos fundamentales del afectado.

4. El carácter progresivo del derecho a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia. De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble naturaleza; de una parte, es un servicio público que debe ser prestado de manera obligatoria por parte del Estado y de los particulares autorizados para tal fin y, de otra, es un derecho que debe ser garantizado a todos los habitantes [8] .

Desde la perspectiva del derecho, la seguridad social goza de la naturaleza de asistencial o prestacional, lo que implica que debe ser garantizado de forma progresiva y programática por el Estado [9] . Por su parte, desde la arista del servicio público, de acuerdo con los mandatos constitucionales, se fundamenta en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación y progresividad, cuyo alcance se encuentra definido por la ley.

El principio de progresividad implica que el Estado debe avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población;

su consagración en nuestro ordenamiento no sólo deviene del reconocimiento expreso que el constituyente estableció en la Carta Política sino también de instrumentos internacionales de derechos humanos firmados por el Estado colombiano, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Protocolo de San Salvador, a la luz de los cuales la Corte ha sostenido que este principio "parece sugerir que el único deber jurídico que impone a los Estados es el de no deshacer de manera injustificada el eventual desarrollo legislativo que haya sido ofrecido;

lo cual se opondría al reconocimiento de un contenido intrínseco de estos derechos". [10] El principio de progresividad genera una prohibición general de establecer medidas regresivas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados, lo que en otros términos significa que el ejercicio legislativo en materia de seguridad social debe dirigirse al establecimiento de condiciones que amplíen los beneficios existentes y que, en todo caso, no desmejoren las condiciones creadas. Así lo ha establecido en reiteradas oportunidades esta Corporación:

"(…) 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 [11] "

[12] . (Se subraya). En consecuencia, si bien el legislador goza de una amplia facultad de configuración legislativa en esta materia, dicha facultad encuentra un límite precisamente en el respeto del principio de progresividad, lo que significa que la regulación que pretenda expedir en torno a este tema no puede restringir los reconocimientos que ya se habían logrado a favor de los afiliados.

A partir de lo anterior, esta Corporación ha desarrollado la doctrina de la inconstitucionalidad prima facie según la cual, como quiera que existe una prohibición inicial para que el legislador adopte medidas regresivas en materia de derechos sociales, económicos y culturales [13] , cuando se esté frente a una medida que tenga esta naturaleza se presume prima facie su inconstitucionalidad.

Sin embargo, se trata de una presunción que puede ser desvirtuada si se demuestran los siguientes elementos que han sido establecidos por la Corte Constitucional:

"(i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas" [14] Así, puede afirmarse que, de manera general, para que el legislador pueda implementar normas regresivas en materia de derechos prestacionales es necesario que emplee una mayor carga argumentativa [15] , mediante la cual se establezca que las medidas introducidas, no obstante retroceder en el reconocimiento de derechos sociales, económicos y culturales, resultan razonables, proporcionales y justificadas. En efecto, sobre el tema la Corte Constitucional ha señalado:

"No obstante, es factible que el legislador establezca regulaciones regresivas en tratándose de derechos sociales y económicos, cuando éstas sean razonables y proporcionales y se encuentren debidamente justificadas. En la Sentencia C-38 de 2004, la Corte se refirió a estos presupuestos señalando que, tratándose de medidas regresivas, el legislador debe acreditar que las mismas no fueron adoptadas en forma inopinada, sino que fueron el resultado de un estudio cuidadoso,

en el cual se tuvieron en cuenta distintas alternativas. Además, debe establecerse que las distintas alternativas, menos lesivas en términos de protección de los derechos involucrados, no eran igualmente eficaces.

Finalmente, debe poder acreditarse que la medida no sea desproporcionada, en estricto sentido, de manera que el retroceso en la protección del derecho afectado no aparezca excesivo frente a los logros obtenidos" [16] .

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

5. La pensión de invalidez en el régimen de seguridad social. De acuerdo con la amplia facultad de configuración legislativa que el artículo 48 de la Constitución Política otorga al legislador, éste expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el sistema de seguridad social integral, compuesto por los regímenes de salud, pensiones y riesgos profesionales.

Dentro del sistema general de seguridad social en pensiones, el legislador estableció una prestación específica para garantizar que aquellas personas que han cotizado al sistema o que se encuentran realizando aportes y sufren una pérdida de su capacidad laboral en la proporción que la ley establece, tengan derecho a acceder a una fuente de ingresos que les permita solventar sus necesidades vitales; dicha prestación es la pensión de invalidez [17] , mediante la cual se busca realizar el mandato previsto en el artículo 13 constitucional, al brindar especial protección a las personas disminuidas físicamente.

La pensión de invalidez, tal y como lo ha señalado esta Corporación, guarda un estrecho vínculo con los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de las personas que han visto mermada su capacidad laboral en los porcentajes legales; ello por cuanto, como regla general, en estos casos le es imposible a los afiliados acceder a una fuente de ingresos que les permita satisfacer sus necesidades básicas. Así, en los términos de esta Corte, " [E] l derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional del artículo 48 en cuanto le impone como deber el de garantizar a todos los habitantes 'el derecho irrenunciable a la seguridad social'.Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales".

[18] La pensión de invalidez puede generarse por enfermedades o accidentes de riesgo común o de origen profesional; en lo que guarda relación con la pensión de invalidez por riesgo común, ésta se encuentra regulada por el Capítulo III del Título II de la Ley 100 de 1993. Según el artículo 38 del régimen de seguridad social, " se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral ".

Este es, pues, el presupuesto fundamental de la prestación, ya que la calidad de inválido explica el hecho de que no se pueda continuar laborando y por ende justifica el reconocimiento de una suma de dinero que garantice la subsistencia de la persona.

De acuerdo con el artículo 40 de la citada Ley, el estado de invalidez se determina por medio de una calificación que se encuentra a cargo de las entidades autorizadas para el efecto, las cuales, en los términos de dicha norma, son las siguientes:

“Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de aquellas entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.” En ese orden, el Instituto de Seguros Sociales, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las Entidades Promotoras de Salud y las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, están facultadas para emitir el primer dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral del afiliado, en el que deberá indicarse el porcentaje de afectación producida por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía, de modo que se le asigne un valor a cada uno de estos conceptos, lo cual determinará un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuró la invalidez [19] .

Ahora bien, quien pretenda el reconocimiento de una pensión de invalidez debe demostrar, además de su condición de inválido certificada así por cualquiera de las entidades atrás señaladas, el cumplimiento de los requisitos establecidos por el legislador en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, norma que, a su vez, ha sido modificada en dos oportunidades por el legislador.

En su versión original este artículo disponía que la posibilidad de acceder a la pensión se sujetaba al cumplimiento de unos requisitos determinados, dependiendo de la situación en la que se encontrara el afiliado respecto del sistema; así, (i) para aquellos afiliados que estuvieran cotizando al régimen, era necesario demostrar haber efectuado cotizaciones por lo menos durante 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez y (ii) para aquellos que hubieren dejado de cotizar, debían haber efectuado aportes durante mínimo 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se estructuró el estado de invalidez.

Posteriormente, el Congreso de la República profirió la Ley 797 de 2003, en cuyo artículo 11 se introdujo una modificación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993; dicha norma tuvo vigencia desde el 29 de enero de 2003 hasta el 19 de noviembre del mismo año, cuando la Corte Constitucional mediante la sentencia C-1056 de 2003 [20] declaró inexequible la disposición en comento por encontrar que en su formación se habían producido vicios de trámite. Esto llevó a que cobrara vigencia nuevamente el contenido normativo original del artículo 39 señalado.

Finalmente, el legislador expidió la Ley 860 de 2003, mediante la cual modificó el articulo 39 de la Ley 100 de 1993 y estableció unos requisitos para acceder a la pensión de invalidez más estrictos, ya que, además de la calificación del estado de invalidez, a partir de dicha modificación se exige que el afiliado demuestre el cumplimiento de dos requisitos a saber: (i) haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez y (ii) comprobar que la fidelidad de cotización para con el sistema es de al

menos el 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.

Así las cosas, es claro que la modificación introdujo requisitos más estrictos para acceder al beneficio de la pensión, toda vez que, en primer lugar, aumentó el número de semanas de cotización requeridas, pues en el régimen de la Ley 100 de 1993 debía cumplirse con 26 semanas en cualquier tiempo, mientras que con la modificación se aumentaron a 50 que deben haberse aportado en los 3 últimos años anteriores a la fecha de estructuración y, en segundo término, se estableció una exigencia adicional de fidelidad que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, en el sentido de que se tiene que haber cotizado al sistema por lo menos el 20% del tiempo trascurrido entre la fecha en la que el afiliado cumplió 20 años de edad y la primera calificación del estado de invalidez.

Adicionalmente, debe señalarse que frente a este cambio en la normatividad el legislador no previó un régimen de transición que permitiera garantizar que no se afectarían los derechos de aquellos que habían cotizado en vigencia de la norma original de la Ley 100 de 1993 y quienes, en consecuencia, podían tener una expectativa legítima en cuanto al régimen aplicable para acceder a las prestaciones reconocidas por el régimen [21] .

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

En efecto, esta Corporación ya se ha pronunciado en distintas oportunidades respecto de casos en los que la aplicación de la norma en cita hizo nugatoria la posibilidad de acceder a la pensión de invalidez de algunos afiliados, a pesar de que bajo el contenido normativo original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 sí hubiesen obtenido el reconocimiento de dicha prestación. En estos eventos la Corte, a la luz de los elementos de cada caso y en aplicación directa de los mandatos establecidos en la Carta Política, ha decidido inaplicar por inconstitucional el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por violación del articulo 48 del Texto Superior y de los instrumentos internacionales a los que se hizo referencia con anterioridad, en cuanto constituye una medida regresiva en relación con las condiciones exigidas por el sistema de seguridad social para el efecto.

Así, por ejemplo en la sentencia T-1291 de 2005 [22] la Corte analizó el caso de una persona a quien se le había negado la pensión de invalidez porque, no obstante que tenía un porcentaje de pérdida de capacidad laboral mayor al 50%, contaba con un amplio periodo de cotización y cumplía con el requisito de fidelidad, no tenía registradas las 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración, exigidas por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. En esa oportunidad, esta Corporación consideró que, dado que la accionante había empezado a cotizar bajo el régimen previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y que para el momento en el que se estructuró la invalidez había cumplido con el requisito de haber cotizado 26 semanas, la modificación introducida por la Ley 860 de 2003 resultaba vulneratoria del principio de progresividad establecido en el artículo 48 de la Carta Política, lo que -de contera- comportaba una violación de los derechos fundamentales a la igualdad, a la vida digna, al mínimo vital y a la seguridad social de la peticionaria.

En el mismo sentido, en sentencia T-221 de 2006 [23] , mediante la cual se resolvió un caso de similares supuestos fácticos, la Corte Constitucional consideró que los fundamentos esgrimidos por el legislador al momento de adoptar la modificación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no resultaban razonables, proporcionales ni justificados, lo que llevaba a concluir que la disposición comportaba una vulneración del principio de progresividad. En efecto, la Corte señaló en esa oportunidad:

“De otra parte, puede sostenerse que la norma contenida en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 carece de justificación suficiente para que la Corte encuentre razonable el retroceso en la protección del derecho a la seguridad social que ella implica frente a las personas inválidas de la tercera edad, toda vez que la norma, de acuerdo a su historia legislativa [24] , propende por la generación de la cultura de afiliación al sistema y a la reducción de los fraudes al mismo, finalidad que no por ser loable deja de ser desproporcionada, en cuanto desconoce las garantías mínimas ofrecidas a las personas en general, y en concreto a las personas de la tercera edad que se encuentran padeciendo de una limitación en sus capacidades laborales.

(…) Así las cosas, resulta paradójico que, so pretexto de promover la cultura de afiliación, se penalice a aquellas personas que carecen de un hábito en tal sentido. La norma jurídica en revisión establece un incentivo para los agentes en el sentido de afiliarse desde temprana edad, toda vez que solo así podrán gozar de las garantías propias en materia de seguridad social en pensiones; pero resulta contrario a la lógica jurídica que una norma posterior que establezca nuevos requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo el prurito del fomento de la cultura de afiliación, castigue a quienes se comportaron de acuerdo a la legislación imperante hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003.” En consecuencia, esta Corporación concluyó en el citado fallo que la medida asumida por el legislador resulta desproporcionada, ya que bajo la alegada necesidad de fomentar los fines señalados, se sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección por parte del Estado Colombiano. Adicionalmente, el hecho de que al interior del cuerpo legislativo no se presentara un debate respecto de la incidencia de la adopción de dicha norma, ni tampoco se consideraran medidas alternativas que permitieran acometer los mismos propósitos pero procurando disminuir el impacto negativo sobre la población, hacen que el artículo en mención carezca de justificación.

Bajo tales consideraciones, en los casos en los que la Corte Constitucional ha encontrado que la aplicación de la medida resulta regresiva, ha sostenido que “ tiene lugar que el juez constitucional, de acuerdo con la situación fáctica particular, inaplique el artículo 11 de la Ley 797 o el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y, en su lugar, verifique las exigencias para pensionarse a la luz del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (original), en aquellos casos en los que se trate de una persona que haya cotizado en ambos regímenes, tuviese la expectativa de que se pensionaría conforme con los requisitos que mencionaba el articulo 39 de la Ley 100, y que, en el caso concreto, al no poder pensionarse al tenor de los requisitos del nuevo régimen, ve afectados sus derechos fundamentales.

” [25] . A partir de las anteriores consideraciones, esta Sala procederá a efectuar el análisis del caso concreto, previa la verificación de si en el presente asunto el mecanismo de amparo constitucional resulta procedente como mecanismo de protección inmediata de los derechos fundamentales que el actor alega como vulnerados. Establecido lo anterior, deberá la Sala determinar si, de acuerdo con los supuestos fácticos que originaron la presente acción, hay lugar a ordenar la inaplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

6. El caso concreto 6.1. Antes de proceder al análisis de fondo del asunto en concreto, la Sala encuentra necesario establecer, en primer lugar, si el mecanismo de amparo constitucional es procedente para solicitar la protección de los derechos fundamentales invocados por el accionante, de acuerdo con las consideraciones generales previamente expuestas.

En el caso sub judice se encuentra probado que el demandante, quien actualmente tiene veintiocho (28) años de edad, fue diagnosticado en el mes de mayo del año dos mil cinco (2005) con la enfermedad denominada “carcinoma nasofaringeo linfoepitelial” . De acuerdo con las distintas valoraciones médicas que se le han realizado en su E.P.S. -donde ha venido recibiendo el tratamiento que requiere- las posibilidades de rehabilitación son “escasas” [26] , ya que no puede ser manejado a través de procedimientos quirúrgicos y, por tanto, la entidad ha concluido que se trata de una enfermedad que en su caso es “letal” [27] y “catastrófica” ;

en la actualidad, de acuerdo al escrito que el actor hizo llegar a esta Corporación en sede de revisión y al cual anexó un informe suscrito por su médico tratante, el cáncer que padece ya ha afectado su capacidad visual y auditiva, con el agravante de que éste hizo metástasis ósea al tórax.

La gravedad del estado actual de salud del accionante y el hecho de que los tratamientos a los que debe someterse sean tan agresivos, son circunstancias que han impedido que el actor desarrolle alguna actividad productiva que le permita solventar sus necesidades básicas. De esta manera, en la actualidad el demandante no está devengando ningún tipo de ingreso pero, adicionalmente, dado que sus posibilidades de rehabilitación son escasas, tampoco es viable que en un futuro cercano pueda conseguir un trabajo del cual derivar su sustento.

En este punto debe recordarse que la condición de invalidez de una persona hace que ésta sea sujeto de especial protección constitucional, razón por la cual el análisis de procedibilidad de la acción de tutela cuando el afectado es una persona que ostenta tal condición se torna más flexible. En este caso, el actor ha sido calificado como inválido por una entidad competente para el efecto, lo que genera que dicha regla jurisprudencial tenga aplicación en el presente asunto.

Establecido lo anterior, para esta Sala es claro que en el caso objeto de revisión el vínculo existente entre el derecho prestacional que reclama el actor y la efectividad de sus derechos fundamentales se torna más estrecho, en la medida en que el reconocimiento de la pensión de invalidez que demanda es la única forma en la que podría obtener los recursos necesarios para su digna subsistencia y, adicionalmente, por cuanto de esa manera es posible garantizar que continúe recibiendo los servicios médicos que demanda la grave enfermedad que padece; gastos que hoy están siendo cubiertos en lo básico por su núcleo familiar pero que, en todo caso, y dada la gravedad de su padecimiento, no pueden quedar sujetos a la eventualidad de que ésta situación se mantenga.

En ese escenario, si bien es cierto que las normas vigentes prevén que frente a este tipo de controversias proceden los mecanismos ordinarios de defensa en la jurisdicción ordinaria laboral, en el caso bajo examen es evidente que estos medios no resultan eficaces para lograr la protección expedita, idónea e integral de los derechos fundamentales del accionante, ya que su situación exige la adopción de medidas de carácter inmediato e impostergable, lo cual torna procedente la acción de tutela a fin de impedir la prolongación del daño que podría originarse al actor como consecuencia de la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez que ahora reclama.

En consecuencia, esta Sala procederá a continuación a efectuar el análisis de fondo del asunto planteado por la presente acción. 6.2. Tal y como se estableció en el acápite de antecedentes de esta providencia, mediante el ejercicio del mecanismo de amparo constitucional el accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, los cuales, a su juicio, se han visto afectados por la decisión adoptada por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección en el sentido de negar el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que considera tener derecho. Por su parte, el Fondo accionado estima que su actuación responde a la aplicación estricta de la normatividad aplicable, ya que la razón por la cual no accedió a la petición formulada por el actor estriba en la falta de cumplimiento de uno de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para acceder a dicha prestación, cual es el relacionado con la exigencia de fidelidad en la cotización para con el sistema, situación que se verificó mediante una valoración objetiva de las circunstancias del actor.

En este escenario, la solución del problema jurídico planteado por la presente acción exige establecer si en este caso la aplicación de la citada norma genera como consecuencia la vulneración de los derechos al mínimo vital y a la seguridad social del accionante, teniendo en cuenta que se trata de una persona que es sujeto de especial protección y que no se encuentra en capacidad de trabajar.

Lo primero que debe señalarse es que, tal y como se estableció en el acápite 5 de la presente providencia, el sistema de seguridad social prevé que la calificación del estado de invalidez de una persona puede ser realizada por el Instituto de Seguros Sociales, las Administradoras de Riesgos Profesionales, las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y las Entidades Promotoras de Salud. Todas estas entidades se encuentran facultadas para efectuar la primera calificación de los afiliados y sólo cuando exista controversia respecto de dicho dictamen se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación.

En este sentido, y aplicado lo anterior al caso objeto de estudio, es claro que la valoración que hiciera Cafesalud E.P.S. respecto del estado de invalidez del señor Osorio Cifuentes era suficiente para que éste pudiera acreditar su condición de inválido; no obstante lo anterior, el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. acudió a una compañía de seguros con la que tiene contratado el servicio, para que evaluara la pérdida de capacidad laboral del accionante y, con base en ello, decidir respecto de la prestación solicitada por el actor.

En criterio de esta Sala y teniendo en consideración las normas aplicables, no le era dable al Fondo accionado desconocer el contenido de la calificación que realizó la E.P.S. y decidir el caso a la luz del segundo dictamen ya que, como se anotó, una vez se lleva a cabo la primera valoración de un afiliado por parte de cualquiera de las entidades autorizadas por la ley, solamente las revisiones efectuadas por las Juntas de Calificación de Invalidez tienen la virtualidad de modificarlas, por lo que si el Fondo no se encontraba de acuerdo con la valoración efectuada por la E.P.S. Cafesalud, lo que cabía era que llevara el conflicto a la Junta Regional de Calificación y no, como lo hizo, darle prevalencia al dictamen que ellos habían proferido.

En este sentido, como quiera que la primera calificación proferida por Cafesalud E.P.S. tiene plena vigencia y validez, por no haber sido modificada por las instancias establecidas por la ley para el efecto, será ese primer dictamen el que ha de ser tenido en cuenta por esta Sala para dar solución a la controversia aquí planteada.

De acuerdo con los elementos probatorios que se encuentran en el expediente, el señor Alexander Osorio Cifuentes empezó a cotizar al sistema en el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección el primero (01) de diciembre de dos mil tres (2003) [28] , momento para el cual, en virtud de la declaratoria de inexequibilidad que la Corte Constitucional profirió en relación con el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 por existir vicios de procedimiento, se encontraba vigente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, ya que la modificación introducida por la Ley 860 de 2003 no había empezado a regir. Dicho artículo, tal y como se señaló, establecía que aquellos afiliados declarados inválidos que hubieren dejado de cotizar al sistema, tendrían derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez siempre que hubiesen efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se configuró el estado de invalidez.

Con posterioridad a su afiliación, el Congreso de la República profirió la Ley 860 de 2003 mediante la cual se modificaron las exigencias para poder beneficiarse de la pensión de invalidez, en el sentido de aumentar el número de semanas de cotización requerido y establecer un requisito adicional, cual es el de la fidelidad de la cotización al sistema. Bajo la vigencia de dicha norma al accionante le fue diagnosticado un cáncer nasofaringeo linfoepitelial y, posteriormente, fue calificado como inválido con un porcentaje de incapacidad del sesenta punto diecinueve por ciento (60.19%).

Ahora bien, en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, esta es el diecinueve (19) de julio de dos mil cinco (2005), el actor contaba con treinta punto catorce (30.14) semanas de cotización al sistema [29] , tiempo que le resultaba suficiente para acceder al beneficio de la pensión de invalidez bajo las previsiones normativas establecidas en el régimen vigente al momento en el que empezó a cotizar, el cual, tal y como se anotó, exigía un mínimo de veintiséis (26) semanas de cotización. No obstante lo anterior, a la luz del nuevo régimen el accionante ya no puede acceder a tal prestación por cuanto no cumple uno de los nuevos requisitos impuestos, particularmente, el relacionado con la fidelidad al sistema. Esta fue precisamente la conclusión a la que llegó el Fondo accionado, ya que, bajo la consideración de que al momento en que se estructuró su estado de invalidez se encontraba vigente la Ley 860 de 2003, la entidad aplicó el artículo 1 de dicha normatividad y negó la prestación solicitada.

Lo anterior evidencia que en el caso del accionante la aplicación de la nueva normatividad -mucho más exigente en este punto que la anterior-, hizo nugatorio el derecho que, a la luz del contenido normativo original de la Ley 100 de 1993, le hubiera sido posible exigir al accionante. Esta situación es una clara muestra de la forma en que la regresividad de la norma contenida en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 afecta la situación de personas que, como el demandante, se afiliaron al sistema bajo unos supuestos distintos y quienes ahora se han visto sometidos a una situación de desprotección en virtud de disposiciones claramente violatorias del principio de progresividad.

En efecto, las razones aducidas para la implementación de los requisitos consagrados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 son claramente desproporcionadas, circunstancia que resulta más evidente a la luz de los elementos fácticos del presente asunto. Así, si uno de los argumentos para la exigencia de la fidelidad de cotización para con el sistema es impedir que se produzcan fraudes al mismo -consistentes por ejemplo en que una persona pueda afiliarse por un corto tiempo con el ánimo de exigir el cubrimiento vitalicio de una pensión por invalidez-, en casos como el presente 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. En este caso, además, el hecho de que el accionante haya efectuado cotizaciones durante más de un año antes de que se estructurara el estado de invalidez y que la causa de dicho estado sea una enfermedad de las denominadas catastróficas que surgen de manera imprevisible y repentina, demuestran que no existía en él ningún tipo de intención fraudulenta de acceder a prestaciones pensionales.

En este orden de ideas, resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, que por tal razón no está en capacidad de desarrollar ninguna actividad laboral que le permita obtener los ingresos necesarios para solventar sus necesidades básicas y quien, en todo caso, bajo el imperio del régimen anterior al cual cotizó hubiera tenido derecho a acceder a la pensión de invalidez.

Por todo lo anterior, la Sala concluye que la aplicación del requisito de fidelidad consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 desconoce, en este caso concreto, el principio de progresividad inherente a los derechos que, como la seguridad social, tienen el carácter de prestacionales, por lo que ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida resulta necesario inaplicar la disposición atrás señalada.

En consecuencia, dado que se ha evidenciado la regresividad injustificada de la norma y el perjuicio que su aplicación irroga sobre los derechos del actor, la Sala inaplicará el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 y ordenará que, en su lugar y como mecanismo para proteger de manera inmediata los derechos fundamentales del actor, la administradora de fondos de pensiones accionada dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, de acuerdo al texto

publicado en el diario oficial No. 41.148 de 23 de diciembre de 1993, el cual, para evitar equívocos en el cumplimiento de la presente providencia, se transcribe a continuación:

" ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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

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

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley "

Con base en esta norma, la accionada deberá iniciar el trámite para efectuar el reconocimiento de la pensión de invalidez a que tiene derecho el accionante.

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

PRIMERO: REVOCAR los fallos de tutela proferidos por los Juzgados Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá y Cincuenta y Nueve Civil Municipal de la misma ciudad, dentro de la acción de amparo constitucional promovida por el señor Alexander Osorio Cifuentes en contra del Fondo de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A., y en su lugar TUTELAR los derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social del accionante.

SEGUNDO: ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo con el contenido normativo que tenía antes de la expedición de las Leyes 797 y 860 de 2003 y proceda a tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común a favor del señor Alexander Osorio Cifuentes, desde la fecha en que el actor solicitó su reconocimiento. El tenor literal de la norma señalada es el siguiente:

" ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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

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

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley "

TERCERO: LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados. Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL Magistrado Ponente MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO Magistrado MARCO GERARDO MONROY CABRA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Folios 58 a 62 del cuaderno No.1.

[2] La norma en mención dispone: “ ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo

dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

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

(…)". (Se resalta) [3] Ver entre muchas otras, las sentencias T-711 de 2004, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-651 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra;

T-625 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-556 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-406 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [4] Sentencia T-1268 de 2005, Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

[5] Sentencia T-489 de 1999, Magistrada Ponente: Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. [6] En la sentencia T-1316 de 2001, Magistrado Ponente:

Rodrigo Uprimny Yepes, la Corte Constitucional estableció que en estos casos es necesario tener en cuenta tanto las características globales del grupo, es decir, los elementos que convierte a estos sujetos en titulares de esa garantía privilegiada, como las circunstancias particulares de los individuos que lo componen.

[7] Sentencia T-515 A de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. [8] Respecto de esta dicotomía en materia de naturaleza jurídica de la seguridad social, la Corte expuso lo siguiente con el ánimo de armonizar las aristas de la institución de la seguridad social: "

La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiendo por tal, a un tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable".

Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio ". Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

[9] Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz. [10] Sentencia T-580 de 2007, Magistrado Ponente: Humberto Sierra Porto.

[11] Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [12] Sentencia C-038 de 2004, Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett.

[13] Ver, entre otras, Sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-624 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1165 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1489 de 2000, M.P.

Alejandro Martínez Caballero, T-043 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. [14] Sentencia T-043 de 2007, Magistrado Ponente: Jaime Córdoba Triviño.

[15] Sentencia T-580 de 2007, Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto. [16] Sentencia T-221 de 2006, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

[17] La Corte Constitucional ha definido la pensión de invalidez como " una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstas en la Carta Política ". Sentencia T-951 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[18] Sentencia T-619 de 1995, Magistrado Ponente: Hernando Herrera Vergara. [19] Artículo 31 del Decreto 2463 de 2001. [20] Magistrado Ponente: Alfredo Beltrán Sierra.

[21] Respecto a la confianza legítima de las personas para adquirir un derecho en los tránsitos legislativos esta corporación indicó en la Sentencia C-789 de 2002: “ La creación de un régimen de transición constituye entonces un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo ”.

[22] Magistrada Ponente: Clara Inés Vargas Hernández. [23] Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. [24] Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 593.

Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003. [25] Sentencia T-699 A de 2007, Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil. [26] Folio 3 del cuaderno No.1 [27] Folio 4 del cuaderno No.1. En dicho documento se establece que el hecho de que una enfermedad sea calificada como letal significa que “conduce a la muerte” . Allí se estableció, además, que como consecuencia de su padecimiento y de los tratamientos que ha recibido, el accionante sufre de insuficiencia renal crónica, desprendimiento completo de retina del ojo izquierdo y atrofia óptica del mismo ojo, entre otras complicaciones de pronóstico “malo” .

[28] A pesar de que en la contestación a la demanda de tutela la accionada afirma que la afiliación del accionante se produjo el día veintiocho (28) de diciembre del año dos mil seis (2006), en el expediente obran distintos documentos proferidos por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en los que consta que la fecha de afiliación es realmente el primero (01) de diciembre del año dos mil tres (2003), tales como el reporte del estado de cuentas del afiliado, la respuesta que la entidad dio a la petición de reconocimiento de pensión presentada por el actor y el dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral que dicha entidad le solicitó a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. De acuerdo con el material probatorio que se encuentra en el expediente, en realidad el veintiocho (28) de diciembre de dos mil seis (2006) corresponde a la fecha en la que el actor formuló la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez.

[29] Así consta en los reportes de cotización y estado de cuenta del accionante, expedido por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Folio 55 del cuaderno No.1.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 12 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.