COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/1040/08

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/1040/08
Expediente	T-1923554
Fecha	2003-11-11
Sala	Sala Novena
Magistrado ponente	CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Con
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho A La Seguridad Social
- Derecho A La Pension De Invalidez Como Parte De La Seguridad Social
- Pension De Invalidez
- Pension De Invalidez Y Transito Normativo
- Pension De Invalidez Y Reconocimiento Que Puede Resultar Afectado Con Cambios Legislativos

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Si bien el juez de tutela no es competente para resolver este tipo de conflictos, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan estar afectados cuando pese a estar

Texto completo

T-1040-08 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T- 1040/08 DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Protección constitucional DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ DE ENFERMOS DE VIH – SIDA Si bien el juez de tutela no es competente para resolver este tipo de conflictos, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan estar afectados cuando pese a estar plenamente demostrado, la entidad niega el reconocimiento del derecho. Además, téngase en cuenta que en tratándose de la pensión de invalidez, ha dicho esta Corporación que, igualmente, la acción de tutela es procedente en el evento en que, en casos concretos, las personas se vieren afectadas por un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas que no les permite acceder a dicha prestación, y sin embargo, cumplen a cabalidad los requisitos establecidos en la ley anterior, al considerarse que las medidas resultan desproporcionadas o ilegítimas. Asimismo, se advierte que la pensión de invalidez tiene una gran relevancia social, toda vez que garantiza a los asociados, que padecen de limitaciones significativas que menguan su capacidad para laborar, el acceso a una fuente de ingresos para solventar sus necesidades básicas.

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ COMO PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL -Tratamiento constitucional y legal La pensión de invalidez es una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados incapacitantes al trabajador, como consecuencia de una disminución significativa de su capacidad laboral, la cual tiene una significativa importancia social al “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental en su condición de esenciales e irrenunciables (art. 48 C.P.).” Dicha prestación económica está a cargo del

sistema de seguridad social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y sujeta a los principios que irradian el sistema de la seguridad social previstos en la Carta Política (Art. 48 de la C.N.), tales como los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad. Así, se ha señalado que "es una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos en la Carta Política" Por tanto, la pensión de invalidez es un derecho de creación legal, cuya finalidad es suplir la situación de infortunio que atraviesan quienes han perdido su capacidad para laborar. Así, lo ha reconocido, desde sus inicios, ésta Corporación, al señalar que dicha prestación permite "a los asociados que padecen de limitaciones significativas, el acceso a una fuente de ingreso para solventar sus necesidades vitales." Es importante recordar que "la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por si mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable", debido a que ésta se convierte en la única fuente de ingresos y, por tanto, el medio por excelencia para obtener, ante la adversidad, lo necesario para mantener una familia y subsistir en condiciones dignas y justas. Por esto, frente a estas condiciones, esta Corporación ha concluido que "El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud." PENSION DE INVALIDEZ- Recuento normativo acerca de las disposiciones que la han regulado PENSION DE INVALIDEZ -Casos de personas que iniciaron a cotizar al sistema de pensiones cuando la norma vigente era el artículo 11 de la Ley 797/03 y que tuvo aplicación hasta que se declaró inexequible en sentencia C-1056/03 Es necesario tener en cuenta que según el artículo 45 de la ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, dispone que las sentencias de control abstracto de la Corte Constitucional tienen efectos hacia futuro, a menos que la misma Corporación module su fallo. Por tanto, como la sentencia C-1056 de 2003 no hizo mención al respecto, los efectos de su decisión operaron a partir del 11 de noviembre de 2003, momento en que la norma fue retirada del ordenamiento jurídico. Así pues, se ha estimado que los requisitos impuestos por el artículo 11 de la ley 797 de 2003 resultan más gravosos para acceder a la pensión de invalidez, por cuanto exige un mayor número de semanas cotizadas. Así mismo, la versión primigenia de la ley 100 no contemplaba la permanencia del veinticinco por ciento al sistema que se exigía en la ley 797. En consecuencia, ha señalado esta Corporación que cuando las personas se encontraren afectadas por el tránsito normativo, y por ende ante la concurrencia de las normas aplicables, debe darse preferencia a lo fijado por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, por cuanto exigía menores requisitos en relación con la ley 797 de 2003.

PENSION DE INVALIDEZ Y TRANSITO NORMATIVO -Artículo 11 Ley 797/03 Sobre este aspecto puede concluirse que las personas afectadas por el tránsito normativo previsto en el artículo 11 de la ley 797 de 2003, por cuanto la fecha de la estructuración de su invalidez tuvo ocurrencia antes de su declaratoria de inexequibilidad, puede aplicársele la norma más progresiva, esto es el artículo 39 de la ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que por la sentencia C-1056 de 2003 se revivió esta última disposición.

PENSION DE INVALIDEZ- Casos de personas que se han encontrado afectadas con el cambio normativo introducido por la Ley 860/03 Recuérdese la ley 860 exige haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, cuando la ley 100 señalaba 26 semanas en cualquier tiempo si la persona no había dejado de cotizar, y de lo contrario 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de la invalidez. Además se impuso un nuevo requisito, a saber: la fidelidad al sistema de seguridad social en pensiones del veinte por ciento contado a partir del momento en que el afectado cumple 20 años hasta el momento de la estructuración de la invalidez. Así las cosas, el aumento en los requisitos para el reconocimiento de una prestación que tiene la finalidad de compensar la contingencia derivadas de la pérdida de la capacidad laboral, es una medida que prima facie puede considerarse regresiva de los derechos prestacionales, y por ende contraria al principio de progresividad de los derechos sociales, cuyas generalidades se hizo referencia en el acápite anterior. Por tanto, tal y como se ha precisado, si bien el legislador goza de un amplio margen de libertad para definir las medidas que gobiernan el sistema de seguridad social, éste no puede, prima facie,

desconocer los principios de no regresividad de los derechos prestacionales, de tal forma que las medidas que se adopten deben estar plenamente justificadas conforme al principio de progresividad.

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD En sentencia T-080 de 2008, se estimó que la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003, en relación a la exigencia del porcentaje de fidelidad al sistema, vulneraba, inclusive, los derechos del accionante de 28 años de edad, por cuanto venía efectuando sus cotizaciones antes de la modificación introducida, aún cuando su invalidez fue estructurada en su vigencia. Acotó que la aplicación del nuevo régimen hacía nugatorio el derecho, al no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema, que conforme a la ley 100 de 1993 hubiera podido reclamar, lo que conllevaba al desconocimiento del principio de progresividad inherente al derecho a la seguridad social, en ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de dicha disposición. Advirtió que si unos de los fines para la exigencia de la fidelidad era impedir fraudes al sistema, en casos como el que se analizó, no solo se presumía la mala fe de los afiliados, sino que generaba que personas, que de manera sorpresiva, se vieran afectadas por un estado de invalidez, quedaran desprotegidas, y por ende no pudieran acceder a una prestación, cuyo objeto, precisamente, era contrarrestar tal circunstancia.

PENSION DE INVALIDEZ Y RECONOCIMIENTO QUE PUEDE RESULTAR AFECTADO CON CAMBIOS LEGISLATIVOS -Se presentan casos en que debe aplicarse directamente la Constitución Esta Corte ha definido un consolidado precedente, señalando que el reconocimiento de la pensión de invalidez, puede afectar a quienes no cumplan los parámetros en preceptos legales, que exijan mayores requisitos con los que se venían cotizando bajo las condiciones de una norma estimada más progresiva en el caso concreto, sin que para tal efecto, al menos, se estimare un régimen de transición que respetare las expectativas legítimas. Frente a este escenario, tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, se reitera que, en ciertos casos, el reconocimiento de la pensión de invalidez puede afectar a personas que se encuentren incapacitadas para laborar en razón a su invalidez, precisamente, por que existe un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas. Por tanto, en estos asuntos, debe aplicarse directamente la Constitución Política (Art. 4°) frente a disposiciones que contraríen el principio de progresividad en los derechos sociales, cuando el tránsito normativo no tenga sustento constitucional, que agrava las condiciones exigidas para acceder a la prestación, y no se conciba para el efecto, un régimen de transición que permita a los trabajadores el respeto de sus expectativas legítimas, y por ende los derechos fundamentales que puedan resultar afectados, en especial, el derecho al mínimo vital de quienes no pueden desempeñar una labor que puedan atender sus necesidades, y requieran de una mesada pensional como única fuente de ingreso. Tampoco debe olvidarse que en tratándose de personas de especial protección constitucional el legislador debe contemplar con mayor razón la posibilidad de establecer un régimen de transición frente a medidas regresivas.

Referencia: expedientes T-1923554, T-1927515 y T-1952587. Acción de tutela interpuesta por XX contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Acción de tutela interpuesta por YY y ZZ contra el Instituto de Seguros Sociales. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ. Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Manuel José Cepeda Espinosa, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente SENTENCIA dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Juzgado Sexto Civil Municipal de Medellín y el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela incoada por XX contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. (T-1923554); (ii) el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena y la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por YY contra el Instituto de Seguros Sociales (T-1927515); y, (iii) el Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena y la Sala Civil-Familia del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela presentada por ZZ contra el Instituto de Seguros Sociales (T-1952587).

Dada la enfermedad que padecen los accionantes, (VIH/SIDA), la Sala ha adoptado como medida de protección de su derecho a la intimidad y confidencialidad, suprimir sus nombres de esta providencia y de toda futura publicación de la misma.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, la información sobre las afecciones de la propia salud hacen parte de la esfera privada del individuo, y por ello no pueden constituirse en datos de dominio público [1] .

En consecuencia, para todos los efectos de la presente providencia, el nombre de los actores serán reemplazados por: XX para el actor del expediente T-1923554, YY para el actor del expediente T-1927515 y ZZ para el actor del expediente T-1952587.

I. ANTECEDENTES. A. Expediente T-1923554. El señor XX interpuso acción de tutela contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la "protección y asistencia de las personas en condiciones de debilidad manifiesta" , a la salud y a la seguridad social. La solicitud de amparo se fundamenta en los siguientes:

1. Hechos. Manifiesta que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, el día 11 de noviembre de 2003, determinó que había perdido su capacidad laboral en un 55.35%, dictamen que en el trámite de un recurso de reposición, fue reclasificada en un 60.45%, pues padece de Síndrome de VIH (síndrome de inmunodeficiencia adquirida) SIDA.

Señala que el día 12 de diciembre de 2003 solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez, al considerar que reunía los requisitos previstos en la ley, petición denegada mediante Resolución No. 2004-6612 de febrero 05 de 2004.

Dice que la mencionada resolución le negó la prestación bajo el argumento que no cumplía con las 50 semanas de cotización exigidas en el literal a del artículo 11 de la ley 797 de 2003 para su reconocimiento.

Afirma que el día 19 de septiembre de 2007, presentó una solicitud en igual sentido, teniendo en cuenta que el artículo 11 de la ley 797 de 2004 fue declarado inexequible mediante las sentencias C-1056/2003 y C-1094/2003, frente a la cual el Fondo demandado, mediante respuesta de fecha 23 de octubre de 2007, confirmó la resolución 2004-6612, aduciendo que las situaciones presentadas en el lapso mientras se produjo la sentencia de inexequibilidad se definían por los parámetros descritos en la ley 797 de 2003.

Sostiene que el Fondo demandado debió dar aplicación a los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, pues "no se me debió aplicar una ley que no existía para la resolución de mi derecho" , ya que de lo contrario se le vulneraría su derecho a la igualdad, al exigírsele diferentes requisitos "que el resto de los ciudadanos" , así como el principio de favorabilidad laboral en la aplicación e interpretación de la norma.

Sobre este aspecto, aduce que cumple los requisitos señalados en las anteriores disposiciones, toda vez que para la época de la declaratoria de invalidez, contaba con 84.72 semanas cotizadas al sistema de pensiones, más aún si se tiene en cuenta que su pérdida de capacidad laboral fue dictaminada en un 60.45%.

Señala que la omisión del Fondo accionado en el reconocimiento y pago de la pensión, ha acarreado un cambio sustancial en sus condiciones de vida, pues según aduce, la misma es indispensable para su subsistencia, por cuanto "es un hecho cierto que el reconocimiento de ese derecho tiene el alcance de una ayuda vital para mi".

Por lo anterior, acude a este medio, con el objeto que se amparen sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad, al trabajo, al debido proceso, a la "protección y asistencia de las personas en condiciones de debilidad manifiesta" , a la salud, y a la seguridad social, solicitando que se ordene al Fondo demandado el reconocimiento de la pensión de invalidez "con la respectiva retroactividad a que haya lugar".

2. Respuesta de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a través de la representante legal judicial, la señora Sonia Posada Arias, mediante escrito de fecha diciembre 4 de 2007, dio respuesta a la acción de amparo, oponiéndose a su prosperidad.

Informa que el actor se afilió al sistema de pensiones a través de dicha entidad como "vinculación inicial" a partir de noviembre 20 de 2000, y presentó el 03 de diciembre de 2003 la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, razón por la cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, inicialmente dictaminó que el actor presentaba una pérdida de su capacidad laboral en un 55.35%, de origen común, con fecha de estructuración de la invalidez de julio 22 de 2003, decisión que fue revocada respecto al porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral, el cual fue aumentado a 60.45%.

Indicó que si bien el artículo 11 de la ley 797 de 2003, que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, fue declarado inexequible mediante sentencia C-1056 de 2003, el mismo rigió entre el 29 de enero de 2003 hasta el 10 de diciembre de 2003, fecha en la que se declaró inexequible, señalando que los efectos de las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro, salvo que los efectos de la sentencia sean modulados, lo que no ocurrió en la sentencia anteriormente citada.

Así pues, adujo que en el presente asunto la norma aplicable, por estar vigente a la fecha de estructuración de invalidez del actor, era el artículo 11 de la ley 797 de 2003, manifestando que el demandante no cumplió con los requisitos exigidos en dicha norma, toda vez que no acreditó 50 semanas de cotización durante los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración, ni con la fidelidad de cotización al sistema, pues para ello debió cotizar 237.96 semanas y solamente reunió 84.72 semanas, razones por las cuales mediante resolución 2004-6612 de fecha enero 26 de 2004, negó el reconocimiento de la pensión de invalidez y el día 16 de febrero de 2004, se efectuó la devolución de saldos por un monto de $451.267.

Por tanto, esgrimió que solo podía reconocer y pagar las prestaciones económicas siempre y cuando se cumplieran todos los requisitos dispuestos en la ley, lo que no ocurrió en el presente asunto, de tal manera que no ha transgredido ningún derecho fundamental del actor, precisando además que al ser la tutela un mecanismo transitorio, el accionante debía acudir ante la jurisdicción ordinaria laboral, puesto que "el proceso ordinario laboral es el escenario jurídico indicado para debatir acerca del derecho que hoy se reclama, máxime si se tiene en cuenta que se está discutiendo acerca de una prestación económica que no reúne los requisitos de Ley, razón por la cual deben darse todas las garantías constitucionales y oportunidad de ejercer el derecho de defensa".

3. Decisiones judiciales objeto de revisión. 3.1. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Sexto Civil Municipal de Medellín, mediante sentencia de fecha diciembre 13 de 2007, denegó el amparo solicitado.

Consideró que la tutela era improcedente dado que el actor cuenta con otros mecanismos de defensa judicial, en la medida que este tipo de conflictos debían ser dirimidos por la justicia ordinaria laboral, puesto que la controversia versaba sobre un asunto de naturaleza legal y no constitucional fundamental.

Así pues, estimó que la acción de tutela se tornaba improcedente para el reconocimiento de la pensión de invalidez del accionante, pues al ser el trámite de esta acción preferente y sumario, no se podía, so pretexto de proteger el derecho a la vida, y "sin ningún elemento de convección en torno al cumplimiento cabal de los requisitos para obtener la pensión" , usurpar las funciones del juez natural, lo cual implicaría cambiar la razón de ser de la acción de tutela, y, finalmente se

produciría la mas insólita inseguridad jurídica, dado que si se otorgara “transitoriamente el derecho al reconocimiento y pago de la pensión y luego se demuestra que no tiene derecho, porque no cumple con los requisitos legales, se propiciaría un enriquecimiento sin causa, pues recuperar el dinero recibido entraría en el ámbito de un imposible, precisamente, por la supuesta carencia de recursos del petente”.

3.2. Impugnación. El actor impugnó la sentencia de primera instancia, al considerar tener derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, puesto que cumple con los requisitos exigidos en los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, dado que el fondo accionado no puede dar aplicación al artículo 11 de la ley 797 de 2003, toda vez que fue declarado inexequible mediante sentencias C-1056/03 y C-1094/03.

Agregó que el no reconocimiento de la pensión, dada la enfermedad que padece, pone en grave riesgo su mínimo vital, teniendo en cuenta que “no cuento con ningún tipo de ingreso económico, y determina un cambio sustancial en mis condiciones de vida” .

3.3. Sentencia de segunda instancia. El Juzgado Segundo Civil del Circuito de la ciudad de Medellín, mediante providencia de fecha febrero 08 de 2008, confirmó el fallo proferido por el a quo .

Reiteró las consideraciones expuestas por el juez de primera instancia, en relación a que las controversias relacionadas con ocasión del reconocimiento de derechos pensionales no le correspondían al juez constitucional, por cuanto en el curso de un proceso ordinario laboral debía llevarse a cabo la verificación del cumplimiento de los requisitos exigidos en la ley para tal efecto, agregando que en el caso sub lite la acción era improcedente por desconocimiento del principio de inmediatez.

De igual manera, consideró que no se encontraba demostrado fehacientemente la existencia de un perjuicio irremediable que ameritare la procedencia del amparo, siquiera como mecanismo transitorio, pues dada la fecha en que la tutela fue presentada y la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la ley 797 de 2003, el mismo ya se habría ocasionado, estimando además que el perjuicio sería en todo caso económico y remediable, pues con “acogimiento de las eventuales pretensiones que formule el demandante ante la justicia ordinaria laboral y la posible condena a la accionada al pago de las mesadas causadas en forma retroactiva, se puede remediar la situación del afectado” .

4. Pruebas. A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente: · Fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor (folios 2; y 75 del cuaderno principal).

· Fotocopia del dictamen efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia para calificar la pérdida de la capacidad laboral del señor XX, de fecha diciembre 11 de 2003, de número 0011207 (folios 3 y 4; 38 y 39; y 76 y 77 del cuaderno principal).

· Fotocopia de oficio JRCIA No.0089-04, realizado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia, de fecha enero 23 de 2004, mediante el cual se resolvió un recurso de reposición interpuesto por el Fondo demandado contra el dictamen de fecha diciembre 11 de 2003 de No.

0011207, mediante el cual se ordenó modificar la cal ificación de la pérdida de la capacidad laboral de señor XX en un 60,45%. (folios 7 al 7 del cuaderno principal).

· Fotocopia de la Resolución 2004-6612 proferida por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., de fecha enero 26 de 2004 (folios 10, 11 y 12; 35, 36 y 37; y 83, 84 y 85 del cuaderno principal).

· Fotocopia del escrito de fecha septiembre 19 de 2007 suscrito por el señor XX, dirigido al Fondo accionado, con sello de recibido de septiembre 20 de 2007 (folios 13, y 86 del cuaderno principal).

· Fotocopia del escrito, el cual se referencia “RESPUESTA DERECHO DE PETICION – SOLICITUD RECONOCIMIENTO PENSION DE INVALIDEZ” , suscrito por la Jefe de Departamento de Beneficios y Pensiones de PROTECCIÓN S.A., de fecha octubre 23 de 2007 (folios 14 y 15; 44 y 45; y 87 y 88 del cuaderno principal).

· Declaración juramentada rendida por el señor XX ante el juzgado de primera instancia, el día 7 de diciembre de 2007 (folios 46 al 50 del cuaderno principal).

B. Expediente T-1927515. El señor YY, mediante apoderado judicial, impetró acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana. Como fundamento a la solicitud de amparo, invoca los siguientes:

1. Hechos. Manifiesta que padece de VIH/SIDA, razón por la cual la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, mediante dictamen No. 599 de fecha diciembre 13 de 2005, calificó la pérdida de su capacidad laboral en un 69.25%, de origen común, con fecha de estructuración de agosto 26 de 2004, precisando que entre agosto 26 de 2001 y la fecha de la estructuración había cotizado 145 semanas a través de la entidad demandada.

Señala que, teniendo en cuenta que su estado de salud lo imposibilita para laborar, solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez al ISS, la cual fue negada mediante resolución 9229 de septiembre 20 de 2006, por cuanto si bien cumplió “con las cincuenta(50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, no cumple con la condición de fidelidad al sistema de pensiones que impone la norma, razón por la cual no es procedente la pensión de invalidez, siendo viable únicamente la indemnización sustitutiva de la misma”.

Asevera que, “con la cruz acuesta de su enfermedad”, padece de fuertes decaídas, y carece de recursos económicos, lo que hace más gravosa su situación, “lo que lo hace subsistir en condiciones precarias” , agregando que a pesar que “sobrevive con el sufrimiento en su salud y en su estado psicológico, por no contar con los recursos económicos, encuentra la esperanza de que su dolor se disminuya al poder contar con el reconocimiento de su pensión de invalidez, que le hará llevar una vida mas digna, a él y a su familia, que junto a él padecen el sufrimiento de tener un ser querido padeciendo de una enfermedad considerada de las catastróficas”.

Asimismo, sobre este aspecto, manifestó que “ve expuesta su vida” , pues tanto él como su familia, buscan de maneras muy difíciles, obtener los recursos económicos para poder solventar los constantes decaimientos en su salud.

Aduce que al ser un sujeto de especial protección constitucional, por padecer de VIH, el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez puede “tutelarse directamente, sin importar que el afectado haya agotado otros trámites judiciales” , anotando que con el reconocimiento de la pensión de invalidez podría llevar una vida más digna, al igual que su familia, debido a que tendría acceso al sistema de salud, y del mismo ingreso económico que haría su vida más tranquila, “disminuyéndose de esta manera la constante preocupación e indignación de no poder contar con lo necesario para hacer su vida más llevadera ante el padecimiento de ser portador del virus de inmunodeficiencia adquirida VIH-Sida y de esta manera seguir viviendo en condiciones favorables” Por último, solicita que se amparen sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana, ordenándose a la entidad demandada reconocer la pensión de invalidez, a la cual estima tiene derecho.

2. Trámite procesal Mediante auto de diciembre 26 de 2007, el Juzgado Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena, admitió la acción de tutela, ordenando correr traslado de la demanda a la entidad accionada; no obstante, vencido el término para tal efecto, omitió dar informe acerca de la solicitud de amparo presentada en su contra.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión. 3.1. Sentencia de primera instancia. El Juez Único de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena, mediante fallo de enero 14 de 2008, concedió el amparo, como mecanismo transitorio, y en consecuencia ordenó a la entidad accionada que reconociera, en forma transitoria, la pensión de

invalidez al accionante mientras éste presentara la respectiva demanda ante la jurisdicción competente y la misma fuera resuelta.

Consideró que en el presente asunto los derechos fundamentales del actor fueron vulnerados por la negativa de la entidad demandada en reconocer la pensión de invalidez, si se tenía en cuenta que el accionante es un sujeto de especial protección constitucional, por la enfermedad de VIH-Sida que padece, pues dicha patología lo coloca en un estado de deterioro permanente en su salud con grave repercusión en su vida, y por tanto era necesario interpretar los artículos 13 y 47 de la Carta en armonía con las normas constitucionales que reconocían la seguridad social como "servicio, derecho y principio del ordenamiento" .

De todos modos, estimó que, para evitar un perjuicio irremediable, era necesario amparar los derechos fundamentales del accionante de manera transitoria, y no definitiva, por cuanto (i) existía un mecanismo de defensa que podía acudir para que se decidiera la legalidad de la exigencia del requisito de fidelidad al sistema de pensiones, que fue el sustento de la negativa de la entidad accionada, (ii) además porque al juez constitucional no le corresponde determinar el reconocimiento de la pensión de invalidez, el cual no es un derecho de aplicación inmediata, dada su naturaleza prestacional, agregando que para tal efecto se encontraban contemplados en el ordenamiento jurídico otros mecanismos de defensa. Así pues, señaló que "a más de existir el mecanismo alternativo de defensa del cual se desconoce a hoy si se ha acudido, no siendo de resorte del juez constitucional resolver en término perentorio la legalidad o no de la exigencia el requisito de fidelidad que sustento de (sic) la negativa por parte del ente demandado ISS - PENSIONES, pese a la incapacidad laboral dictaminada en legal forma y la condición especial de quien ante ellos reclamo el derecho, esto es EL RECONOCIMIENTO A LA PENSION DE INVALIDEZ, por parte del Sr. [YY], concediéndole un término de cuatro (4) meses para presentar la demanda respectiva ante la Justicia Ordinaria, so pena que cesen los efectos del presente fallo".

3.2. Impugnación. El actor disintió respecto del fallo del a quo en proteger, transitoriamente, sus derechos a la vida y a la seguridad social, pues según aduce, ello en nada solucionaría la "terrible situación" por la que atraviesa y continuaría "impotente al no poder valerse por sus propios medios" , manifestando que en su caso particular el amparo debió otorgarse de manera definitiva, teniendo en cuenta que, ante la falta de recursos económicos, no puede conseguir los "paliativos" para "poder seguir viviendo bajo unas condiciones dignas" , que requieren las personas que padecen de VIH.

Además, manifestó que la misma enfermedad le impide someterse a un largo trámite judicial que implica un proceso ordinario, pues "las condiciones pueden ser nefastas", dado que "no sabe cuanto tiempo dure [su vida] bajo las condiciones por las cuales hoy atraviesa".

3.3. Sentencia de segunda instancia. La Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, mediante providencia de fecha febrero 04 de 2008, revocó el fallo de primera instancia y denegó los derechos invocados por el accionante.

Manifestó que en el caso concreto debía aplicarse el Decreto 758 de 1990, por favorabilidad, y no la ley 100 de 1993, en atención a la particular situación del accionante y las menores exigencias que aquel señala para el reconocimiento de la pensión de invalidez, no obstante el accionante no cumplía con dichos requisitos, a saber:

haber perdido más del cincuenta por ciento de su capacidad laboral; cotizar durante dicho régimen más de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez o tener más de 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez.

Adujo, que conforme a las pruebas contenidas en el expediente, el señor YY, si bien la pérdida de su capacidad laboral fue clasificada en un 69.25%, no logró cotizar ciento cuarenta y cinco semanas dentro del término exigido en la norma

reseñada, o doscientas noventa y seis con anterioridad a la estructuración invalidez; y por tanto no era posible acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez por el no cumplimiento de las exigencias legales.

4. Pruebas. A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente: · Fotocopia de la cédula de ciudadanía del señor YY y fotocopia de su carné de afiliación a la entidad demandada, como cotizante (folio 8 del cuaderno principal).

· Fotocopia de la resolución No. 9229, de fecha 20 de septiembre de 2006, proferida por el Jefe de Departamento de Atención al Pensionado- Seccional Atlántico del Instituto de Seguro Social (folios 9, 10 y 11 del cuaderno principal).

· Fotocopia del dictamen para calificar la pérdida de la capacidad laboral del señor YY, efectuado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, realizado en diciembre 2 de 2005, de número 599/05 (folios 12, 13 y 14 del cuaderno principal).

· Declaración extrajuicio rendida por el hermano del señor YY ante la Notaría Cuarta del Círculo de Cartagena (folio 85 del cuaderno principal).

· Declaración extrajuicio rendida por la señora Edith del Carmen Castro ante la Notaría Cuarta del Círculo de Cartagena (folio 86 del cuaderno principal).

· Copias de comprobantes de pago de aportes al sistema de pensiones, así como formularios de autoliquidación efectuados por el señor YY. (Folios 15 al 77del cuaderno principal).

C. Expediente T-1952587. El señor ZZ, mediante apoderado judicial, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguro Social, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la salud y a la seguridad social.

Sustenta su demanda en los siguientes: 1. Hechos. Afirma que solicitó a la entidad accionada el reconocimiento de la pensión de invalidez, razón por la cual la entidad demanda le realizó dictamen médico para calificar la pérdida de su capacidad laboral, el cual fue emitido por el Doctor Tancredo José Morales Calvo, quien la estableció en un 63.75%, no obstante , mediante resolución No. 10949 de fecha septiembre 20 de 2007, el reconocimiento de la pensión fue negado, por cuanto “no cumple los requisitos exigidos por el artículo 38 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la ley 860 de 2003 , por cuanto en el lapso comprendido desde el 15 de diciembre de 2002 al 15 de diciembre de 2005 (fecha de estructuración de la invalidez) tiene cotizadas al ISS 131 semanas”.

(Negrillas en texto original). Asevera que no tiene los recursos económicos para cubrir el tratamiento médico que exige la enfermedad que padece y requiere el reconocimiento de la pensión de invalidez “para sobrevivir”.

Así las cosas, solicita el amparo de sus derechos fundamentales a la vida, a la igualdad, a la salud y a la seguridad social, y en consecuencia se ordene al Instituto de Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, “con el fin que se le proteja del trato inhumano y discriminatorio que es obra de la entidad acusada, debido a la situación de debilidad manifiesta (física y económica) en que se encuentra”.

2. Trámite procesal. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, mediante proveído de fecha diciembre 14 de 2007, admitió la acción de tutela, y ordenó correr traslado de la demanda al Instituto de Seguro Social, no obstante, vencido el término concedido por el juzgador de primera instancia, la entidad accionada guardó silencio.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión. 3.1. Sentencia de primera instancia. El Juzgado Primero Civil del Circuito de Cartagena, mediante sentencia de fecha enero 28 de 2008, dispuso denegar el amparo solicitado, bajo la consideración que la resolución No. 10949 de septiembre 20 de 2007 dictada por la entidad demandada es “totalmente legal” , en tanto la decisión se fundamentó en los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, lo cual condujo a negar el reconocimiento de la

pensión de invalidez. Al respecto, manifestó que el accionante no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema de pensiones entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, toda vez que le hicieron falta más de cien semanas de cotización.

Asimismo, estimó que no se encontraba acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que ameritare el amparo, por cuanto no se aportaron pruebas suficientes para determinar que el señor ZZ fuere cabeza de familia y no tuviere los recursos necesarios para su manutención y la de su familia.

Por último, señaló que el juez de tutela no se encontraba facultado para el reconocimiento de pensiones, teniendo en cuenta que la tutela es un mecanismo excepcional, y la discusión de un "derecho laboral" le corresponde a la jurisdicción ordinaria.

3.2. Impugnación. El accionante esgrime que cumplió con las exigencias legales para el reconocimiento de la pensión de invalidez, por "haberse sometido a las exigencias del régimen legal existente en el momento de dirigirse a la entidad acusada".

Asevera que la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez, vulnera sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que padece de VIH-SIDA, razón por la cual se le dictaminó en un 63.75% la pérdida de su capacidad laboral, lo cual probó mediante la Resolución No. 10949 de septiembre 20 de 2007, dictada por la entidad demandada.

Asimismo, señala que el fallo atacado, al señalar falta de pruebas para determinar su condición de padre cabeza de familia, no tuvo en cuenta que la entidad demandada no rindió informe de la acción de tutela, lo cual implicó "un allanamiento tácito" de las pruebas que aportó al expediente, máxime cuando requirió al juez de instancia "una solicitud de pruebas" . Sobre este punto, manifiesta es padre cabeza de familia, no tiene los recursos necesarios para su manutención, y se encuentra desempleado e "inhabilitado por el carácter de su enfermedad para desempeñar cualquier otra labor" , lo cual puede ser corroborado en la resolución No. 10949 en referencia, que señala el empleador con el que realizó sus últimas cotizaciones al sistema pensional Resalta que el no reconocimiento de la pensión de invalidez por parte del a quo , es una actitud que pone en riesgo su vida precisamente por precariedad de su estado de salud y "no contar los recursos necesarios para su atención integral en forma periódica, oportuna, completa y continua" , más aún cuando su empleador en diciembre 31 de 2007 reportó su retiro a la entidad promotora de salud a la que se encontraba afiliado, de tal forma que se encuentra desprotegido "en cuanto se refiere a salud en forma indiciaria, hasta tanto se le defina su situación jurídica".

3.3. Sentencia de segunda instancia. El Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Civil Familia, de la ciudad de Cartagena, mediante sentencia de fecha 3 de abril de 2008, resolvió confirmar el fallo del a quo , con similares argumentos.

4. Pruebas. · Copia de Resolución 10949, dictada por la entidad demandada, de fecha septiembre 20 de 2007. (folios 8 al 10 del cuaderno principal).

· Copia de la cédula de ciudadanía del actor ZZ. (folio 11 del cuaderno principal). · Copia de certificados de incapacidades efectuadas a favor del señor ZZ. (folios 15 y 16; 28 a 33 del cuaderno principal).

· Copia de historias clínicas del señor ZZ (folios 17 a 20 del cuaderno principal). · Copia de certificación de fecha 19 de julio de 2005 del jefe administrativo y contable de la empresa de transportes portuarios Soctracar. (folio 22 del cuaderno principal).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS. 1. Competencia. Esta Sala es competente para revisar los fallos materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico. 2.1.- Los accionantes anotan que padecen de VIH-SIDA, razón por la cual se les dictaminó la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje superior al cincuenta por ciento para cada uno de ellos, a saber: para el señor XX, en un 60.45%; para el señor YY, en un 69.25%; y para el señor ZZ, en un 63.75%.

Así pues, indican que al considerar que reunían los requisitos legales, solicitaron el reconocimiento de la pensión de invalidez a las entidades con las cuales se encontraban realizando las cotizaciones en pensiones respectivamente, quienes procedieron a negarla, aduciendo diferentes razones.

De igual manera, los demandantes coinciden en considerar que el no reconocimiento de la pensión de invalidez vulnera sus derechos fundamentales, teniendo en cuenta que, además, no cuentan con los recursos económicos indispensables para su subsistencia.

Por su parte, el señor XX señala que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A negó la pensión de invalidez por el incumplimiento de unos requisitos legales, a saber, la falta de cotización del mínimo de semanas al sistema que disponía el artículo 11 de la ley 797 de 2003, cuando el mismo fue declarado inexequible mediante las sentencias C-1056 y C-1074 de 2003, puntualizando que debió darse aplicación a los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, que estima satisfechos en su caso particular.

La administradora demandada señala que la norma aplicable era el artículo 11 de la ley 797 de 2003, pues pese a su declaratoria de inexequible mediante sentencia C-1056 de diciembre 10 de 2003, se encontraba vigente al momento de la estructuración de la pensión de invalidez del señor XX (22 de julio de 2003). Por ende, adujo que la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez se encontraba acorde a la ley, toda vez que el actor no acreditó las cincuenta semanas, ni el respectivo porcentaje de fidelidad de los que trata el artículo 11 de la ley 797 de 2003. Por tanto, el día 16 de febrero de 2004, efectuó la devolución de saldos por monto de $451.267.

El juez de primera instancia que conoció el presente asunto consideró que la acción de tutela se tornaba improcedente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, argumento reiterado por el ad quem , quien además agregó que no se encontraba cumplido el requisito de inmediatez, presupuesto de la acción de tutela.

El señor YY y el señor ZZ solicitaron el reconocimiento de su pensión de invalidez al Instituto de Seguros Sociales, entidad a las que se encontraban cotizando en pensiones, la cual negó su reconocimiento por cuanto, si bien cotizaron más de cincuenta semanas, no cumplían con la fidelidad al sistema que dispone el artículo 1° de la ley 860 de 2003, que modificó el 38 de la ley 100 de 1993.

El Instituto de Seguros Sociales guardó absoluto silencio frente a los hechos y pretensiones en el trámite de las acciones, que por separado, interpusieron los señores YY y ZZ.

El juez de primera instancia que conoció la acción presentada por el señor YY, concedió el amparo de manera transitoria, sin embargo, la decisión fue revocada por el juez de segunda instancia, al estimar que el actor no cumplió con los presupuestos del Decreto 758 de 1990, norma que debía aplicarse al caso concreto por favorabilidad.

El a quo del expediente T-1952587 denegó el amparo solicitado por el señor ZZ, al manifestar que la tutela no es procedente para el reconocimiento de pensiones, máxime cuando el actor no cumplía, para tal efecto, con los requisitos exigidos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, así como tampoco encontró acreditada la existencia de un perjuicio irremediable. El ad quem confirmó el fallo con similares argumentos.

2.2.- Así pues, acorde con las situaciones fácticas planteadas y las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de las solicitudes de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala establecer previamente la procedencia de la

acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial, tal y como lo consideraron algunos de los jueces de instancia.

Sólo de llegar a la conclusión que las acciones de tutela son procedentes, en respuesta al anterior interrogante, la Sala determinará si se vulneran los derechos fundamentales de los accionantes, quienes padecen una enfermedad catastrófica y degenerativa, ante la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de las entidades demandadas, bajo el argumento de no haber acreditado las cotizaciones mínimas e incumplir con la fidelidad al sistema que exige la ley, aduciendo que la negativa se encuentra fundamentada en una norma vigente al momento de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, pese a que la misma: (i) fue declarada posteriormente inexequible, o, (ii) exige requisitos más gravosos que la norma anterior.

A efectos de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala previamente hará unas acotaciones acerca de la noción del derecho a la seguridad social, la protección fundamental de los derechos de contenido prestacional, así como el principio de progresividad que irradia el derecho a la seguridad social. Posteriormente, se hablará del derecho a la pensión de invalidez como parte de la seguridad social, su tratamiento constitucional y legal; y por último, se decidirán los casos concretos.

3. Protección constitucional a la seguridad social. 3.1. Los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución además de consagrar la seguridad social como un derecho constitucional, dispone que es un servicio público, de carácter irrenunciable, que debe ser prestado de manera obligatoria .

También, en dichos preceptos se establece que la seguridad social se cimienta en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, y progresividad, cuyo alcance se materializa en la ley.

Al respecto, instrumentos internacionales consagran la seguridad social, como se expresa a continuación:. El artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos señala que “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad ”.

Por su parte, el artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [2] dispone “ Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social ”.

Asimismo, el artículo XVI de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona [3] consagra “ Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia ”.

A su vez, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [4] afirma “ Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes ”.

En efecto, la seguridad social ha sido definida como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias, las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano.

[5] De suerte que es posible destacar, a grandes rasgos, la trascendencia constitucional de la seguridad social, por cuanto se comporta como patrón y prototipo específico a través del cual el Estado cumple con sus fines esenciales, y por ende se manifiesta como un instrumento de justicia distributiva, así como agente emancipador social, de garantía general y particular para hacer efectivos derechos fundamentales de los asociados.

La cobertura al sistema de seguridad social a toda la población conlleva al cubrimiento de las contingencias que afectan la capacidad productiva, y de igual manera, comprende la garantía que debe otorgarse a los sujetos de especial protección constitucional como son las personas gravemente enfermas; los mayores adultos;

la mujer embarazada y cabeza de familia; los niños menores de un año; los desempleados; los indigentes o personas sin capacidad económica alguna, entre otras.

Conforme al contexto anterior y de acuerdo a la definición institucional adoptada por el legislador [6] , la jurisprudencia ha denominado a la seguridad social como un conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos, conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y servicios complementarios que son definidos en la ley, cuyo objeto es garantizar los derechos irrenunciables de las personas, mediante la cobertura de las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y, en general, las condiciones de vida de toda la población [7] .

Por ello, la Corte en sentencia C-375 de 2004 [8] , recordó que “El objeto de esta garantía –puesta en funcionamiento a través de la creación de un sistema integral- es la protección anticipada de los ciudadanos contra determinadas contingencias que en el desarrollo de su vida laboral y, en el desenvolvimiento de la vida misma están expuestos a sufrir, tales como la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las cargas familiares, la vejez, la invalidez y el fallecimiento de la fuente económica de la familia.” Frente a este panorama, resulta que la seguridad social no sólo compromete al Estado sino también a la sociedad para el logro de los objetivos indicados. En efecto, el artículo 48 constitucional, dispone que el Estado con la participación de los particulares amplíe progresivamente la cobertura de la seguridad social, la cual puede ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado.

[9] Cabe resaltar que la seguridad social se encuentra incluida dentro de los derechos sociales y económicos, catalogados históricamente como derechos humanos de segunda generación, bajo la denominación de derechos de contenido prestacional.

La jurisprudencia constitucional, [10] ha estimado que los derechos de contenido prestacional son aquellos que su materialización requiere de regulaciones normativas, apropiaciones presupuestales y la provisión de una estructura organizacional, que conlleva a la realización de prestaciones positivas, principalmente en materia social, para asegurar mínimas condiciones materiales. Igualmente, es preciso señalar que no se descarta que el cumplimiento de los derechos de contenido prestacional, también puedan ser garantizados mediante ciertas abstenciones del Estado o de los particulares (dimensión negativa).

Sin embargo, no hay que olvidar que esta Corporación ha resaltado que el contenido prestacional de un derecho no excluye que el mismo pueda ser considerado como fundamental. Al respecto, ha dicho que todos los derechos constitucionales pueden ser considerados como fundamentales, sin distinguir si se trata de derechos civiles, políticos, sociales, económicos o culturales. A saber:

“Según esta óptica, la implementación práctica de los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal, que despojar a los derechos prestacionales – como el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales resultaría no sólo confuso sino contradictorio. Al respecto, se dice, debe repararse en que todos los derechos

constitucionales fundamentales – con independencia de si son civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de medio ambiente - poseen un matiz prestacional de modo que, si se adopta esta tesis, de ninguno de los derechos, ni siquiera del derecho a la vida, se podría predicar la fundamentalidad. Restarles el carácter de derechos fundamentales a los derechos prestacionales, no armoniza, por lo demás, con las exigencias derivadas de los pactos internacionales sobre derechos humanos mediante los cuales se ha logrado superar esta diferenciación artificial que hoy resulta obsoleta así sea explicable desde una perspectiva histórica.

10.- De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende – ni puede depender – de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en un situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).” [11] (Negrillas en texto original).

3.2. En relación con el derecho a la pensión, como componente esencial de la seguridad social, la jurisprudencia de esta Corporación ha considerado, que en principio, la acción de tutela resulte improcedente para el reconocimiento y pago de pensiones [12] , básicamente por cuanto se han desarrollado una serie de mecanismos judiciales para solicitar el reconocimiento y pago de pensiones, y dado el carácter residual de la acción de tutela, en principio, el amparo carece de la entidad suficiente para desplazar a los mecanismos especializados desarrollados por el legislador.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha dispuesto que el reconocimiento y pago de la pensión puede llegar a superar el rango de un conflicto legal y adquirir plena relevancia constitucional.

[13] Así pues, se ha definido que bajo ciertas circunstancias, la acción de tutela puede llegar a amparar los derechos fundamentales que sean vulnerados ante la falta del reconocimiento y pago de las mesadas pensionales.

Ahora bien, cuando se trata de la acción de tutela para lograr el reconocimiento del derecho, la Corte en principio se ha limitado a proteger el derecho de petición [14] .

Sobre este asunto se ha sostenido de manera reiterativa que la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos laborales pues, por su naturaleza excepcional y subsidiaria, ésta no puede reemplazar las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa. Al respecto ha señalado:

“ El reconocimiento y pago de prestaciones sociales de tipo económico, por la clase de pretensiones que allí se discuten, persiguen la definición de derechos litigiosos de naturaleza legal.

“ Resulta, entonces, ajeno a la competencia de los jueces de tutela entrar a decidir sobre los conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, liquidación y orden de pago de una prestación social, por cuanto para ello existen las respectivas instancias, procedimientos y medios judiciales establecidos por la ley; de lo contrario, se desnaturalizaría la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o

vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos [15] de competencia de otras jurisdicciones ” [16] .

No obstante, la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando el empleador ha procedido extemporáneamente los pagos por concepto de aportes pensionales, al advertirse que la conducta morosa no puede incidir negativamente en el trabajador [17] ; o, cuando existe mora en el pago oportuno de las mesadas pensionales que afecta la subsistencia del actor o de su familia [18] .

Asimismo, en casos excepcionales se ha concedido el amparo para el reconocimiento de derechos pensionales en los eventos en que se encuentra plenamente demostrado que el recurrente es titular del derecho que reclama, y además se encuentra demostrada la urgente necesidad de reconocer el derecho pensional para que éste pueda satisfacer sus necesidades básicas. En efecto, dicho enfoque ha sido adoptado por la Corporación en eventos en donde se comprueba la existencia de personas en circunstancias de debilidad manifiesta, que dependen económicamente de la prestación reclamada y carecen de capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia [19] .

De esta forma, la Corte ha reconocido que su falta de reconocimiento puede conducir a la afectación de derechos fundamentales, como la vida, el mínimo vital o la dignidad humana [20] .

La Sala reconoce, conforme al ordenamiento jurídico vigente, la existencia de mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa u Ordinaria Laboral, según el caso, a fin de obtener por dichas vías el reconocimiento de la pensión, sea de vejez, invalidez o sobrevivientes. Sin embargo, ello no constituye el objeto de discusión sino más bien la eficacia de dichos medios de defensa judicial frente a las particulares condiciones en que se encuentran los accionantes, tal y como lo ha considerado este Tribunal:

“los conflictos legales relacionados con el reconocimiento de derechos prestacionales, particularmente de carácter pensional, deben ser tramitados a través de las acciones pertinentes ante la justicia laboral ordinaria, pues se considera que son mecanismos de defensa eficaces para resolver de manera cierta, efectiva e integral este tipo de asuntos. Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal - que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, ante este tipo de situaciones excepcionales, el conflicto planteado puede trascender el nivel legal para convertirse en un problema de rango constitucional, por lo que el juez de tutela está obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.

[21] ” Debe recordarse que dentro de las modalidades de concesión de la acción de tutela, la Corte ha referido a la protección: i) Transitoria, cuando se está ante la presencia de otros mecanismos de defensa judicial dispuestos para el reconocimiento y pago de las pensiones, se verifica que la tutela se muestra como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable en contra del accionante. Con el fin de constatar la inminencia de un perjuicio iusfundamental irremediable, la doctrina constitucional consolidada prevé que para que resulte comprobado este requisito debe acreditarse en el caso concreto, [22] cuando (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente

significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

(ii) Definitiva, [23] cuando a pesar de la existencia de medios de defensa judiciales los mismos no resultan idóneos o eficaces al "no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida" [24] , lo cual hace procedente la tutela como mecanismo principal, que puede motivarse en la relevancia constitucional que tenga el asunto según las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentre el solicitante y la condición de sujeto de especial protección constitucional.

Igualmente, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela en estos eventos exige del juez, un análisis de la situación particular del actor, con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, o si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, casos en los cuales el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un asunto de carácter constitucional [25] .

Recuérdese que el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, dispone que "la existencia de dichos medios (de defensa judiciales) será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante" .

De la misma manera, el precedente constitucional dispone que la evaluación de los anteriores requisitos no se reduce a un simple escrutinio fáctico, sino que debe tomar en consideración las circunstancias particulares del accionante. Esto resulta particularmente especial cuando se trata de aquellos sujetos que la Constitución ha dispuesto que gozan de una especial protección, pues ésta circunstancia tiene una incidencia directa sobre la intensidad en el análisis que debe hacerse sobre la procedencia de la acción de tutela, ya que para la Corte, la debilidad manifiesta de este grupo poblacional obliga a un tratamiento preferente en términos de acceso a la administración de justicia.

Es importante recordar que la sentencia T-1128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, manifestó que el "derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de una persona que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no puede 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." De todos modos, no basta con que se verifique que la falta del reconocimiento de la pensión afecta la vida, el mínimo vital o la dignidad humana, toda vez que es necesario comprobar que la falta del reconocimiento de la pensión se origina en actuaciones que, por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales, se encuentra plenamente demostrado que la persona tiene el correspondiente derecho, tal y como se hizo referencia.

En suma, si bien el juez de tutela no es competente para resolver este tipo de conflictos, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan estar afectados cuando pese a estar plenamente demostrado, la entidad niega el reconocimiento del derecho.

Además, téngase en cuenta que en tratándose de la pensión de invalidez [26] , ha dicho esta Corporación que, igualmente, la acción de tutela es procedente en el evento en que, en casos concretos, las personas se vieren afectadas por un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas que no les permite acceder a dicha prestación, y sin embargo, cumplen a cabalidad los requisitos establecidos en la ley anterior, al considerarse que las medidas resultan desproporcionadas o ilegítimas.

[27] Asimismo, se advierte que la pensión de invalidez tiene una gran relevancia social, toda vez que garantiza a los asociados, que padecen de limitaciones significativas que menguan su capacidad para laborar, el acceso a una fuente de ingresos para solventar sus necesidades básicas [28] 3.3. En relación con el derecho a la salud, otro de los componentes esenciales de la seguridad social, cabe recordar que inicialmente la jurisprudencia de la Corte Constitucional se caracterizó por diferenciar los derechos susceptibles de protección mediante la acción de tutela y los derechos de contenido meramente prestacional. En relación con el derecho a la salud, se consideró que para ser amparado por vía de tutela, debían tener conexidad con el derecho a la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Igualmente se protegía como derecho fundamental autónomo tratándose de los niños, en razón a lo dispuesto en el artículo 44 de la constitución, y se protegía el ámbito básico cuando el tutelante era un sujeto de especial protección.

A partir de la Sentencia T-858 de 2003, la Corte consideró que el derecho a la salud es fundamental de manera autónoma cuando se puede concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud. En tal medida consideró que siempre que se requiera el acceso a un servicio de salud, contemplado en los planes obligatorios, procede concederlo por tutela.

En efecto, las EPS tienen el deber de garantizar la prestación de los servicios de salud incluidos en el plan obligatorio de salud, POS, entendido éste como el " conjunto básico de servicios de atención en salud a que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo que cumpla con las obligaciones establecidas para el efecto y que está obligada a garantizar a sus afiliados las entidades promotoras de salud, EPS ".

[29] (Subrayado fuera del texto original). Lo anterior está fundamentado en el artículo 8 del Decreto 806 de 1998, que contempla que las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los servicios contenidos en el plan obligatorio de salud, POS, del régimen contributivo en condiciones de " calidad, oportunidad y eficiencia , con cargo a los recursos que les reconoce el sistema general de seguridad social en salud por concepto de la unidad de pago por capitación, UPC, las cuotas moderadoras y los copagos definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud".

(Subrayado fuera del texto original). Con posterioridad, la Corte le ha reconocido a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo. Sin embargo también ha reconocido que la fundamentalidad de un derecho no implica, necesariamente, que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables, pues dado que los derechos no son absolutos pueden ser limitados de conformidad con los criterios de razonabilidad y proporcionalidad fijados por la jurisprudencia y por cuanto la posibilidad de exigir el cumplimiento de las obligaciones derivadas de un derecho fundamental y la procedencia de hacerlo por una acción de tutela son cuestiones diferentes y separables [30] .

En efecto, en la Sentencia T-016 de 2007, la Sala Séptima de Revisión de esta Corporación, desarrolló el criterio jurisprudencial sostenido por esta Corte, sobre el carácter fundamental de todos los derechos sin distinguir si se trata de derechos políticos, civiles, sociales, económicos o culturales, así como que dicha fundamentalidad tampoco debe derivar de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la realidad.

Al respecto se señaló: "De acuerdo con la línea de pensamiento expuesta y que acoge la Sala en la presente sentencia, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender- de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica. Los derechos todos son fundamentales pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución.

Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención).

“Significan de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios –económicos y educativos- indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar.

De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción)”.

Subrayado fuera del texto original. Acertadamente, la jurisprudencia de la Corte, para establecer la fundamentalidad del derecho a la salud, se ha apoyado de instrumentos internacionales de distinto orden, [31] por ejemplo por lo estipulado en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que establece:

“ La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente . La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos ”. ” Subrayado por fuera del texto original.

En el mismo sentido, la Constitución de 1991, contempla estos criterios cua ndo en el artículo 49, estipula: “ La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud” .

“ Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control” .

Subrayado por fuera del texto original. Enfatizando la protección constitucional del derecho a la salud como derecho fundamental, la Sentencia T-200 de 2007, menciona las dimensiones de amparo de este derecho, para lo cual estableció:

“…En abundante jurisprudencia esta Corporación ha señalado que la protección ofrecida por el texto constitucional a la salud, como bien jurídico que goza de especial protección, tal como lo enseña el tramado de disposiciones que componen el articulado superior y el bloque de constitucionalidad, se da en dos sentidos: (i) en primer lugar, de acuerdo al artículo 49 de la Constitución, la salud es un servicio público cuya organización, dirección y reglamentación corresponde al Estado. La prestación de este servicio debe ser realizado bajo el impostergable compromiso de satisfacer los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia que, según dispone el artículo 49 superior, orientan dicho servicio [32] .

En el mismo sentido, como fue precisado por esta Sala de revisión en sentencia T-016 de 2007, el diseño de las políticas encaminadas a la efectiva prestación del servicio público de salud debe estar, en todo caso, fielmente orientado a la consecución de los altos fines a los cuales se compromete el Estado, según lo establece el artículo 2° del texto constitucional.

“ (ii) La segunda dimensión en la cual es protegido este bien jurídico es su estructuración como derecho. Sobre el particular, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el derecho a la salud no es de aquellos cuya protección puede ser solicitada prima facie por vía de tutela [33] . No obstante, en una decantada línea que ha hecho carrera en los pronunciamientos de la Corte Constitucional, se ha considerado que una vez se ha superado la indeterminación de su contenido –que es el obstáculo principal a su estructuración como derecho fundamental- por medio de la regulación ofrecida por el Congreso de la República y por las autoridades que participan en el Sistema de Seguridad Social; las

prestaciones a las cuales se encuentran obligadas las instituciones del Sistema adquieren el carácter de derechos subjetivos…”.

Negrillas fuera del texto original. En efecto, la Corte ha considerado que en materia de amparo del derecho fundamental a la salud por vía de tutela, una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario orientadas a determinar cuáles son las prestaciones obligatorias en salud y a trazar las vías de acceso a la seguridad social, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud cuando quiera que este derecho se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado. Es por este motivo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido constante y enfática en afirmar que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento incluido en el Plan Obligatorio de Salud (P.O.S.), en el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado (POSS), en el Plan de Atención Básica (PAB), en el Plan de Atención Complementaria (PAC) así como ante la no prestación de servicios relacionados con la obligaciones básicas definidas en la Observación No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, puede acudirse directamente a la tutela para lograr su protección.

[34] A pesar de la razonabilidad, que persigue fines constitucionalmente valiosos, en la determinación de un plan obligatorio en el que se encuentran los procedimientos a cargo del sistema, tales dispositivos legales generan controversias en términos de derechos fundamentales para eventos precisos. En efecto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales se ve comprometida en los casos en que el usuario del servicio de salud requiere de un procedimiento o medicamento necesario para la conservación de su vida en condiciones dignas o su integridad física que, no obstante, se encuentra excluido del POS.

Ante la existencia de esa posibilidad fáctica, la Corte ha definido subreglas jurisprudenciales precisas sobre los requisitos que deben cumplirse para que el juez constitucional, ante la situación especifica, proceda a inaplicar las normas que definen el contenido del plan obligatorio y, en su lugar, ordene el suministro de la o las prestaciones excluidas. En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha previsto que la acción de tutela es procedente para lograr una orden de protección de esta naturaleza cuando concurran las siguientes condiciones:

“i) [Que] Que la falta del medicamento, tratamiento o diagnóstico amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de ellos afecta las condiciones de existencia digna”.

ii) [Que] el medicamento o procedimiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure dentro del POS o cuando el sustituto no tenga el mismo nivel de efectividad que el excluido;

iii) [Que] el paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo de los servicios médicos que requiera y no pueda acceder a ellos a través de ningún otro sistema o plan de salud; y iv) [Que] estos últimos hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad de seguridad social a la cual esté afiliado el accionante .” [35] No obstante, en relación con el cumplimiento del primer requisito, la intensidad de su comprobación debe modularse para el caso en que los afectados sean sujetos de especial protección. Ello debido a la protección especial que la constitución les brinda y al carácter fundamental que tiene el derecho a la salud. Desde esta perspectiva, el requisito en comento resultará acreditado cuando la ausencia de la prestación médico asistencial involucre una afectación del bienestar físico, mental o social de las personas que por mandato constitucional cuentan con una protección especial.

3.4. Ahora bien, es necesario destacar que el Sistema de Seguridad Social es instrumento básico para el cumplimiento de los principios fundamentales de la Carta. Así pues, acompañando el carácter trascendente e innato de cada uno de los componentes de la Seguridad Social, es necesario tener en cuenta que debido a su carácter prestacional, el acceso al sistema se encuentra sujeto o condicionado al desarrollo que el legislador haga del mismo [36] .

Sobre este aspecto, en sentencia C-596 de 1997 [37] se detallaron las competencias del legislador en esta materia, de la siguiente manera: “ Si la obligación del Estado es “lograr progresivamente” la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales , y “en la medida de los recursos disponibles”, ello necesariamente indica que la posibilidad de reclamación de ellos se supedita al desarrollo legislativo que, para estos propósitos, adelante el Estado respectivo, lo cual, obviamente, dependerá del desarrollo económico alcanzado por la comunidad política. Por ello el constituyente colombiano indicó reiterativamente, en el artículo 48 de la Carta Política, que la Seguridad Social era un servicio público que se prestaría en los términos que estableciera la ley; que el Estado, con la participación de los particulares, ampliaría progresivamente la cobertura de la Seguridad Social, que comprendería la prestación de los servicios en la forma que determinara la ley; y que la seguridad social podría ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

” (subrayado no original). En efecto, la libertad configurativa es relativamente amplia, y por tanto el legislador puede concretar los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, para regular los servicios, autorizar o no la administración del sistema por particulares, determinar el monto de los aportes, etc” [38] .

De todos modos, se pone de presente que la competencia general atribuida al legislador para definir los procedimientos, alcances y progresos que tendrá la seguridad social, se antepone, como límite inquebrantable, los mandatos previstos en la Constitución Política y los principios que erigen el sistema, de tal forma que dicha facultad no tiene carácter absoluto y menos aislado.

[39] Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia C-835 de 2003 [40] , al manifestar que: “de acuerdo con los principios que gobiernan los derechos a la seguridad social, al amparo de la amplia libertad de que goza para regular la materia, el legislador debe fijar los parámetros y lineamientos sobre seguridad social con especial sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, respetando igualmente otros derechos y principios constitucionales [41] .” En este marco de ideas, es preciso aceptar que en el Congreso se encuentra la facultad para regular y definir íntegramente el sistema de seguridad social y que dentro de tales prerrogativas se encuentra la posibilidad de establecer los requisitos y condiciones para acceder a los subsistemas y los beneficios incluidos en éstos. Sin embargo, la determinación de esas condiciones no puede contrariar la Constitución Política ni desconocer los principios que lo gobiernan [42] .

En efecto, es necesario hacer particular énfasis en el principio de progresividad de la seguridad social. Éste, tal y como se había citado, constituye una de los principales características del sistema que tiene reconocimiento constitucional en el artículo 48, al establecer que su cobertura “se ampliará progresivamente”.

Asimismo, el carácter progresivo de este derecho también tiene asiento en el artículo 2° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que esta estableció:

“Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.” [43] Esta Corporación, por su parte, ha proferido sólida y clara jurisprudencia en donde ha desarrollado el principio de progresividad, ponderándolo con las demás particularidades del sistema y sentando las consecuencias que se derivan del mismo [44] .

En las sentencias C-251 de 1997 [45] , SU.225 de 1998 [46] , C-671 de 2002 [47] , C-038 de 2004 [48] , T-1291 de 2005 [49] y T-221 de 2006 [50] , entre otras, la Corte ha desarrollado el concepto de progresividad del Sistema de Seguridad Social, para lo cual además se ha fundamentado en la doctrina internacional más autorizada incluida en los informes del Relator, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Principios de Limburgo.

En la sentencia C-671 de 2002 [51] , respecto a este principio se estimó lo siguiente: “ 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 (Ver, entre otras, la sentencia C-251 de 1997, fundamento 8) , 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 (...) . 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.

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 (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) .

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 (...) .

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. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población.

(Negrillas fuera de texto original). Posteriormente, sobre el mismo asunto en la sentencia C-038 de 2004 [52] consideró que todo retroceso es constitucionalmente problemático [53] ;

por cuanto: “Finalmente, y de particular importancia en el presente caso, el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida, al menos en un aspecto:

todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad.

Ahora bien, como los Estados pueden enfrentar dificultades, que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección que había sido alcanzado, es obvio que la prohibición de los retrocesos no puede ser absoluta sino que debe ser entendida como una prohibición prima facie. Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.” (Negrillas ajenas al texto original).

Y, atendiendo la conexión íntima que guarda dicho principio de progresividad con el derecho a la igualdad, esta Corporación ha manifestado que “cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisible” [54] , cuya prohibición no resulta, por sí misma, absoluta, ya que puede en un momento determinado justificarse al existir “imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo del un derecho social” .

3.6. Con la expedición de la Ley 100 de 1993 inició en Colombia un nuevo esquema prestacional fundado sobre el objetivo específico de constituir un amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte [55] ,

a partir de la configuración de dos regímenes, a los cuales se confió el ideal común de ampliación progresiva a todos los sectores de la población [56] .

Precisamente, sobre la finalidad del Sistema General de Pensiones, el pleno de esta Corte se pronunció de la siguiente manera: “ Descritas las anteriores características, para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas (sic) los afiliados y beneficiarios , además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa ” [57] (subrayado no original).

Entonces, los regímenes del Sistema General de Pensiones, a saber: el de solidaridad de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad, deben sujetarse a los principios de solidaridad y progresividad, que guardan relación con el derecho a la igualdad respecto al trato exclusivo que se debe dar a los sujetos de especial protección constitucional.

Así las cosas, se ha insistido que las normas que regulan el sistema de la seguridad social, y en concreto, al sistema de pensiones, deben estar conformes al principio de progresividad, de tal suerte que una medida regresiva es considerada, en principio, inconstitucional, toda vez que una vez se logren ciertos avances en la protección de un derecho económico, social o cultural, la misma no puede ser desconocida posteriormente. Por lo anterior, el ejercicio legislativo en materia de seguridad social debe ir encaminado a la ampliación de los beneficios existentes.

3.7. Ante este escenario, el principio de progresividad conlleva a que por un lado, el Estado debe avanzar en la efectiva materialización de los derechos prestacionales, procurando mayores beneficios posibles para la población; y por otra parte, la prohibición general en la implementación de disposiciones regresivas en estos asuntos, que puedan llegar a convertirse en retrocesos frente al nivel de protección alcanzado en pensiones.

En suma, cualquier disposición que resulte regresiva de los derechos prestacionales, se presume prima facie su inconstitucionalidad, salvo que ante una imperiosa necesidad, sea posible establecer que dicho retroceso obedezca criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

Por tanto, la presunción de inconstitucionalidad puede ser desvirtuada si se demuestra que la medida: (i) se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad, (ii) no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, y por tanto es respetuosa de los derechos adquiridos; y (iii) no obstante, afecta situaciones consolidadas, se contemplan mecanismos dirigidos a proteger los derechos adquiridos o legítimas expectativas, tales como los regímenes de transición.

[58] Por su parte, en lo referente a las diferencias entre el “derecho adquirido” y la “expectativa legítima” en la sentencia C-789 de 2002 [59] , la Corte desarrolló el tema haciendo mención de su correspondencia con la potestad legislativa:

“En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas. Así mismo, se ha referido a las diferencias entre estas dos instituciones jurídicas, en relación con la aplicación de los regímenes de pensiones a personas que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no cumplían los requisitos para acceder a la pensión. Recogiendo criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales

presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

Con todo, 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 . [Sentencia C-613/96 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 9].

Aun así, esta Corporación ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.” Pues bien, respecto del concepto “expectativa legítima” se consideró que éste se refiere a la protección intermedia que se predica de cierto grupo de personas, quienes pese a no haber cumplido con los requisitos para consolidar su derecho, cuentan con ciertas condiciones, definidas por el legislador a través de un régimen de transición, para acceder a él conforme a la ley derogada. Teniendo en cuenta la jurisprudencia bajo cita, se definió la transición como:

“ 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 ” [60] .

Es necesario resaltar que esta Corporación ha conectado la protección de las expectativas legítimas con los postulados constitucionales de buena fe y confianza legítima. Al respecto, en la sentencia C-1049 de 2004, [61] se estimó:

“ En este orden de ideas, el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas. De igual manera, como cualquier otro principio, la confianza legítima debe ser ponderada, en el caso concreto, con los otros, en especial, con la salvaguarda del interés general y el principio democrático ” [62] .

4. El derecho a la pensión de invalidez como parte de la seguridad social. Tratamiento constitucional y legal. 4.1. En desarrollo de los mandatos constitucionales de la seguridad social, el Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a toda la población, entre otras contingencias, el amparo derivado de la invalidez.

Así pues, la pensión de invalidez es una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados incapacitantes al trabajador, como consecuencia de una disminución significativa de su capacidad laboral, la cual tiene una significativa importancia social al “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental en su condición de esenciales e irrenunciables (art. 48 C.P.).” [63] Dicha prestación económica está a cargo del sistema de seguridad social, bajo la dirección, coordinación y control del Estado, y sujeta a los principios que irradian el sistema de la seguridad social previstos en la Carta Política (Art. 48 de la C.N.), tales como los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad.

Así, se ha señalado que “es una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad, con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los

principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstos en la Carta Política [64] ” Por tanto, la pensión de invalidez es un derecho de creación legal, cuya finalidad es suplir la situación de infortunio que atraviesan quienes han perdido su capacidad para laborar. Así, lo ha reconocido, desde sus inicios, ésta Corporación, al señalar que dicha prestación permite “a los asociados que padecen de limitaciones significativas, el acceso a una fuente de ingreso para solventar sus necesidades vitales [65] .

” [66] Es importante recordar que “la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por si mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable ” [67] , debido a que ésta se convierte en la única fuente de ingresos y, por tanto, el medio por excelencia para obtener, ante la adversidad, lo necesario para mantener una familia y subsistir en condiciones dignas y justas. Por esto, frente a estas condiciones, esta Corporación ha concluido que “El Estado entonces debe nivelar esa situación, mediante el otorgamiento de una prestación económica y de salud.” [68] Bajo los términos anteriores, la pensión de invalidez se concreta como una medida de justicia social que se refuerza en principios constitucionales, cuando los asociados por situaciones involuntarias o trágicas “ requieren un tratamiento diferencial positivo y protector, con el fin de recibir un trato digno e igualitario en la comunidad (inciso 2º y 3º del artículo 13 de la C.N.) ” [69] .

4.2. Ahora bien, téngase en cuenta que los requisitos para acceder a la pensión de invalidez han sido objeto de varias modificaciones legales, y en este escenario valga efectuar un breve recuento normativo acerca de las disposiciones que han regulado este asunto.

4.3. El Código Sustantivo del Trabajo, en su artículo 277, señalaba que las empresas con capital superior a ochocientos mil pesos, tenían a su cargo la obligación de auxiliar a los trabajadores que padecieren estados de invalidez de origen no profesional que los incapacitara, y por tanto los trabajadores tenían derecho a asistencia médica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria que llegaren a necesitar hasta por seis meses.

Además , si la incapacidad conllevaba a que el trabajador no pudiere procurarse una remuneración mayor de un tercio de la que estuviere devengando [70] , los empleadores debían otorgar el pago de una prestación económica en dinero, a saber: a) en caso de invalidez permanente parcial, a una suma de uno a diez meses de salario; b) en caso de invalidez permanente total, a una pensión mensual de invalidez equivalente a la mitad del salario promedio mensual del último año, hasta por treinta (30) meses y mientras la invalidez subsistiera;

y, c) en caso de gran invalidez a una pensión mensual de invalidez equivalente a la de jubilación o vejez, durante treinta meses (artículo 45 Ley 90 de 1946).

De todos modos, se denota que este auxilio no tenía una vocación permanente, a menos que el trabajador tuviere más de cincuenta y cinco años de edad o los cumpliere durante la invalidez y tuviere más de quince años de servicios continuos o discontinuos en la misma empresa, pues en este único evento, la pensión de invalidez se convertía en pensión de jubilación o vejez, Por consiguiente, la protección a era muy restringida.

4.4. A su vez, la ley 6° de 1945 “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial del trabajo” , señalaba, como prestación oficial, el derecho a una pensión de invalidez a los empleados y obreros nacionales de carácter permanente, en el evento en el que hubieren perdido su capacidad de trabajo para toda ocupación u oficio, mientras durara la incapacidad, equivalente a la totalidad del último sueldo o salario devengado, sin bajar de cincuenta pesos ni exceder de doscientos pesos, la cual era excluyente de las prestaciones de cesantías y de la pensión de jubilación.

Igualmente, se dispuso que se procediera a organizar la Caja de Previsión Social de los Empleados y Obreros Nacionales, que tendría a su cargo el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

4.5. El Decreto 3135 de 1968 “ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales” señalaba en su artículo 14 que la entidad de previsión social efectuaría el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez , entre otras prestaciones, a los empleados públicos y trabajadores oficiales a la cual estos se encontraren afiliados .

[71] Así pues, este Decreto y su Decreto Reglamentario 1848 de 1969, dispusieron que los servidores públicos tenían derecho a esta prestación en el evento en que la pérdida de su capacidad laboral fuera igual o superior a un 75%, cuya calificación correspondía a las autoridades médicas del respectivo organismo obligado al pago de la pensión, y si no tuviere afiliación, al servicio médico de la entidad o empresa empleadora, y en su ausencia, a la Caja Nacional de Previsión, contratada por la respectiva entidad o empresa oficial.

Asimismo, la cesantía dejó de ser incompatible con la pensión de invalidez. 4.6. Ahora bien, con la expedición de la ley 90 de 1946 “ Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales” disponía que eran asegurados en el régimen del seguro social obligatorio, todos los individuos, nacionales y extranjeros que prestaren sus servicios a otra persona en virtud de un contrato de trabajo o aprendizaje, expreso o presunto, inclusive a los trabajadores a domicilio y los del servicio doméstico, excluyendo a los asegurados que tuvieren sesenta (60) años o más al inscribirse por primera vez en el seguro.

El seguro social obligatorio cobijaba a los trabajadores de los riesgos de enfermedades no profesionales, maternidad, invalidez, vejez, accidentes de trabajo, enfermedades profesionales, y muerte.

No obstante, dichos riesgos fueron asumidos por el Instituto de Seguros Sociales paulatinamente. 4.7. Así entonces, el Decreto 3041 de 1966 [72] aprobó el reglamento general del seguro de invalidez, vejez y muerte que expidió el Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales mediante Acuerdo 224 de 1966 [73] .

Esta disposición, consagraba que la pensión de invalidez se reconocía a quienes tuvieren una pérdida permanente de la capacidad laboral para proporcionarse una remuneración equivalente a un tercio de la que estuvieren devengando, según lo señalado en la ley 90 de 1946, y que tuvieren acreditadas ciento cincuenta semanas de cotización dentro de los seis años anteriores a la invalidez de las cuales 75 debían corresponder a los últimos tres años. Asimismo, se dispuso que quienes hubieren cotizado al menos 100 semanas, y 25 de ellas se hubieren realizado en el último año al acaecimiento de la invalidez, tenían derecho a una indemnización sustituta por dicho riesgo.

[74] Valga destacar que en dicho decreto se previó, igualmente, una especie de régimen de transición, pues se dispuso que durante los primeros seis años de vigencia del seguro de invalidez, había derecho a dicha prestación si al momento de invalidarse el asegurado hubiere tenido acreditadas un número de semanas que no fueren inferior a la mitad del tiempo transcurrido contados a partir de la vigencia del decreto, que en ningún caso podría ser inferior de 25 semanas de cotización [75] . Disposición que denota el interés en evitar la desprotección de quienes venían cotizando anteriormente a la misma.

[76] 4.8. Luego, el artículo 5° del Decreto 3041 fue objeto de modificación mediante el Decreto 232 de 1984, que señaló que tenían derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, quienes, una vez fueren declarados inválidos, acreditaren 150 semanas de cotización para los riesgos de invalidez, vejez y muerte dentro de los seis años anteriores a la invalidez o 300 semanas en cualquier época.

4.9. Posteriormente, se dictó el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990, dictado por el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, que en su artículo 6°, señaló que tenían derecho a la pensión de invalidez de origen común, quienes fueren considerados como: inválido permanente total, inválido permanente absoluto o gran inválido, y además hubieren cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, 150 semanas dentro de los 6 años

anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas, en cualquier época, agregando que en este último evento las semanas tenían que haber sido cotizadas con anterioridad al estado de invalidez.

4.10. Ahora bien, conforme al mandato del artículo 48 de la Constitución de 1991, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, que comenzó a regir a partir del 1° de abril de 1994, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, que a su vez consagra el Sistema General de Pensiones, que persigue garantizar a " la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones" [77] , compuesto por dos regímenes solidarios, que coexisten, pero excluyentes entre sí, como son: (i) el régimen solidario de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad [78] .

4.11. Es preciso señalar que en ambos sistemas los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, el monto y el sistema de su calificación se rigen por los parámetros previstos para el régimen de prima media con prestación definida, regulados en los artículos 38, 39, 40 y 41 de la ley 100 de 1993.

[79] Es importante tener en cuenta los lineamientos que trajo la ley 100 de 1993 para que una persona sea considerada inválida. Para ello, el artículo 38 de la ley 100 de 1993, el cual no ha sido objeto de posteriores modificaciones, dispone:

" Para los efectos del presente capítulo 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".

Asimismo, l a calificación del estado de invalidez corresponde a las entidades autorizadas en la ley, mediante un dictamen que debe atender a los parámetros señalados en ella y a las reglamentaciones que para tal efecto expida el Gobierno Nacional que se encontraren vigentes a la fecha de calificación.

[80] Dicho dictamen debe contemplar los criterios técnicos de evaluación con el fin de calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por la pérdida de su capacidad laboral.

Así, el artículo 41 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la ley 962 de 2005, señala que corresponde determinar en primera oportunidad la pérdida de la capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y su origen 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, correspondiéndole a éstas entidades determinar en "primera oportunidad" ;

y en caso que el afectado no esté de acuerdo con la calificación, deberá acudirse a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional.

[81] El dictamen, que emiten las entidades respecto a la calificación del estado de invalidez, contiene el porcentaje de la afectación, en términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía [82] , su origen y la fecha de estructuración de la invalidez [83] .

Es preciso resaltar que la fecha de estructuración de invalidez otorga gran importancia, teniendo en cuenta que es el momento en el cual se consolida el derecho de exigir el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, según la norma que se encontrare vigente.

4.12. Ahora bien, el artículo 39 de la ley 100 en su versión original, señalaba que tenían derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que siendo declarados inválidos, cumplieren con dos requisitos, a saber: (i) que se encontraren cotizando al régimen y lo hubieren hecho, por lo menos, veintiséis semanas al momento de producirse el estado de invalidez, o (ii) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubieren efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjera el estado de invalidez.

4.13. De todos modos, la ley 100 de 1993, ha sido objeto de modificación en dos oportunidades, respecto a las condiciones previstas para el reconocimiento de la pensión de invalidez . Veamos:

4.14. La ley 797 en enero 29 de 2003, estableció que tenían derecho a la pensión de invalidez quien hubiere cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización con el sistema hubiere sido al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera estructuración, si la misma fue causada por enfermedad; y 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, si la invalidez se generó con ocasión de un accidente.

El anterior artículo fue declarado inexequible, mediante Sentencia C-1056 de noviembre 11 de 2003 [84] , al encontrar que en su formación, se habían producido vicios de trámite.

4.15. Finalmente, el artículo 1° de la ley 860 de 2003, que entró a regir a partir del 26 de diciembre de 2003, establece que tienen derecho a la pensión de invalidez, quienes una vez fueren declarados inválidos, reúnan similares presupuestos a los señalados en el artículo 11 de la ley 797 de 2003, a saber:

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

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

Asimismo, señala en su parágrafo 1° que los menores de veinte años de edad sólo deben acreditar veintiséis semanas cotizadas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria. Además, el parágrafo 2° dispone que cuando el afiliado cotice por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo requerirá haber cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

4.16. Ahora bien, teniendo en cuenta estos cambios normativos, esta Corporación ha considerado que se ha presentado una problemática en la interpretación de las anteriores disposiciones, generada por cuanto el artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que las disposiciones laborales, al ser de orden público, tienen efectos generales e inmediatos.

En consecuencia, en principio, la norma aplicable a cada caso concreto es aquella que se encontrare vigente al momento en que se consolida el presupuesto que hace exigible la prestación, en los casos objeto de estudio, la fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, tal y como se explicó anteriormente.

De esta manera, la controversia versa en que las normas laborales tienen efectos irretroactivos, lo que obligaría, en principio, aplicar la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez, pese a que las personas hubieren venido realizando sus cotizaciones según el régimen anterior.

De todos modos, recuérdese que frente a los cambios normativos que puedan presentarse en la legislación sobre pensiones, como la variación de los requisitos para acceder a su reconocimiento, toma suma importancia la necesidad de establecer un régimen de transición , el cual se justifica ante la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión previsto en la ley anterior “por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse” [85] , así como en el principio de la confianza legítima que guarda relación con el principio de la buena fe, por cuanto el administrado confía que la

administración mantendrá, en principio, la vigencia de determinada regulación legal, sin que ello se oponga a la modificación de la legislación actual.

Asimismo, adquiere especial relevancia que todo tránsito legislativo debe consultar los parámetros de justicia y equidad , y atender los principios de razonabilidad, proporcionalidad y progresividad.

[86] De cara ante tal escenario, ante la no existencia de un régimen de transición para acceder al reconocimiento a la pensión de invalidez, considerado regresivo en casos concretos, de manera reiterada, se ha señalado que la acción de tutela se ha convertido en el mecanismo constitucional para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de las personas afectadas.

En este marco de ideas, esta Corporación ha procedido a garantizar el reconocimiento de la pensión de invalidez, al aplicar directamente la Constitución frente a disposiciones del ordenamiento legal vigente bajo los cuales se estructuró el estado incapacitante, cuando ha verificado, en el caso concreto, la violación de derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, por la existencia de medidas regresivas que imponen requisitos más exigentes a los previstos bajo el régimen legal anterior y sin que hubiere tomado el legislador ordinario medida de transición alguna, transgrediéndose de tal manera el principio de progresividad que irradia el sistema de seguridad social y los derechos prestacionales. Bajo las particulares circunstancias que ha ocupado la Corte, ha dispuesto la aplicación del régimen pensional anterior.

Veamos. 4.17. En este escenario, se advierte que se presentaron controversias surgidas en relación a la aplicación de los cambios normativos introducidos por la ley 100 de 1993 y sus posteriores modificaciones, por quienes venían cotizando, inclusive con anterioridad al régimen introducido en la mencionada ley [87] .

Estimó esta Sala de Revisión, que los recurrentes satisfacían los supuestos para el reconocimiento de la pensión de invalidez según los parámetros previstos en el régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993, al considerar que era éste más progresivo para los casos concretos, y en consecuencia se ordenó que se aplicara para tales efectos lo previsto según el artículo 6° del Decreto 758 de 1990.

[88] Así pues, en sentencia T-628 de 2008, [89] se estimó que la aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 860 de 2003, resultaba contrario al principio de progresividad, pues, si bien estas últimas disposiciones redujeron “el número de semanas cotizadas de 150 a 50 para acceder a la pensión de invalidez, también se redujo de 6 a 3 años el lapso en que dichas semanas debían ser acreditadas con anterioridad a la fecha de estructuración de invalidez” . Y concluyó:

“Así entonces, a juicio de la Sala, son los requisitos contenidos en los artículos 5° y 6° del Decreto 758 de 1990 los que se deben aplicar al accionante, los cuales, se advierte, este cumple a cabalidad, puesto que es un inválido permanente total por haber perdido más del cincuenta 50% de su capacidad laboral (folios 12 a 14), asimismo, cotizó durante dicho régimen [90] más de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez y cuenta con más de 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad a la estructuración de la invalidez [91] . Así entonces, de no haber variado la normatividad, el señor XX hubiera accedido sin reparo alguno a la pensión que ahora reclama, por reunir todas las condiciones exigidas en el régimen anterior.” 4.18. Por otra parte, igualmente, se han generado controversias cuando las personas venían cotizando según los parámetros de la ley 100 de 1993, pero la estructuración de su invalidez ocurrió de manera posterior a las modificaciones de las que ha sido objeto ésta última.

Ciertamente, se ha estimado que los requisitos impuestos en las modificaciones al artículo 39 de la ley 100 de 1993 han sido mas gravosos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto: (i) se aumentaron las semanas de cotización requeridas, teniendo en cuenta que el régimen de la ley 100 de 1993 señalaba el cumplimiento de 26 semanas de cotización al momento de producirse el estado de invalidez , en cualquier tiempo si la persona se encontraba

cotizando al régimen, o si habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se estructuraba el estado de invalidez; (ii) se estableció un nuevo requisito de permanencia en el sistema a partir del artículo 11 de la ley 797 de 2003, y posteriormente, en el artículo 1° de la ley 860 de 2003.

Así las cosas, el legislador, al modificar los requisitos de la pensión de invalidez, ha introducido modificaciones más exigentes para el acceso a dicha prestación, especialmente al monto de semanas cotizadas y al tiempo de permanencia en el sistema.

4.19. Sobre este asunto, se ha analizado los presupuestos fácticos de personas que iniciaron a cotizar al sistema de pensiones cuando la norma vigente era el artículo 39 de la ley 100 de 1993, pero al momento en que se estructuró su invalidez, la norma vigente era el artículo 11 de la ley 797 de 2003, disposición que como ya se señaló, tuvo aplicación desde la fecha de su publicación, 29 de enero de 2003, hasta la fecha en que fue declarada inexequible por esta Corporación, esto es, 11 de noviembre de 2003.

[92] Es necesario tener en cuenta que según el artículo 45 de la ley 270 de 1996, Ley Estatutaria de Administración de Justicia, dispone que las sentencias de control abstracto de la Corte Constitucional tienen efectos hacia futuro, a menos que la misma Corporación module su fallo. Por tanto, como la sentencia C-1056 de 2003 no hizo mención al respecto, los efectos de su decisión operaron a partir del 11 de noviembre de 2003, momento en que la norma fue retirada del ordenamiento jurídico.

Así pues, se ha estimado que los requisitos impuestos por el artículo 11 de la ley 797 de 2003 resultan más gravosos para acceder a la pensión de invalidez, por cuanto exige un mayor número de semanas cotizadas. Así mismo, la versión primigenia de la ley 100 no contemplaba la permanencia del veinticinco por ciento al sistema que se exigía en la ley 797. En consecuencia, ha señalado esta Corporación que cuando las personas se encontraren afectadas por el tránsito normativo, y por ende ante la concurrencia de las normas aplicables, debe darse preferencia a lo fijado por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, por cuanto exigía menores requisitos en relación con la ley 797 de 2003.

Así pues, mediante sentencia T- 974 de 2005 [93] , se analizó un caso que planteaba el anterior problema, a saber: un trabajador que sufrió un accidente el día 30 de septiembre de 2003, el cual le ocasionó la perdida de su capacidad laboral en un 73.8%, quien al solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, le fue negada por cuanto no cumplía los requisitos previstos en el artículo 11 de la ley 797 de 2003, pese a que ya había sido declarado inexequible. En este evento, se señaló:

“ Sea lo primero precisar, respecto de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003, mediante la sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003 [94] proferida por la Corte Constitucional, que a diferencia de los fallos que se emiten en los demás ámbitos de la jurisdicción, los fallos de constitucionalidad tienen efectos erga omnes y no inter partes, es decir, que sus efectos son obligatorios en forma general y oponibles a todas las personas, sin excepción alguna. Así mismo, cuando no se ha modulado el efecto del fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a aquél en que se tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad.

[95] También se debe recordar que, como lo afirma la jurisprudencia de esta Corporación [96] , la declaratoria de inexequibilidad de una norma derogatoria, en este caso el artículo 11 de la ley 797 de 2003, implica la reincorporación al ordenamiento jurídico de las disposiciones por ella derogadas, es decir, la del artículo 39 de la ley 100 de 1993.

De otra parte, si bien puede afirmarse que las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y en general las situaciones prestacionales de un trabajador, se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso, en cumplimiento del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, la Sala considera que debe darse aplicación a la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de

duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...". En ese orden de ideas, siendo en principio aplicable al caso que nos ocupa el artículo 11 de la ley 797 de 2003 [97] , norma que regía al momento en que se configuró el estado de invalidez – 30 de septiembre de 2003- y que exige como requisito para acceder al beneficio pensional haber completado 50 semanas de cotización, sin duda, para el peticionario resulta más beneficiosa la aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993 [98] , norma que revivió con la declaratoria de inexequibilidad de aquella y que exige como requisito para tener derecho a la pensión de invalidez haber cotizado tan solo 26 semanas al momento de estructurarse tal estado, con fundamento en el principio constitucional de favorabilidad. Así entonces, para esta Sala de Revisión es claro que atendiendo el mayor beneficio para el trabajador, la verificación del cumplimiento de los requisitos que se exigen para obtener el derecho al reconocimiento de la pensión solicitada por el señor Edgar Hernando Ortiz Herrera, se hará en forma prevalente de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 – 26 semanas de cotización - y no respecto de los requisitos del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 – 50 semanas de cotización-".

Apoyada en los anteriores argumentos, se concedió el amparo al derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital, al estimar que el actor cumplía con los requisitos señalados en la ley 100 de 1993, además de encontrarse en la imposibilidad de hallar otro ingreso que le permitiera sufragar su subsistencia, así como la de su familia.

Ante una similitud fáctica, en sentencia T-043 de 2007, [99] se abordó nuevamente el tema en cuestión, al pronunciarse sobre las situaciones específicas que se originan a partir de la aplicación de la Ley 797 de 2003, vigente al momento de estructuración de la pérdida de la capacidad para laborar, y declarada posteriormente inexequible en sentencia C-1056 de 2003. En aquélla providencia de tutela se estimó, lo siguiente:

"Para el asunto expuesto se tiene que la hipótesis de aplicación de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez tiene sustento, como se indicó anteriormente, en el modo de aplicación prospectivo de las normas laborales que dispone el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo. Esta norma, además, tiene sustento constitucional en el principio de legalidad, que prevé la aplicación prima facie de las normas vigentes al momento de consolidación de una situación jurídica particular, en este caso el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. De otra parte, la necesidad de otorgar consecuencias materiales al principio de cosa juzgada constitucional fundamenta la imposibilidad de aplicar una disposición que ha sido declarada inexequible a actos que si bien ocurrieron durante su vigencia, sólo vienen a surtir efectos concretos luego de la decisión de inconstitucionalidad. En ese sentido, la Sala encuentra que para ambas interpretaciones concurrentes existen fundamentos jurídicos suficientes y razonables, lo que permite la aplicación del principio de favorabilidad laboral como fórmula para la resolución del debate propuesto.

7.6. Con este propósito debe identificarse cuál es la norma más favorable al trabajador. Al respecto, es claro que la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 797/03 impone requisitos de cotización más gravosos que los previstos en la versión primigenia del artículo 39 de la Ley 100/93. Así, es esta última disposición la que resulta más favorable para el trabajador, en la medida en que le obliga a acreditar un número inferior de semanas de cotización y, a su vez, no contempla el requisito de fidelidad al sistema exigido por la nueva normativa. En consecuencia, para la hipótesis sujeta a estudio, la Corte concluye que ante la concurrencia de interpretaciones sobre la determinación de la norma aplicable, debe darse preferencia a lo fijado por el artículo 39 de la Ley 100/93, en tanto permite al trabajador acceder al reconocimiento y pago de la pensión con el cumplimiento de menores requisitos. Lo anterior, por supuesto, sin perjuicio que hayan sido expedidas con posterioridad normas sobre pensión de invalidez que, verificadas las circunstancias del caso concreto, se muestren más favorables para el trabajador. En este último evento, conforme al principio en comento, deberá aplicarse el precepto que otorgue mejores condiciones al empleado 7.9. El análisis efectuado permite a la Corte inferir que para el evento analizado, existen argumentos razonables y suficientes que permiten defender la aplicación al caso concreto de los preceptos de la Ley 100/93 u otra norma favorable, en contraposición a los de la Ley 797/03 en lo

referente a la determinación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando la estructuración de la discapacidad operó durante la vigencia de este último precepto. Ante la duda comprobada sobre la determinación de la norma aplicable, resulta perentoria la aplicación por parte del juez del principio constitucional de favorabilidad laboral, según el cual debe preferirse la norma que imponga condiciones menos gravosas al trabajador para la consolidación de una situación jurídica particular. En ese sentido, el estudio de los preceptos mencionados demuestra que las reglas del artículo 11 de la Ley 100/93 en su versión "original" muestran las condiciones más favorables de acceso a la prestación, en tanto exige una menor densidad de cotizaciones y omite el requisito de fidelidad mínima al sistema. Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta conclusión no es novedosa, pues encuentra sustento en el precedente constitucional, el que, en casos similares, ha aplicado idéntica razón de decisión ante la confluencia de interpretaciones aplicables al tema en comento".

De igual manera, al pronunciarse sobre un caso similar al precedente, la Corte en la citada sentencia T-018/2008 [100] , reiteró las anteriores consideraciones de la siguiente manera:

"Para el asunto bajo estudio encuentra la Sala que la hipótesis de aplicación de la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez se fundamenta, como ya indicó, en el efecto general inmediato, de las normas laborales que dispone el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo. Este precepto, tiene además, sustento constitucional en el principio de legalidad, que prevé la aplicación prima facie de las normas vigentes al momento de consolidación de una situación jurídica particular, en este caso el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. De otro lado, el imperativo constitucional de otorgar consecuencias materiales al principio de cosa juzgada constitucional sustenta la imposibilidad de aplicar un precepto que ha sido declarado inexequible a situaciones que si bien ocurrieron durante su vigencia, sólo vienen a surtir efectos concretos luego de la decisión de inconstitucionalidad [101] .

En ese orden de ideas, encuentra la Sala que se presentan dos interpretaciones concurrentes sobre la norma que debe regir la situación específica del demandante, lo que impone acudir al principio de favorabilidad laboral como herramienta hermenéutica para resolver el conflicto normativo suscitado.

3.4.5.7 Ahora bien, en orden a identificar cuál es la norma más favorable al trabajador, conviene recordar que la reforma introducida por el artículo 11 de la Ley 797/03 impone requisitos de cotización más gravosos que los previstos en la versión primigenia del artículo 39 de la Ley 100/93. En consecuencia es esta última disposición la que resulta más favorable para el trabajador, en la medida en que le obliga a acreditar un número inferior de semanas de cotización y, a su vez, no contempla el requisito de fidelidad al sistema exigido por la nueva normatividad. De tal manera que, para la hipótesis sujeta a estudio, la Corte concluye que ante la concurrencia de interpretaciones sobre la determinación de la norma aplicable, debe darse preferencia a lo establecido por el artículo 39 de la Ley 100/93, en tanto permite al trabajador acceder al reconocimiento y pago de la pensión con el cumplimiento de menores requisitos. Lo anterior, ha dicho la Corte, sin perjuicio de la posterior expedición de normas sobre pensión de invalidez que, verificadas las circunstancias del caso concreto, se muestren más favorables para el trabajador. En este último evento, conforme al principio en comento, deberá aplicarse el precepto que otorgue mejores condiciones al afiliado.

3.4.5.8 Conforme al análisis precedente, es claro para la Sala que para el evento analizado, existen argumentos razonables y suficientes que permiten defender la aplicación, en el caso concreto, del artículo 39 de la Ley 100/93 en contraposición a lo preceptuado en el artículo 11 de la Ley 797/03, respecto de la determinación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando la estructuración de la discapacidad operó durante la vigencia de este último precepto. Ante el conflicto suscitado sobre la determinación de la norma aplicable, resultaba perentoria la aplicación por parte del juez laboral del principio constitucional de favorabilidad en materia laboral, según el cual debe

preferirse la norma que imponga condiciones menos gravosas al trabajador para la consolidación de una situación jurídica particular.

3.4.5.9 El estudio de los preceptos en colisión permite afirmar que las reglas del artículo 39 de la Ley 100/93 en su versión originaria muestran las condiciones más favorables de acceso a la prestación, en tanto exige una menor densidad de cotizaciones y omite el requisito de fidelidad mínima al sistema. Por último, cabe destacar que la solución que se acoge no resulta novedosa, pues encuentra sustento en el precedente constitucional [102] , el que, en casos similares, ha aplicado idéntica razón de decisión ante la confluencia de interpretaciones aplicables al tema en comento".

Así las cosas, sobre este aspecto puede concluirse que las personas afectadas por el tránsito normativo previsto en el artículo 11 de la ley 797 de 2003, por cuanto la fecha de la estructuración de su invalidez tuvo ocurrencia antes de su declaratoria de inexequibilidad, puede aplicársele la norma más progresiva, esto es el artículo 39 de la ley 100 de 1993, máxime si se tiene en cuenta que por la sentencia C-1056 de 2003 se revivió esta última disposición.

4.20. Otra problemática que también se ha presentado, igualmente estudiada por esta Corporación, es respecto a las personas que se han encontrado afectadas con el cambio normativo introducido a raíz de la ley 860 de 2003 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En efecto, se ha analizado la compatibilidad entre la modificación legislativa y el principio de progresividad de los derechos sociales, teniendo en cuenta que dichas reformas han estado dirigidas a exigir mayores requisitos para acceder a la prestación, al disponer un aumento en el número de semanas cotizadas al momento de la estructuración de la invalidez en comparación con las exigidas en la ley 100 de 1993.

Al respecto, recuérdese la ley 860 exige haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, cuando la ley 100 señalaba 26 semanas en cualquier tiempo si la persona no había dejado de cotizar, y de lo contrario 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la fecha de la invalidez. Además se impuso un nuevo requisito, a saber: la fidelidad al sistema de seguridad social en pensiones del veinte por ciento contado a partir del momento en que el afectado cumple 20 años hasta el momento de la estructuración de la invalidez.

Así las cosas, el aumento en los requisitos para el reconocimiento de una prestación que tiene la finalidad de compensar la contingencia derivadas de la pérdida de la capacidad laboral, es una medida que prima facie puede considerarse regresiva de los derechos prestacionales, y por ende contraria al principio de progresividad de los derechos sociales, cuyas generalidades se hizo referencia en el acápite anterior.

Por tanto, tal y como se ha precisado, si bien el legislador goza de un amplio margen de libertad para definir las medidas que gobiernan el sistema de seguridad social, éste no puede, prima facie , desconocer los principios de no regresividad de las derechos prestacionales, de tal forma que las medidas que se adopten deben estar plenamente justificadas conforme al principio de progresividad.

4.21. Sobre este, especial asunto esta Corporación ha sentado un precedente jurisprudencial. En efecto, esta Sala de Revisión se ocupó de este tema, mediante sentencia T-1291 de 2005 [103] . En dicha oportunidad, la actora, madre cabeza de familia, se le había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez por cuanto no cumplía con los parámetros señalados en la ley 860 de 2003, a saber: no tenía 50 semanas cotizadas dentro de los tres últimos años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, pese a que la pérdida de la capacidad laboral se había estructurado en un porcentaje mayor al 50%.

En este evento, se estimó que como la actora había empezado cotizar bajo el régimen previsto en el artículo 39 de la ley 100 de 1993, y cumplía con los presupuestos exigidos en el mismo, la modificación introducida por la ley 860 de 2003,

que no contempló un régimen de transición, vulneraba el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social, que afectaban sus derechos a la igualdad, a la vida digna, al mínimo vital y al trabajo. Al respectó anotó:

“Por tratarse de un caso de invalidez por “riesgo común” acaecido el 28 de enero de 2004, la AFP aplicó a la discapacidad y minusvalía de Adriana María Jaramillo Rios el numeral 1 del artículo trascrito. Con base en éste concluyó que ella no cumple con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años y negó la prestación.

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social [104] . En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 “original” (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Rios sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija, Luisa Fernanda Gutierrez Jaramillo.

Es de anotar que en vigencia del artículo 39 “original” (o derogado), a la peticionaria se le aplica el numeral 1 de dicha norma, es decir, se le exigirían veintiséis (26) semanas de cotización (sin límite de tiempo) al momento de producirse su estado de invalidez [105] .

Ahora, conforme al parágrafo de la misma norma, el cálculo de las semanas cotizadas por la actora incluye “el número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones” [106] . Pues bien, para el efecto esta Corporación allegó la totalidad de aportes efectuados al sistema por Adriana María Jaramillo Rios. Como resultado obtuvo que ella cotizó al Seguro Social un total de 162 semanas [107] .

Como conclusión de lo anterior, se puede deducir sin duda, que bajo estas condiciones la actora tiene derecho a la prestación económica derivada de su discapacidad.

No obstante lo anterior, 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. Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, 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 de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma– para que se acceda al derecho.

Conforme a lo anterior y frente a la evidente necesidad de aplicar la Constitución directamente, hay que reiterar que para que sea posible el reconocimiento de la prestación, es necesario que el legislador haya definido sus requisitos. Así las cosas y ante la ausencia de un régimen de transición y conforme al principio de favorabilidad de las normas laborales, la Sala considera necesario dar aplicación en este caso del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que dispone la cotización de veintiséis (26) semanas de cotización al momento de producirse el estado de invalidez.

Los requisitos previstos por esta norma (como se advirtió) los cumple cabalmente la peticionaria, Adriana María Jaramillo Rios”. De igual manera, en sentencia T-043 de 2007, [108] se reiteraron los anteriores argumentos, de la siguiente manera:

“Las razones expuestas en las decisiones anteriores permiten, entonces, identificar las reglas jurisprudenciales aplicables a la protección constitucional de los derechos fundamentales interferidos por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón del tránsito normativo que ha operado en la materia. Estas reglas, a juicio de la Sala,

gravitan sobre dos instancias definidas. La compatibilidad entre las normas legales aplicables y el principio de progresividad de los derechos sociales y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez.

En cuanto al primer aspecto, se advierte que la protección a través del amparo constitucional en el asunto bajo examen está sujeta a que las normas legales que hayan sustentado la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez resulten, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos sociales. Sobre este particular, en apartados anteriores de esta decisión se han expuesto a profundidad los argumentos que ha tenido en cuenta la Corte para concluir, en distintas decisiones, 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.

En segundo término, para que el amparo constitucional proceda en los casos analizados deberán comprobarse circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados. Así, en primer lugar, en cada caso deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales en un asunto que, de manera general, es de competencia de la jurisdicción ordinaria. Como segunda medida, debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado. En ese sentido, deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. De esta manera, en caso que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable.

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

[109] Asimismo, mediante sentencia T-699A de 2007, [110] se resolvió inaplicar el artículo 1° de la ley 860 de 2003, al considerarlo inconstitucional en el caso concreto, por cuanto se venía cotizando según el régimen previsto en la ley 100 de 1993, que de no haber sido modificado, o haber previsto un régimen de transición, el demandante hubiera podido acceder a la prestación de invalidez. En este mismo sentido, se encuentran las sentencias T-1072 de 2007 [111] , T-641 de 2007 [112] , T-103 de 2008 [113] , T- 077 y T-078 de 2008 [114] , T-018 y T-043 de 2008 [115] .

4.22. Ahora bien, teniendo en cuenta que el requisito de fidelidad al sistema que exige la ley 860 de 2003 es un presupuesto novedoso que no tenía ningún precedente, (salvo el artículo 11 de la ley 797 de 2003, declarado inexequible, tal y como anteriormente se precisó) es necesario destacar, como también, han existido diversos pronunciamientos de esta Corporación sobre este especifico requisito.

[116] Valga precisar que se ha reiterado las consideraciones relativas a estimarlo regresivo de los derechos sociales a aquellas personas inválidas, que se encontraren afectadas por el tránsito legislativo.

Téngase en cuenta que la intención del legislador con la implementación del requisito de fidelidad al sistema, como presupuesto para obtener la pensión de invalidez, obedeció a la finalidad de generar una cultura de afiliación al sistema de pensiones, y con ello una reducción a los fraudes. En la exposición de motivos de la norma en comento, se señaló:

"Artículo 2°. Condiciones para acceder a la pensión de Invalidez. Se modifican los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. El requisito no se establece en términos de semanas sino de densidad de cotización.

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

Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes. Cuando un afiliado haya cotizado 20 años o mil semanas, la cobertura del seguro se mantiene en forma vitalicia, así haya dejado de cotizar por un tiempo prolongado." [117] Así pues, en sentencia T-221 de 2006 [118] , la actora, de más de 70 años de edad, que padecía de cáncer pulmonar, solicitaba el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada por no cumplir los requisitos de fidelidad al sistema impuestos en la ley 860 de 2003. En esta oportunidad, se estimó que este punto afectaba las expectativas de las personas inválidas. Se valoró que en el caso concreto era necesaria la inaplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pues frente a la situación fáctica concreta de la accionante, devenía inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, al estimar que la actora, persona de la tercera edad, por fuerza de su situación económica y social, se vio compelida a ingresar tardíamente al mercado laboral y, de contera, al sistema de seguridad social.

Se señaló que cumplir con el requisito de fidelidad era más gravoso para las personas que tuvieren más edad, toda vez que entre mayor fuere la persona, mayores serían las cotizaciones que tenían que haber realizado para cumplir con el requisito de la fidelidad, y por tanto la población más afectada por esta norma eran las personas de la tercera edad, y estimó, que ello se tornaba en vidente incompatibilidad de la norma, al desproteger a éste grupo poblacional, objeto de especial protección. En consecuencia, indicó que la cultura de afiliación al sistema que propendía la norma, no podía castigar a quienes no venían participando de la misma, sin crear un régimen de transición o un mecanismo que amparare a las personas que bajo distintos supuestos venían cotizando al sistema, y por ende no podía recaer una cultura de afiliación a las personas que al momento de entrar en vigencia dicha norma ya hacían parte de la tercera edad. Sobre este punto, valga resaltar los siguientes argumentos:

"Se pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que "es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población" [119] , en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad.

(…) 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 [120] , 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.

(..) De la cita precedente se desprende que la consideración para la adopción de la norma giró en torno a la premisa de construcción de una cultura de fidelidad al sistema de pensiones. 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.

La cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella. No puede por tanto el legislador, pretender infundir una cultura de afiliación desprotegiendo a ciertos sectores de la población, sin crear un régimen de transición o un mecanismo similar que ampare a las personas que bajo diferentes condiciones venían cotizando al sistema.

Si bien el legislador comprendió que la reforma redundaría en beneficio de las personas de mayor edad, por cuanto tendrían más semanas cotizadas, merced a la cultura que se pretende crear con la norma, tal efecto debe ser entendido como una proyección y, por tanto, 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 ellos ya no puede recaer la pretendida "culturización".

(..) Resulta claro para esta Corporación que la medida asumida por el legislador es desproporcionada porque para fomentar los fines expuestos, sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección por parte del Estado colombiano. Además de desproporcionada, la norma es injustificada porque no existió al interior del cuerpo legislativo un debate sobre la incidencia de la norma, ni consideraciones sobre medidas alternativas para acometer los mismos propósitos procurando disminuir el impacto negativo sobre la población".

Frente a esto, mediante sentencia T-1072 de 2007 [121] , siguiendo la doctrina jurisprudencial precitada, la Corte inaplicó el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 al encontrar que resultaba desproporcionado, negar el derecho a la pensión de invalidez a un hombre de 56 años de edad, quien se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 52,84%, con fecha de estructuración agosto 2 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 para cumplir el presupuesto de la fidelidad al sistema. Dijo entonces esta Corporación:

"La Sala encuentra que la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez vulnera los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, como quiera que se fundamenta en una norma, que según se analizó en las consideraciones precedentes, deviene inconstitucional por desconocer el principio de progresividad.

En efecto, esta Corporación ha señalado que "[e]l principio de progresividad también constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad, pues a menos que existan razones extraordinarias muy poderosas que justifiquen la prevalencia de otro principio, su observancia es obligatoria , primero por el Legislador y, posteriormente, cuando se adelanta el control de constitucionalidad ante la Corte"

[122] . (Negrilla fuera de texto). Como quedó dicho en acápites anteriores, las razones esgrimidas para la implementación de los requisitos consagrados en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 devienen injustificadas y desproporcionadas, circunstancia que resulta más evidente a la luz de los elementos fácticos del caso que se estudia. En efecto, si uno de los argumentos para la adopción de la medida regresiva radica en la disminución del fraude, se tiene que

en el caso del señor Luis Emiro Arévalo resulta desproporcionada la imposición de un requisito de fidelidad como quiera que el actor venía cotizando al sistema de pensiones desde 1999, en vigencia del artículo 39 de la ley 100 de 1993, lo que para la Sala excluye la intención fraudulenta del actor de acceder a prestaciones pensionales, máxime si se considera que la invalidez que le sobrevino no es un hecho previsible y programable como la vejez o la muerte, por lo que la cotización extendida en el tiempo por un tiempo prudencial, debe observarse bajo el principio de buena fe.

Es igualmente relevante destacar que, no obstante que la fecha de estructuración de la invalidez fue fijada por el organismo pertinente en el 2 de agosto de 2005, el actor, de buena fe continuó trabajando y cotizando al sistema de pensiones hasta el primer trimestre del 2006, fecha en la que solicitó la calificación del estado de invalidez. De esta forma, resulta lesivo de los derechos del actor que le sea negada la pensión de invalidez por falta del cumplimiento del requisito de fidelidad, como quiera que los extremos entre los que se cuenta el porcentaje de cotización conforme con la ley 860 de 2003, desconoce el carácter progresivo que puede tener una enfermedad incapacitante como la que sufrió el actor, de manera que la aplicación inflexible de la misma desconoce las cotizaciones que en ejercicio de la deteriorada capacidad laboral del actor, realizó hasta la fecha en que solicitó la calificación del estado de invalidez.

[123] ” Igualmente en sentencia T-069 de 2008 [124] , se inaplicó el artículo 1° de la ley 860 de 2003, bajo similares argumentos, al accionante, a quien se le había estructurado su incapacidad laboral en un 68.7%, causada por enfermedad de origen común el 24 de abril de 2006, y, habiendo cotizado al sistema general de pensiones un total de 618 semanas. En dicha providencia se mencionó:

“En tal sentido, esta Sala observa que (i) las condiciones que ahora debe cumplir el ciudadano son más gravosas e impiden el acceso a la prestación económica reclamada; (ii) en segundo término, no hay una fundamentación suficiente sobre la cual se apoye la disminución del nivel de protección del derecho; (iii) existe una intensa afectación de los derechos de un discapacitado, quien por su edad y su condición es un sujeto de especial protección constitucional; (iv) a pesar de que el historial de cotización del ciudadano inició durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 –y de acuerdo a lo originalmente establecido en ella, el peticionario hubiera accedido de manera inmediata a la pensión de invalidez, bajo el nuevo régimen no puede acceder a dicha prestación”.

De igual manera, en sentencia T-080 de 2008, [125] se estimó que la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003, en relación a la exigencia del porcentaje de fidelidad al sistema, vulneraba, inclusive, los derechos del accionante de 28 años de edad, por cuanto venía efectuando sus cotizaciones antes de la modificación introducida, aún cuando su invalidez fue estructurada en su vigencia. Acotó que la aplicación del nuevo régimen hacía nugatorio el derecho, al no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema, que conforme a la ley 100 de 1993 hubiera podido reclamar, lo que conllevaba al desconocimiento del principio de progresividad inherente al derecho a la seguridad social, en ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de dicha disposición. Advirtió que si unos de los fines para la exigencia de la fidelidad era impedir fraudes al sistema, en casos como el que se analizó, no solo se presumía la mala fe de los afiliados, sino que generaba que personas, que de manera sorpresiva, se vieran afectadas por un estado de invalidez, quedaran desprotegidas, y por ende no pudieran acceder a una prestación, cuyo objeto, precisamente, era contrarrestar tal circunstancia. Al respecto, estimó:

“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".

4.23. A partir de lo anterior, se tiene que esta Corte ha definido un consolidado precedente, señalando que el reconocimiento de la pensión de invalidez, puede afectar a quienes no cumplan los parámetros en preceptos legales, que exijan mayores requisitos con los que se venían cotizando bajo las condiciones de una norma estimada más progresiva en el caso concreto, sin que para tal efecto, al menos, se estimare un régimen de transición que respetare las expectativas legítimas.

Frente a este escenario, tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, se reitera que, en ciertos casos, el reconocimiento de la pensión de invalidez puede afectar a personas que se encuentren incapacitadas para laborar en razón a su invalidez, precisamente, por que existe un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas.

Por tanto, en estos asuntos, debe aplicarse directamente la Constitución Política (Art. 4°) frente a disposiciones que contraríen el principio de progresividad en los derechos sociales, cuando el tránsito normativo no tenga sustento constitucional, que agrava las condiciones exigidas para acceder a la prestación, y no se conciba para el efecto, un régimen de transición que permita a los trabajadores el respeto de sus expectativas legítimas, y por ende los derechos fundamentales que puedan resultar afectados, en especial, el derecho al mínimo vital de quienes no pueden desempeñar una labor que puedan atender sus necesidades, y requieran de una mesada pensional como única fuente de ingreso.

Tampoco debe olvidarse que en tratándose de personas de especial protección constitucional el legislador debe contemplar con mayor razón la posibilidad de establecer un régimen de transición frente a medidas regresivas [126] .

5. Ineficacia de los mecanismos de defensa judicial en los asuntos sometidos a revisión. 5.1. En los asuntos objeto de revisión, los actores en sus demandas. como en los escritos de impugnación, pusieron de presente su grave situación, algunos manifestando además que muy posiblemente por su grave enfermedad (VIH/SIDA), ya no disponían de tiempo para iniciar y culminar un proceso ordinario , dado que "no sabe cuanto tiempo dure [su vida] bajo las condiciones por las cuales hoy atraviesa".

Ciertamente, se denota que los señores XX, YY y ZZ padecen de VIH-SIDA, pues los dictámenes médicos realizados para determinar su invalidez por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia y Bolívar, se tuvo en cuenta dicha enfermedad para estructurar la invalidez de los señores XX y YY respectivamente. Asimismo, el señor ZZ aporta su historia clínica, en la que se señala que también sufre de este mortal virus. (Folio 12 del cuaderno principal del expediente T-1952587), razón por la cual su Entidad Promotora de Salud le ha reconocido el pago de la incapacidad correspondiente, tal y como consta de los certificados anexados a dicho expediente. (Folios 15 y 16 ib.

). Así las cosas, la situación fáctica de los asuntos objeto de revisión debe hacerse particular énfasis que ameritan sus casos, en razón a las consecuencias nefastas que acarrea la enfermedad que sufren, tal y como lo ha señalado esta Corporación.

Conforme a lo anterior, en sentencia T-262 de 2005 [127] , indicó que “se ha considerado que el V.I.H.–SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas.” Ya en decisión anterior, T-843 de 2004 [128] , la Corte se refirió a las consecuencias de dicha enfermedad y las medidas especiales que deben adoptarse por el Estado para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de dichas personas:

“…la persona que se encuentra infectada por el VIH, dadas las incalculables proporciones de ese mal, ve amenazada su existencia misma, y frente a ello no puede el Estado adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. Con tal fin debe implementar políticas y programas para, aunque no sea posible lograr una solución definitiva, por lo menos hacer menos gravosa y penosa esa enfermedad.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de personas que padecen dicha enfermedad y ha manifestado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte [129] .

La protección especial a ese grupo poblacional [130] está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.). Bajo esos parámetros la Corte ha manifestado que con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana [131] de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios [132] .

También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación” [133] .

De esta manera puede estimarse que las personas con sufren de VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional, dado que dicha enfermedad mortal, causa el deterioro progresivo del estado de salud, que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta que acarrea la misma.

5.2. Aunado a que los actores son merecedores a una protección constitucional reforzada, es preciso destacar que todos ponen de presente que su mínimo vital se encuentra afectado.

5.2.1. Así pues, el señor XX asevera que el retardo en el reconocimiento de la pensión de invalidez le ha generado un cambio sustancial en sus condiciones de vida, por cuanto el mismo “tiene un alcance de una ayuda vital para mi, es decir, indispensable para mi subsistencia”, además “que no cuenta con ningún tipo de ingreso económico”.

En el mismo sentido, manifestó mediante declaración juramentada rendida ante el juez de primera instancia, que se encontraba desempleado e incapacitado para laborar. Señaló que su situación socioeconómica se ha visto afectada, más aún cuando tiene que pagar los gastos relativos a arriendo, servicios y alimentación, su compañera también se encuentra desempleada y tiene dos hijas, razón por la cual solicitó el reconocimiento de la pensión “para tener calidad de vida para mi y para mis hijos”.

Además, obsérvese que las anteriores aseveraciones no fueron controvertidas por el fondo accionado. 5.2.2. Por su parte, el señor YY, manifestó que se encuentra imposibilitado para trabajar debido a la enfermedad que padece, lo que se puede

corroborar con el dictamen que expidió la Junta Regional de Calificación de Invalidez, se encuentra “con la cruz acuesta de su enfermedad, padeciendo de decaídas muy fuertes, propias de este tipo de situaciones y con carencias de recursos económicos que hacen más gravosa su vida, lo que hace subsistir en condiciones precarias, que no sólo afectan su salud sino también su estado emocional de una persona que en tiempo de salud positiva fue activa, fuerte y trabajadora , y añade que pese a que sobrevive con el sufrimiento “en su salud y en su estado psicológico, por no contar con los recursos económicos, encuentra la esperanza de que su dolor disminuya al poder contar con el reconocimiento de su pensión de invalidez, que le hará llevar una vida mas digna, a el y a su familia, que junto a él padecen de tener un ser querido padeciendo una enfermedad de las consideradas catastróficas”.

Asimismo, la hermana del señor YY [134] , en igual sentido manifestó, mediante declaración extra juicio ante notario (Folio 86 del cuaderno principal del expediente T- 1927515), que éste sufre, no solo por la enfermedad y las fuertes decaídas que padece, sino además por la constante preocupación de no tener los recursos económicos necesarios para solventar los gastos que su enfermedad le genera, precisando que sus familiares no cuentan con la solvencia para poder ayudarlo en sus gastos. En igual sentido, se encuentra una declaración extrajuicio de un señor que señala que es amigo del señor YY (Folio 85 ib.

). 5.2.3. De igual manera, el señor ZZ sostiene que no cuenta con los recursos económicos para cubrir el tratamiento médico que demanda su enfermedad. En el escrito de impugnación que presentó contra el fallo del juez de primera instancia que conoció su caso, alega que no tiene “los recursos necesarios para su manutención” , se encuentra desempleado “e inhabilitado por el carácter de su enfermedad para desempeñar cualquier otra labor” , advirtiendo que de recurrir a la justicia ordinaria para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, pondría en riesgo su vida “por la precariedad de sus salud y no contar con los recursos económicos necesarios para su atención integral en forma periódica, oportuna, completa y continua”.

5.2.4. Valga advertir, que las aseveraciones de los señores YY y ZZ no solamente no fueron controvertidas, sino que además se resalta que la entidad demandada, que para ambos asuntos era el Instituto de Seguro Social no contestó el informe que le solicitado el juez de primera instancia en desarrollo de los acciones que, por separado, estos presentaron. Al respecto, dispone el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, que las autoridades accionadas tienen la obligación de rendir los informes, que les sean solicitados en desarrollo del proceso de tutela, dentro del plazo otorgado por el juez, por tanto si dicho informe no es rendido por la entidad dentro del término judicial, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano la solicitud de amparo, salvo que el funcionario judicial crea conveniente otra averiguación previa, caso en el cual decretará y practicará las pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión de fondo [135] .

En ese orden de ideas, la presunción de veracidad fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere informaciones [136] y éstas autoridades no las rinden dentro del plazo respectivo, buscando de esa manera que el trámite constitucional siga su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades accionadas.

Así las cosas, las aseveraciones acerca de la afectación del mínimo vital de los señores YY y ZZ correspondía desvirtuarlas al ente demandado, o al juez, en uso de sus facultades oficiosas, para el esclarecimiento de los hechos de la acciones de tutela. Sin embargo, tal y como se señaló, el Instituto de Seguro Social no otorgó una respuesta que refutare los hechos y las pruebas presentadas, por tanto, dicha omisión acarrea tener por ciertos los hechos esbozados por los señores YY y ZZ.

5.3.. Los presupuestos fácticos de cada uno de los casos a los que se hizo referencia demuestran la grave situación por la que enfrentan los señores XX, YY y ZZ. En efecto, la mengua significativa de su capacidad para laborar -invalidez superior al 60% por enfermedad mortal de VIH-SIDA-, y no contar con algún otro ingreso económico [137] , los coloca en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad.

Así, toman estos asuntos relevancia constitucional y ameritan la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección oportuna de los derechos fundamentales de los actores ante la carencia de eficacia e inmediatez de los medios de defensa judiciales ordinarios.

Por consiguiente, para la Sala resulta imperativa la procedencia directa y definitiva de la tutela teniendo en cuenta que las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentran los solicitantes hacen sus casos dramáticos, además de su condición de sujetos de especial protección constitucional (arts.

13 y 47 de la Constitución). Verificado que la acción de tutela se convierte en el medio expedito y oportuno para garantizar definitivamente los derechos fundamentales de los actores, procederá la Sala de Revisión a estudiar el fondo de los asuntos objeto de revisión.

6. Caso concreto. 6.1. Los señores XX, YY y ZZ coinciden en solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Señalan que la pérdida de su capacidad para laborar fue estructurada en un porcentaje superior al 60%, teniendo en cuenta que padecen VIH-SIDA.

En efecto, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Antioquia mediante dictamen de diciembre 11 de 2003, dispuso la pérdida de la capacidad laboral del señor XX, en un porcentaje de 55,35%, por padecer de VIH, con fecha de estructuración de su invalidez de julio 22 de 2003, pero en el trámite de un recurso de reposición, el porcentaje de la invalidez fue reclasificado a 60.45%. (Folios 3 al 9 del cuaderno principal del expediente T-1923554).

Asimismo, el señor YY le fue clasificada su capacidad para laborar en un 69.25%, de origen común, por padecer VIH-SIDA, con fecha de estructuración de agosto 26 de 2004, por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar, mediante dictamen de diciembre 13 de 2005. (Folios 12 al 14 del cuaderno principal del expediente T-1927515).

Ahora, por parte del señor ZZ, de la lectura de la Resolución 10949 proferida por el Instituto de Seguro Social en septiembre 20 de 2007, se observa que la entidad demandada señala que mediante dictamen médico para la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral y Determinación de la Invalidez por parte de medicina laboral de la Seccional Bolívar, se estructuró su invalidez en 63.15% a partir del 15 de diciembre de 2005. (Folios 8 al 10 del cuaderno principal del expediente T-1952587).

En este orden, se observa que a todos los accionantes se les estructuró la pérdida de la capacidad laboral, por origen común, en un porcentaje superior al 60%, mediante dictámenes médicos, y por consiguiente cumplen con el primer presupuesto para el reconocimiento de la pensión de invalidez, al ser considerados inválidos. En efecto, tal y como lo señalamos en la parte considerativa de esta providencia, el artículo 38 de la ley 100 de 1993, que no ha sido objeto de modificaciones posteriores, señala que se considera inválido a quienes por cualquier causa de origen no profesional hubieren perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

6.2. Ahora bien, precisado que los recurrentes se les ha dictaminado un porcentaje de su capacidad laboral superior al 50%, y por ende satisfacen el primer requisito legal para el reconocimiento de la pensión de invalidez, la Sala procederá a determinar si las decisiones de las entidades demandadas mediante las cuales les negaron dicha prestación a los actores XX, YY y ZZ, quienes se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, vulneró sus derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a los principios de dignidad humana, por no ajustarse a los mandatos de progresividad de los derechos prestacionales. Veamos.

6.3. Para el caso del señor XX, se tiene que la controversia jurídica objeto de revisión, radica en la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por el incumplimiento de los requisitos exigidos en el artículo 11 de la ley 797 de 2003.

En efecto, el señor XX señala que, al solicitar a la administradora demandada dicha prestación, le fue negada mediante Resolución No. 2004-6612 de febrero 05 de 2004, por cuanto no reunía con las 50 semanas de cotización exigidas por el artículo 11 de la ley 797 de 2003, precisando que el día 19 de septiembre de 2007, presentó una solicitud en igual sentido, frente a la cual el Fondo demandado, mediante respuesta de fecha 23 de octubre de 2007, confirmó su decisión.

Alega que el Fondo accionado debió dar aplicación a los requisitos contemplados en los artículos 38 y 39 de la ley 100 de 1993, requisitos que considera reunidos en su caso particular, por cuanto su invalidez fue determinada en un 60.45%, y además, a la fecha de estructuración de invalidez contaba con 84.72 semanas cotizadas. Puntualiza que no pueden aplicarle la disposición de la ley 797 de 2003, pues la misma fue declarada inexequible mediante sentencia C-1056 de 2003, y por tanto “no se me debió aplicar una ley que no existía para la resolución de mi derecho” , ya que de lo contrario se le vulneraría su derecho a la igualdad, al exigírsele diferentes requisitos “que el resto de los ciudadanos” , así como el principio de favorabilidad laboral en la aplicación e interpretación de la norma.

Al respecto, la Administradora de Fondos y Cesantías Protección S.A. en respuesta de la acción de tutela precisó que el señor XX se afilió a dicho fondo en noviembre 20 de 2000 “como vinculación inicial” .

Señaló que, el artículo 11 de la ley 797 de 2003 entró en vigencia el 29 de enero de 2003 y rigió hasta el 10 de noviembre de 2003, fecha en la cual se declaró inexequible mediante sentencia C-1056 de 2003. Aduce que las sentencias de la Corte Constitucional no tienen efectos retroactivos, a menos que la misma providencia module el fallo, lo que no ocurrió en este evento. Así pues, señaló que la norma vigente al momento de la estructuración de invalidez del señor XX, esto es, 22 de julio de 2003, era el artículo 11 de la ley 797 de 2003.

Relata que el señor XX no cumplió los requisitos exigidos en la mentada norma, toda vez que no acreditó 50 semanas cotizadas durante los últimos 3 años a la fecha de estructuración de su invalidez, ni con la fidelidad al sistema, pues en su caso debió cotizar 237,96 semanas y reunió 84,72 semanas, en consecuencia mediante Resolución 2004-6612 procedió a negar la prestación.

Antes de entrar en materia, y con el fin de brindar una mayor claridad en el asunto a tratar, la Sala considera necesario transcribir los apartes pertinentes de la Resolución 2004-6612, dictada por el Fondo accionado, que reposa a folios 10 al 12 del cuaderno principal del expediente T-1923554, mediante la cual se resolvió denegar la pensión de invalidez al señor XX, de la siguiente manera:

“7. El afiliado presenta un total de 84.72 semanas de cotización al sistema general de pensiones. 8. El afiliado debe tener una fidelidad al sistema general de pensiones de 237.96 semanas cotizadas.

9. El afiliado es mayor de 20 años, tiene 46.57 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración y tiene una fidelidad al Sistema General de Pensiones de 84.72 semanas”.

Asimismo, en la respuesta, de fecha 23 de octubre de 2007, del derecho de petición que el accionante le formuló al fondo demandado con el objeto que le reconociera la pensión de invalidez, se resaltan que las razones por las cuales el fondo fundamenta su negativa. Lo anterior debido a que no cumple ni con las cincuenta semanas cotizadas en los últimos tres años, ni con la fidelidad al sistema, que imponía la disposición del artículo 11 de la ley 707 de 2003, vigente al momento de la estructuración de la invalidez..

6.4. Así pues, la Sala debe analizar si en el presente asunto se cumplen los presupuestos jurisprudenciales acerca de la aplicación del principio de progresividad ante la declaratoria de inexequibilidad de la norma vigente al momento de la

estructuración de la invalidez del señor XX, esto es el artículo 11 de la ley 797 de 2003. Recordemos, tal y como señalamos en la parte considerativa de esta providencia, el artículo 11 de la ley 797 de 2003, que entró en vigencia en enero 29 de 2003, que a su vez modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993, fue declarado inexequible mediante sentencia C-1056 de 11 de noviembre de 2003. Ante esta sentencia de inexequibilidad, recobró vigencia el artículo 39 de la ley 100 de 1993, que posteriormente, fue nuevamente modificado por el artículo 1° de la ley 860 de 26 de diciembre de 2003.

Sobre el particular, se observa que existe una duda razonable en la determinación de la norma aplicable al caso concreto. Nótese que el señor XX venía cotizando al fondo demandado desde noviembre 20 de 2000, cuya norma aplicable para el reconocimiento de pensiones de invalidez era el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

Sin embargo, al momento de la fecha de la estructuración de su invalidez, 22 de julio de 2003, la norma vigente era el artículo 11 de la ley 797 de 2003. De esta manera, el actor XX se vio afectado por el tránsito normativo, toda vez que se cambiaron las reglas de juego para el reconocimiento de la pensión de invalidez, sin contemplarse un régimen de transición, cuando la norma posterior contemplaba mayores requisitos para el acceso a dicha prestación que los señalados en el artículo 39 de la ley 100 de 1993. Por tanto, frente a tal escenario, debió optarse por la disposición que resultara más favorable al trabajador, conforme al artículo 53 de la Constitución.

El análisis de las normas en mención, hubieren llevado a verificar que los requisitos del artículo 39 de la ley 100 de 1993 establecen condiciones más favorables de acceso a la prestación, por cuanto en la hipótesis que el recurrente se encontrare afiliado y cotizando al sistema al momento de la invalidez, como ocurrió en el presente asunto, exige que “hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez” , y en cambio el artículo 11 de la ley 797 de 2003, aumentó las semanas de cotización a 50, las cuales debían ser aportadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y adicionalmente estableció un porcentaje de fidelidad de cotización al sistema del 25%.

La norma que se muestra mas progresiva al señor XX era la contemplada en el artículo 39 de la ley 100 de 1993. Por consiguiente, el conflicto que se generó en virtud del tránsito normativo y la declaratoria de inexequibilidad de la disposición vigente al momento de la estructuración de la invalidez, debió resolverse atendiendo el principio de progresividad, no obstante el fondo accionado aplicó una norma más gravosa, el artículo 11 de la ley 797 de 2003, cuyos requisitos impedían al accionante XX el acceso al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Así pues, a juicio de la Sala, al accionante XX se le deben aplicar los requisitos contenidos en el artículo 39 de la ley 100 de 1993, en su versión original, los cuales se advierte, cumple a cabalidad, pues como se señaló se le estructuró su invalidez en un porcentaje superior al 50%, y asimismo, se encontraba afiliado al sistema al momento de producirse la invalidez, tal y como lo precisó el fondo accionado que venía cotizando al sistema, pues reunió 84.72 semans de las cuales 46,57 se efectuaron en los tres años anteriores a producirse su invalidez, hipótesis como se dijo anteriormente, exigía que se “hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez”.

Entonces, de no haber variado la normatividad o de haberse aplicado el artículo 39 de la ley 100 de 1993, el señor XX hubiera podido acceder sin ningún reparo a la pensión que reclama, por reunir todas las condiciones exigidas en dicha disposición, pues el número de cotizaciones en dicha norma exigía 26 en cualquier tiempo, y las cotizadas ascendió a 84.72, de las cuales 46.57 semanas fueron cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

6.4. Asimismo, cobra especial importancia la gravedad de la situación en la que se encuentra el accionante XX, sujeto de especial protección constitucional. Ciertamente, la catastrófica enfermedad que padece, la incapacidad física de acceder a un trabajo y la carencia de recursos económicos que le permita garantizar un mínimo vital para su subsistencia digna, hace indispensable la protección definitiva de sus derechos. En consecuencia, la Sala procederá, atendiendo la relevancia

constitucional que denota el presente asunto, a dar aplicación directa del texto constitucional en observancia del artículo 4° de la Constitución, con el fin que la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. frente al artículo 11 de la ley 797 de 2003, y reconozca inmediatamente la pensión de invalidez del señor XX sin más objeciones.

6.5. Por otra parte, l os señores YY y el señor ZZ aseveran que solicitaron el reconocimiento de su pensión de invalidez al Instituto de Seguros Sociales, entidad a la que se encontraban cotizando en pensiones, la cual negó su reconocimiento por cuanto, si bien cotizaron más de cincuenta semanas al momento de estructuración de su invalidez, no cumplían con la fidelidad al sistema que dispone el artículo 1° de la ley 860 de 2003, que modificó el 38 de la ley 100 de 1993.

Se resalta que el Instituto de Seguros Sociales guardó absoluto silencio frente a los hechos y pretensiones en el trámite de las acciones de tutela, que por separado, interpusieron los señores YY y ZZ, y por consiguiente, tal y como se explicó ello conlleva a dar aplicación a la presunción de veracidad acerca de los hechos y pruebas presentadas prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio a que la Sala analice sus particulares situaciones.

6.6. Ciertamente, de conformidad con la situación fáctica planteada y las pruebas allegadas a los expedientes T-1927515 y T-1952587, la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor YY y ZZ por parte del Instituto de Seguros Sociales radicó en cuanto, si bien su incapacidad para laborar fue estructurada en un porcentaje superior al 50% y cotizaron más de 50 semanas dentro de los últimos tres años al momento de la estructuración, no llenaron el requisito de fidelidad al sistema contemplado en el artículo 1° de la ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

En efecto, el Instituto de Seguro Social negó la pensión de invalidez al señor YY, por cuanto según la modificación al artículo 39 de la ley 100 de 1993, tal y como se desprende de la Resolución No. 9229 de fecha septiembre 20 de 2006 (folios 9 al 11 del cuaderno principal del expediente T-1927525), la cual puntualizó que aunque “el asegurado cotizó a este Instituto un total de 2.076 días equivalentes a 296 semanas de las cuales 145 fueron cotizadas en los últimos tres 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, valga decir, en el período comprendido entre el veintiséis (26) de agosto de 2001 al veintiséis (26) de agosto de de dos mil cuatro, cumpliendo por lo tanto con uno de los requisitos exigidos” . No obstante “se estableció que el asegurado debía acreditar un porcentaje igual o superior al veinte por ciento (20%) entre el momento en que cumplió veinte 20 años de edad a la primera calificación del estado de invalidez, es decir acreditar un mínimo de 326 semanas en toda su historia laboral, siendo evidente que no cumple con dicho requisito” . Y continuó señalando que “Que en atención a lo anterior se reitera que aunque el asegurado cumple con uno de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, valga decir, con las cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anterior a la fecha de estructuración, no cumple con la condición de fidelidad al Sistema de pensiones que impone la norma, razón por la cual no es procedente la pensión de invalidez, siendo viable reconocer únicamente la indemnización sustitutiva de la misma, consagrada en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993” Asimismo, el Instituto de Seguro Social estimó que el señor ZZ no cumplía con los parámetros exigidos en el artículo 1° de la ley 860 de 2003, de la siguiente manera:

“Que revisado el certificado de semanas cotizadas al ISS por el asegurado, se establece que este tiene 103 semanas cotizadas hasta el 15 de diciembre de 2005, fecha de estructuración de invalidez, de las cuales 73 SEMANAS corresponden a los últimos 3 AÑOS anteriores a la fecha de la estructuración, valga decir entre el período comprendido entre el 15 de diciembre de 2002 al 15 de diciembre de 2005, siendo evidente que cumple con el primer requisito exigido.

Que en cuanto a fidelidad con el Sistema, se estableció que el Asegurado debía acreditar un porcentaje igual o superior al (20%) entre el momento que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de

invalidez, es decir, acreditar un mínimo de 353 SEMANAS, siendo evidente que NO cumple con dicho requisito, pro cuanto en el mencionado lapso de tiempo tiene cotizadas al sistema 131 SEMANAS ”.

6.7. Así las cosas, pasa la Sala a determinar si en los anteriores casos objeto de revisión, se vulneraron los derechos fundamentales de los señores YY y ZZ por la aplicación de una norma que establece requisitos para el acceso a la pensión de invalidez, considerada por esta Corporación de naturaleza prima facie regresiva de los derechos prestacionales en casos concretos.

6.8. Sea lo primero advertir que el señor YY se le estructuró su invalidez en un 69.25%, de origen común, por padecer VIH-SIDA, con fecha de estructuración de agosto 26 de 2004, por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bolívar.

Asimismo, de la lectura de la Resolución 9229 de 20 de septiembre de 2006, emitida por la entidad demandada, se puede colegir que el señor YY venía cotizando antes de la entrada en vigencia de la ley 860 de 2003. En efecto, en la misma se señala que el actor YY cotizó 296 semanas según el reporte del Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensual actualizado a julio 31 de 2005, de las cuales 145 se efectuaron entre agosto 26 de 2001 y agosto 26 de 2004. Recuérdese que la ley 860 de 2003 entró a regir a partir del 26 de diciembre de 2003, fecha para la cual el actor YY ya había cotizado más de 151 semanas al sistema de pensiones.

Ahora bien, respecto al señor ZZ se observa que su invalidez fue estructurada en 63.15% a partir del 15 de diciembre de 2005. De igual forma, en la resolución 10949 de fecha 20 de septiembre de 2007 dictada por la entidad accionada, se infiere también que el señor ZZ venía efectuado sus cotizaciones al sistema de pensiones antes de la entrada de vigencia de la ley 860 de 2003.

Ciertamente, en ella se señala que el señor ZZ cotizó 103 semanas hasta el 15 de diciembre de 2005, de las cuales 73 se efectuaron entre el 15 de diciembre de 2002 al 15 de diciembre de 2005. Por tanto, cuando la ley 860 de 2003 entró en vigencia (diciembre 26 de 2003), el señor ZZ ya había cotizado más de 30 semanas.

Así pues, a la fecha de estructuración de su invalidez (agosto 26 de 2004 y diciembre 15 de 2005 respectivamente) ya se encontraba en vigencia la ley 860 de 2003, razón por la cual los señores YY y ZZ no pudieron acceder a la prestación económica, por cuanto no cumplieron con uno de los nuevos requisitos impuestos, particularmente, con la fidelidad al sistema desde el momento en que cumplieron 20 años y la fecha de estructuración de su invalidez.

6.9. La Sala estima que en los presentes asuntos, el tránsito normativo impuesto en la ley 860 de 2003 para el reconocimiento de la pensión de invalidez, impuso mayores requisitos a los previstos en le régimen anterior, que afecta a los actores YY y ZZ, pues sus condiciones son más gravosas e impiden el acceso al reconocimiento de la prestación económica que reclaman.

Téngase en cuenta, que tal y como se señaló en la parte considerativa de esta sentencia, el artículo 1° de la ley 860 de 2003, por una parte, aumenta el número de semanas de cotización para el reconocimiento de la pensión de invalidez; y por otra, añade el requisito de fidelidad al sistema, el cual se alcanza una vez se obtenga una densidad de cotización del 20% entre el lapso transcurrido desde que el peticionario cumpla los veinte años de edad hasta la fecha de estructuración de la primera invalidez. Recuérdese que la finalidad del legislador en relación con la exigencia de fidelidad, era imponer una cultura de afiliación a la seguridad social y controlar los fraudes al sistema.

Al analizar dicha finalidad, como se explicó en detalle en el acápite anterior, se observa que su implementación no tiene un análisis significativo, toda vez que resulta paradójico que, so pretexto de promover la cultura de la afiliación, se castigue a quienes carecían de un dicho hábito, y por tanto actuaron bajo los parámetros imperantes hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Así las cosas, tal y como lo ha estimado esta Corporación “la cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella” , mucho menos cuando no se previó un régimen de transición que protegiera a las personas que ya venían cotizando al sistema de pensiones, con el que se disminuyera su impacto negativo.

Así pues, los señores YY y ZZ se vieron afectados por el cambio normativo impuesto en la ley 860 de 2003 para el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues del historial de sus cotizaciones, se observa que venían cotizando al sistema antes de la entrada en vigencia de la ley 860 de 2003. Por tanto, resulta desproporcionado que se les exija una fidelidad desde el momento que cumplieron 20 años de edad, cuando los accionantes YY y ZZ superan los cincuenta años de edad [138] , y cuando el Sistema General de Pensiones, respecto del que se les exige mantenerse fiel, no existía para la época en que cumplieron 20 años. Por tanto, el presupuesto en mención solamente tiene sentido, en dado caso, cuando se haga propicia esa afiliación a quienes cumplan dicha condición a partir del momento en el cual el sistema entra en vigencia, para que puedan ser incentivados a afiliarse a él.

6.10. Aunado a lo anterior, obsérvese que otro de los fundamentos mediante el cual se adoptó la fidelidad al sistema, como requisito necesario para la pensión de invalidez, es por cuanto se busca impedir que se produzcan fraudes al sistema de pensiones para los eventos en los cuales quienes se afiliaren en corto tiempo con la intención de solicitar el acceso indefinido a la pensión de invalidez. Sin embargo, dicha finalidad, tal y como se señaló en los apartes considerativos de esta providencia, no solo presume la mala fe sino que además perturba a quienes padecen de graves enfermedades que los lleva a un estado de invalidez, pero vinieren cotizando al sistema antes de la exigencia de dicho requisito, como en efecto sucede como en casos como los presentes, supuestos que contrarían dicha intención.

6.11. Así las cosas, resulta desproporcionado y contrario al principio de progresividad de los derechos prestacionales, la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003, por la exigencia de fidelidad al sistema a los demandantes YY y ZZ, que acarrea una regresión en el ámbito de protección de sus derechos, puesto que sus afiliaciones se efectuaron de cara a las condiciones previstas en la legislación anterior a la ley 860 de 2003, esto es el artículo 39 de la ley 100 de 1993, que exigía a quienes vinieren afiliados y cotizando al sistema, tan sólo 26 semanas en cualquier tiempo antes de la estructuración de la invalidez, y no contemplaba el mencionado requisito de fidelidad.

La situación inconstitucional derivada de la negativa a reconocer la pensión de invalidez a los accionantes YY y ZZ se torna más evidente si se observa que, de haberse dado aplicación al artículo 39 de la ley 100 de 1993, en su versión original, hubieran podido acceder al reconocimiento de la pensión que reclaman.

Lo anterior, por cuanto tal y como se señaló anteriormente, de la Resolución 9229 de 20 de septiembre de 2006, emitida por la entidad demandada, el señor YY cotizó 296 semanas hasta julio 31 de 2005, de las cuales 145 se efectuaron entre agosto 26 de 2001 y agosto 26 de 2004. Y en relación con el señor ZZ, de la resolución 10949 de fecha 20 de septiembre de 2007 dictada por la entidad accionada, se infiere que el señor ZZ venía efectuado sus cotizaciones al sistema de pensiones, pues cotizó 103 semanas hasta el 15 de diciembre de 2005, de las cuales 73 se efectuaron entre el 15 de diciembre de 2002 al 15 de diciembre de 2005.

Así pues, ambos actores cumplen más de las 50 semanas exigidas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, tal y como se reconoció en las resoluciones en mención, y por tanto cumplen las 26 que, frente a la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, otorgaban el derecho a el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Por lo anterior, resulta desproporcionado la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003 para los casos de los señores YY y ZZ, quienes se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, dada la grave enfermedad que padecen, que los impide desarrollar alguna actividad laboral que les permita los ingresos para solventar sus necesidades básicas así como las de su familia.

De suerte que la aplicación sin mayores contemplaciones del artículo 1° de la ley 860 de 2003, frente a sus circunstancias especiales de debilidad manifiesta en las que se encuentran los señores YY y ZZ, desconoce el principio de progresividad de los derechos prestacionales ante la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la medida, y por tanto vulneró sus derechos a la vida, al mínimo vital, la seguridad social, la igualdad y el principio de dignidad humana, de tal manera que es indispensable la intervención del juez de tutela para que en los presentes asuntos se aplique, para efectos del reconocimiento de su pensión de invalidez, los requisitos previstos en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original. En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales que proceda a reconocer inmediatamente la pensión de invalidez a los señores YY y ZZ sin más objeciones.

6.12. Frente a este panorama, la Sala estima que con la negativa en el reconocimiento a las pensiones de invalidez a los accionantes en los presentes asuntos, por la aplicación por parte de las entidades demandadas de disposiciones que contrarían postulados constitucionales, así como la jurisprudencia constitucional, se vulneran sus derechos a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital. Lo anterior, si se tiene en cuenta las particulares circunstancias que rodean los presentes asuntos, ya que cada uno de los actores, sujetos de especial protección constitucional, se encuentran en un estado de debilidad manifiesta, y sus casos adquieren la condición de dramáticos dada la condición de salud que padecen.

Ciertamente, la enfermedad que padecen, aunado a la falta de recursos para proveerse una digna subsistencia, los coloca en un grave estado de debilidad, que hacen necesario el amparo de sus derechos de estirpe iusfundamental , lo que de suyo, implicará además, el acceso al sistema de seguridad social en salud, y por ende, garantizará que les pueda ser brindado un tratamiento médico adecuado, que en sus casos, es totalmente necesario, precisamente por la catastrófica enfermedad que padecen.

6.13. En virtud de las consideraciones anteriores, la Sala procederá a dar las órdenes que considera adecuadas para proteger los derechos fundamentales de los accionantes XX, YY y ZZ, de la siguiente manera:

En primer lugar, se ordenará que la Administradora del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección S.A. dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al señor XX, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, desde la fecha en que el actor solicitó su reconocimiento, sin perjuicio de la compensación a la que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

En segundo lugar, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar a los señor YY y ZZ, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, desde la fecha en que el actor solicitó su reconocimiento, sin perjuicio de la compensación a la que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

V. DECISIÓN. En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia y en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE Primero.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Medellín el 13 de diciembre de 2007, y por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de la misma ciudad el 8 de febrero de 2008, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor XX (Expediente T-1923554) .

En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana.

Segundo.- ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. PROTECCIÓN, que en el término de cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al señor XX la pensión de invalidez respectiva, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, desde la fecha en que el actor solicitó su reconocimiento, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y sin perjuicio de la compensación a la que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

Tercero.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena el 14 de enero de 2008, y por la Sala Penal de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad el 4 de febrero de 2008, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor YY (Expediente T-1927515). En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana.

Cuarto.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad de Cartagena el 28 de enero de 2008, y por la Sala Civil Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor ZZ (Expediente T-1952587). En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana.

Quinto.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar a los señores YY y ZZ, la pensión de invalidez respectiva, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, desde la fecha en que el actor solicitó su reconocimiento, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y sin perjuicio de la compensación a la que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

Sexto.- ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que los nombres y los datos que permitan identificar a los accionantes XX, YY y ZZ sean suprimidos de toda publicación del presente fallo.

Igualmente, ORDENAR , por intermedio de la Secretaría General de la Corte Constitucional, a los juzgados de primera instancia que conocieron el trámite de las acciones de tutela interpuestas por los señores XX, YY y ZZ, a saber: el Juzgado Sexto Civil Municipal de Medellín, el Juzgado de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cartagena , y el Juzgado Primero Civil del Circuito de la ciudad de Cartagena respectivamente, se encarguen de salvaguardar la intimidad de los actores, manteniendo la reserva sobre los expedientes.

Séptimo.- Por Secretaría General, líbrese las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991. Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada Ponente JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado Con aclaración de voto MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General ACLARACION DE VOTO A LA SENTENCIA T-1040 DE 2008 DEL MAGISTRADO JAIME ARAUJO RENTERIA DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL ES DERECHO FUNDAMENTAL -Carácter progresivo no menoscaba su naturaleza de fundamentalidad (Aclaración de voto) Considero que el carácter progresivo del derecho a la seguridad social se deriva de ser éste un derecho fundamental, lo cual hace que radique en cabeza del Estado una obligación categórica de protección, garantía y cubrimiento universal de tal derecho, universalidad que tiene que irse maximizando de manera progresiva de conformidad con las condiciones jurídicas y fácticas del propio Estado y la sociedad.

Referencia: Expedientes acumulados T-1923554, T-1927515 y T-1952587 Acciones de tutela instauradas contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

Magistrada Ponente: CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Con el debido respeto por las decisiones mayoritarias de esta Sala de Revisión, me permito aclarar mi voto a la presente decisión, ya que si bien me encuentro de acuerdo con lo decidido mediante este fallo, considero necesario realizar una anotación en relación con un tema que se trata en la parte motiva y considerativa de la presente sentencia, respecto de la naturaleza y carácter del derecho a la seguridad social.

A este respecto, me permito reiterar mi posición jurídica en cuanto a que considero que el derecho a la seguridad social es un derecho fundamental y que su carácter de derecho progresivo no menoscaba de manera alguna su fundamentabilidad, la cual se encuentra sustentada en su naturaleza de derecho universal, esto es, de derecho predicable de todos los sujetos jurídicos o sujetos de derechos en cuanto sujetos con dignidad. Antes bien, considero que el carácter progresivo del derecho a la seguridad social se deriva de ser éste un derecho fundamental, lo cual hace que radique en cabeza del Estado una obligación categórica de protección, garantía y cubrimiento universal de tal derecho, universalidad que tiene que irse maximizando de manera progresiva de conformidad con las condiciones jurídicas y fácticas del propio Estado y la sociedad.

Con fundamento en las anteriores razones, aclaro mi voto a la presente decisión de revisión de la acción tutelar. Fecha ut supra, JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado [1] La protección de la intimidad se ha presentado por petición expresa del accionante o por que la Corte advierte la necesidad de proteger el derecho, por ejemplo en temas relacionados con hermafroditismo, señalamientos públicos de conducta, enfermos de (VIH/SIDA), sexualidad, etc. La Corte ha considerado proteger el derecho a la intimidad de los accionantes impidiendo referenciar todo tipo de información que pueda identificarlos. Al respecto pueden verse las Sentencias SU-256/96, SU-480/97, SU-337/99, T-810/04, T-618/00, T-436/04, T-220/04, T-143/05, T-349/06, T-628/07, T-295/08, T-816/08, entre otras.

[2] Aprobado mediante Ley 74 de 1968. [3] Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana en Bogotá, 1948. Véase también la Resolución 1591 (XXVIII-O/98) proferida por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en la tercera sesión plenaria, celebrada el 2 de junio de 1998.

[4] Aprobada mediante Ley 319 de 1996. [5] Al respecto, consúltense las sentencias C-655 de 2003, T-471 de 1992, T-116 de 1993 y SU.039 de 1998, T-1291 de 2005, M.P.

Clara Inés Vargas Hernández. [6] A propósito, establece el preámbulo de la Ley 100 de 1993: “ La Seguridad Social Integral es el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad ”.

[7] Ver sentencia C-480 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz, T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [8] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[9] Al respecto, en sentencia T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández se señaló: “Lo anterior implica, como lo ha explicado esta Corporación, que el ordenamiento constitucional ´se ha encargado de precisar el compromiso que tienen los particulares en la realización de la seguridad social, pues al margen de atribuirle al Estado la función de dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, a éstos les asigna “el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.” [9] De esta manera, la seguridad social, en los términos en que ha sido concebida, no solo interesa a los fines del Estado, en el propósito de brindarle a todos los ciudadanos la protección contra las contingencias sociales y las cargas familiares, sino que compromete igualmente a la sociedad para el logro y consecución de tales objetivos.” [10] Sentencias T-943 de 2005, C-375 de 2004, C-251 de 1997, T-406 de 1992, entre otras.

[11] T-016 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto. [12] Sobre este punto ver: T-138/05, T-454/04, T-425/04, T-050/04, T-812/02, T-660/99, T-577/99, T-143/98 entre otras.

[13] T-860/05, T-344/05, T-043/05, T-1221/05, T-056/94, T-888/01, entre muchas otras. [14] Ver sentencias T-170 de 2000, T1166 de 2001, T-001 de 2003, T-325 de 2003, T-326 de 2003, T-422 de 2003, T-588 de 2003, SU- 975 de 2003, T-200 de 2005.

[15] Ver Sentencia T-528/98, M.P. Antonio Barrera Carbonell. [16] Sentencia T-660/99, M.P. Alvaro Tafur Galvis. [17] Ver sentencias SU-430 de 1998; T-143 de 1998; T-787 de 2002;

T-1011 de 2002, T-1128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [18] Ver sentencias T-278 de 1997; T-559 de 1998; T-160 de 1997; T-009 de 1999; SU-090 de 2000.

[19] Sentencia T-941 de 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández. [20] Al respecto la sentencia C-375/04 dispuso: “Pese a su estatus prestacional, en las eventualidades en las cuales el desconocimiento o vulneración de alguna de las garantías que comportan el derecho a la seguridad social ponen en cuestión derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, la doctrina constitucional ha sostenido la posibilidad de acudir al mecanismo sumario y expedito de la acción de tutela para hacer frente a este tipo de violaciones.” [21] En el mismo sentido, consultar la sentencia T-1083 de 2002.

[22] Sobre estos requisitos Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1316/01. Esta sentencia sintetiza la regla jurisprudencial reiterada por la Corte a partir del análisis efectuado en la decisión T-225/93, la cual estudió a profundidad los elementos que integran las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad propios del perjuicio irremediable.

Sobre este particular, la sentencia en comento indicó: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A).El perjuicio ha de ser inminente : "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes , es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud.

Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C).No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave , lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable , ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.” [23] Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

[24] Sentencia T-1291 de 2005. [25] Sentencia T-489 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Sobre el particular, véase también la sentencia T-326 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[26] Sobre este particular este Tribunal señaló en la Sentencia T-1251 de 2005: “[e] n conclusión, el juez de tutela deberá examinar, al momento de determinar si una acción de tutela es procedente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, si existe un nexo entre dicha pretensión con un derecho fundamental que pueda estar siendo vulnerado, y si del análisis se deduce dicho nexo, deberá conceder el amparo aun cuando existan mecanismos judiciales, pues no resultan idóneos para la protección de los derechos fundamentales del demandante”. Asimismo, consúltese sentencias T-1128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[27] Cfr. T-1064 de 2006, T-1291 de 2005, T-628 de 2007, T-069 de 2008, T-080 de 2008, T-104 de 2008, T-110 de 2008, entre otras. [28] Cfr. C-227 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1128 de 2005, M.P.

Clara Inés Vargas Hernández [29] Artículos 162 y 177 Ley 100 de 1993, artículo 7 Decreto 806 de 1998. [30] Ver sentencia T-016 de 2007. [31] Entre otros: la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; en el apartado f) del párrafo 1 del artículo 11 y el artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, de 1979; así como en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989. Varios instrumentos regionales de derechos humanos, como la Carta Social Europea de 1961 en su forma revisada (art. 11), la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, de 1981 (art. 16), y el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1988 (art. 10), también reconocen el derecho a la salud. Análogamente, el derecho a la salud ha sido proclamado por la Comisión de Derechos Humanos, así como también en la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993 y en otros instrumentos internacionales.

[32] Sentencias C-577 de 1995 y C-1204 de 2000. [33] Sentencia T-557 de 2006. [34] Ver sentencia T-016 de 2007 [35] Los anteriores criterios se pueden ver plasmados en las Sentencias T-648/07, T-1007/07, T-139/08, T-144/08, T-517/08,

T-818/08, entre otras.

[36] Constitución Política de Colombia, artículo 150, numeral 23. Ver sentencias: C-126 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara; C-168 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero; C-967 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

[37] M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [38] Cfr. sentencia C-967 de 2003. [39] Cfr.T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [40] M.P. Jaime Araujo Rentería. Consúltese igualmente la sentencia C-516 de 2004 y T-1291 de 2005.

[41] Sentencia C-671 de 2002. [42] Concretamente en cuanto a los principios que presiden al sistema de seguridad social, la sentencia C-655 de 2003 [42] , refirió a ellos en los siguientes términos:

“el principio de EFICIENCIA comprende la optimización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros que han sido dispuestos para que los beneficios y servicios que ofrece la seguridad social sean prestados en forma pronta, adecuada y suficiente. El de UNIVERSALIDAD, representa - ni más ni menos- que la garantía de protección para todos los habitantes del territorio nacional durante todas las etapas de su vida y sin discriminaciones de ninguna clase;

principio que a su vez se relaciona con la obligación impuesta al Estado y a la sociedad de ampliar progresivamente la cobertura del servicio. El de SOLIDARIDAD, con el que se aspira a realizar el valor de justicia y el concepto de dignidad humana, abarca la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; debiendo el Estado direccionar los recursos de la seguridad social que provengan del erario público, hacia los grupos de población más vulnerables. El de INTEGRALIDAD, comporta la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población, para lo cual cada persona debe contribuir según su capacidad y recibir lo necesario para atender sus contingencias. El de UNIDAD , implica la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social. Y el de PARTICIPACION, conlleva la cooperación de la sociedad, por medio de los beneficios de la seguridad social, en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.” [43] El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el documento de Observaciones Generales número 3 (quinto periodo de sesiones, 1990), al interpretar dicho artículo, manifestó:

“9. La principal obligación en lo que atañe a resultados que se refleja en el párrafo 1 del artículo 2 es la de adoptar medidas "para lograr progresivamente... la plena efectividad de los derechos reconocidos [en el Pacto]". La expresión "progresiva efectividad" se usa con frecuencia para describir la intención de esta frase. El concepto de progresiva efectividad constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de todos los derechos económicos, sociales y culturales en general no podrá lograrse en un breve período de tiempo. En este sentido, la obligación difiere de manera importante de la que figura en el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos e incorpora una obligación inmediata de respetar y garantizar todos los derechos pertinentes. Sin embargo, el hecho de que la efectividad a lo largo del tiempo, o en otras palabras progresivamente, se prevea en relación con el Pacto no se ha de interpretar equivocadamente como que priva a la obligación de todo contenido significativo. Por una parte, se requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Por otra parte, la frase debe interpretarse a la luz del objetivo general, en realidad la razón de ser, del Pacto, que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse

plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga.11. El Comité desea poner de relieve, empero, que, aunque se demuestre que los recursos disponibles son insuficientes, sigue en pie la obligación de que el Estado Parte se empeñe en asegurar el disfrute más amplio posible de los derechos pertinentes dadas las circunstancias reinantes.

Más aún, de ninguna manera se eliminan, como resultado de las limitaciones de recursos, las obligaciones de vigilar la medida de la realización, o más especialmente de la no realización, de los derechos económicos, sociales y culturales y de elaborar estrategias y programas para su promoción. (...)".

[44] Al respecto, en la sentencia de Constitucionalidad C-1165 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, estudió el alcance del mismo, con el fin que no se disminuyeran los recursos destinados al subsistema de Salud.

[45] M.P. Alejandro Martínez Caballero. [46] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [47] M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [48] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[49] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [50] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [51] M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [52] M.P.: Eduardo Montealegre Lynett.

[53] Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 1, 25, 26, 28, 29, 30, 51 parciales de la ley 789 de 2002, " Por la cual se dictan normas para apoyar el empleo y ampliar la protección social y se modifican algunos artículos del Código Sustantivo de Trabajo ".

[54] Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [55] Norma citada, artículo 10. [56] Norma citada, artículos 2° (parágrafo), 3°, 6°, 10, 13-i, 25 y siguientes.

[57] Sentencia C-086 de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández. [58] Sobre la influencia que ejerce la progresividad en la legislación laboral, en la sentencia C-038 de 2004 se dijo : " Sin embargo, esa regulación sobre los efectos temporales de las disposiciones laborales debe ser armonizada con el mandato de progresividad, el cual, como ya se ha explicado largamente, prohibe prima facie, los retrocesos en la protección de los derechos sociales. Ahora bien, cuando las nuevas normas son más favorables a los trabajadores que se encuentran empleados, el efecto general e inmediato de las normas incorporadas al CST no plantea ningún problema constitucional, pues desarrolla el principio de progresividad, al dar aplicación a los contratos laborales en curso de los avances en la protección de los derechos de los trabajadores. Por el contrario, ese efecto general inmediato es constitucionalmente problemático cuando las nuevas regulaciones representan menores garantías para los trabajadores empleados, puesto que la aplicación inmediata a los contratos ya existentes hace aún más grave el retroceso en la protección de los derechos laborales. Por ello la Corte considera que no es posible aplicar mecánicamente la norma sobre efectos temporales inmediatos de las regulaciones laborales. A fin de armonizarla con el mandato de progresividad, las nuevas disposiciones que reduzcan la protección a los trabajadores pueden tener aplicación inmediata, si aparece claro que el fin constitucional que se persigue y que eventualmente podría justificar un retroceso en la protección de los derechos sociales, hace necesario aplicar la medida a los contrato en curso. En caso de que no aparezca necesaria esa aplicación, la regla de los efectos generales e inmediatos se torna inconstitucional por su afectación del principio de progresividad, y por ende los contratos existentes continúan rigiéndose por la normatividad derogada.

[59] M.P.: Rodrigo Escobar Gil. Asimismo, consúltese las sentencias C-038 de 2004 y C-478 de 1998 [60] Sentencia C-789 de 2002. [61] M.P. Clara Inés Vargas Hernández [62] Sobre la aplicación del principio de confianza legítima en la interpretación de las leyes, consúltense las sentencias SU-120 de 2003, M.P.: Alvaro Tafur Gálvis, y T-663 de 2003, M.P.:Jaime Córdoba Triviño.

[63] Sentencia T-292 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz. [64] Sentencia, T-951 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis. [65] Cfr. Sentencia C-227 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[66] Sentencia T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [67] Sentencia T-124 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [68] Sentencia T- 144 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[69] Sentencia T- 292 de 1995 M.P. Fabio Morón Díaz. [70] Mayor de un tercio que significaba que la lesión o la enfermedad ocasionaran al trabajador una inhabilidad física mayor al 66.66%.

[71] El artículo 23 disponía que “La invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, da derecho a una pensión, pagadera por la respectiva entidad de previsión con base en el último sueldo mensual devengado, mientras la invalidez subsista, así: a). El cincuenta por ciento (50%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea del 75%; b). Del setenta y cinco por ciento (75%) cuando la pérdida de la capacidad laboral exceda del 75% y no alcance al 95%; c). El ciento por ciento (100%) cuando la pérdida de la capacidad laboral sea superior al 95%. PARÁGRAFO. La pensión de invalidez excluye la indemnización”.

[72] El Decreto 3041 de 1966 “Por el cual se aprueba el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte ”, fue dictado por el Presidente de la Republica en uso de las facultades conferidas por la Ley 90 de 1946, el Decreto-Ley 1695 de 1960 y el artículo 7° del Acuerdo 150 de 1963 del Consejo Directivo del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por Decreto 183 de 1964.

[73] Dicho decreto señalaba que estaban sujetos al seguro obligatorio contra los riesgos de vejez, invalidez y muerte de origen no profesional: a) los trabajadores nacionales y extranjeros que, en virtud de un contrato de trabajo, prestaban sus servicios a los patronos de carácter particular, siempre que no fueren expresamente excluidos, b) los trabajadores que prestaban servicios a entidades o empresas de derecho público, semioficiales o descentralizadas, cuando no estuvieren excluidos por disposición legal expresa, c) los trabajadores que mediante contrato de trabajo prestaban servicios a entidades de derecho público en la construcción y conservación de obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o coparticipes, d) los trabajadores que prestaban servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caos en el cual la entidad profesional se entendía patrono de los trabajadores. e) para los trabajadores independientes, del servicio doméstico, a domicilio y agrícolas de empresas no mecanizadas se haría efectiva la obligación al seguro cuando se adoptaren los reglamentos que determinaran la forma de protección y las modalidades [74] Artículo 5 del Decreto en mención.

[75] Ver artículo 57 del Decreto 3041. [76] La aplicación de dicha transición, no regía para los afiliados que habían ingresado por primera vez al seguro social con posterioridad a la fecha de vigencia del seguro de invalidez, vejez y muerte contemplado en el Decreto 3041 de 1966.

[77] Art. 10 de la Ley 100 de 1993. Vid. Sentencia C-086 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [78] Artículo 12 ley 100 de 1993 [79] En efecto, el artículo 69 así lo dispone, señalando que en el régimen de ahorro individual con solidaridad, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 38, 39, 40 y 41.

[80] Para un estudio detallado acerca de evolución normativa de la calificación de la invalidez, consúltese la sentencia T-424 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[81] Las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez son comisiones interdisciplinarias que se conforman en las capitales de departamento y en aquellas ciudades en las cuales el volumen de afiliados así lo requiera, cuya función primordial es calificar en primera instancia la invalidez y determinar su origen .

Están conformadas por “ un número impar de expertos, designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, quienes actuarán de conformidad con la reglamentación que para tal efecto expida el Gobierno Nacional. Los honorarios de los miembros de la comisión serán pagados por la entidad de previsión o seguridad social o la sociedad administradora a la que esté afiliado el solicitante ”. (Artículo 42 de la ley 100 de 1993.) La Junta Nacional de Calificación de Invalidez, con sede en la capital de la República, esta integrada por un “número impar de miembros designados por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

Esta junta es interdisciplinaria y tiene a su cargo “la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las juntas regionales o seccionales respectivas.

Los honorarios de los miembros de la Junta serán pagados, en todo caso por la entidad de previsión o seguridad social correspondiente”. (Artículo 43 de la ley 100 de 1993.) [82] El artículo 7° del Decreto 917 de 1999 señala que para efecto de la calificación integral de la invalidez se tendrán en cuenta “los componentes funcionales biológico, psíquico y social del ser humano, entendidos en términos de las consecuencias de la enfermedad, el accidente o la edad, definidos de la siguiente manera: a) DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano. b) DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos.

Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona. c) MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno ”.

[83] Véase artículo 31 del Decreto 246 de 2001. Asimismo, el artículo 3 de dicho decreto dispone los criterios para establecer la fecha de estructuración o de la invalidez, de la siguiente manera: “ la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

[84] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [85] Sentencia C-754 de 2004. M.P. Alvaro Tafur Galvis. [86] Sentencia C-789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, y C-1049 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[87] Ver sentencias T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-628 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [88] En sentencia, T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se estimó:

“Además, se ha manifestado que frente a los cambios normativos que puedan presentarse respecto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición, el cual no resulta indispensable cuando la nueva normatividad implica cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social.

Sin embargo, cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión [88] , lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez".

[89] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [90] Régimen en el cual cotizo la mayoría de las semanas al sistema de pensiones. [91] Es de señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo argumentos en parte coincidentes con las consideraciones aquí señaladas, ha procedido en casos similares al presente al reconocimiento de la pensión de invalidez aplicando sobre la Ley 100 de 1993, el régimen pensional anterior contenido en el Decreto 758 de 1990. Así lo sostuvo en decisión proferida el 5 de julio de 2005, expediente 24280, que ha sido reiterada a la fecha (consúltense las decisiones proferidas el 19 de julio de 2005 (radicación 23178), 26 de julio de 2005 (radicación 23414), 21 de febrero de 2006 (radicación 24812), 14 de marzo de 2006 (radicación 26949), 30 de marzo de 2006 (radicación 27194), 18 de mayo de 2006 (radicación 27549), 24 de mayo de 2006 (radicación 25968), 4 de julio de 2006 (radicación 27556):

"Y entendido el derecho a la seguridad social, dentro de esa especial categoría, sobre los principios que lo inspiran, vale decir, la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, es indudable que no podría truncársele a una persona el derecho a pensionarse, como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él, bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o, contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o se halle desafiliado.

Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente -971- que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados, que le permiten, a quien ha padecido una novedad hacerle frente, mediante el acceso a la pensión, como consecuencia de los aportes válidamente realizados antes de su acaecimiento.

Efectivamente dentro del antiguo régimen era indispensable para pensionarse haber cotizado como mínimo 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al advenimiento de la invalidez o un mínimo de 300 semanas en cualquier tiempo, mientras que en el nuevo régimen basta estar cotizando y haber completado 26 semanas en el momento de invalidarse o las mismas 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a ese insuceso para conseguir el mismo resultado.

Pero sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen

antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer.

Desde la anterior perspectiva, la invalidez simplemente llega, y ese hecho impide, a quien la padece en más del 50% (proporción establecida legalmente, igual en el Acuerdo 049 de 1990, que en la Ley 100 de 1993), laborar y procurarse un modo de subsistencia, de forma que el sistema no puede dejar de prestarle la asistencia debida, teniendo en cuenta las cotizaciones antecedentes a ese estado, las cuales, sin lugar a duda, deben tener un objetivo práctico, tendiente a no dejar desamparado a quien aportó al régimen, así que posteriormente, al cumplir la edad para una eventual pensión por vejez, de esta no puede despojársele, pero mientras ello sucede, no debe quedarse sin defensa, por la ineficacia, que pretende la demandada, se le de a las citadas aportaciones, que finalmente contribuyeron a la consecución de la prestación, por vejez, por invalidez o por muerte." [92] Desde la sentencia T-1034 de 2004, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, la Corte ha analizado estas hipótesis.

[93] M.P. Jaime Araujo Rentería. [94] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Con salvamentos y aclaración de voto. [95] Ver entre otras la Sentencia T-832 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño y el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, que en el mismo sentido dispone:

"REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario." [96] C-501 de 2001. M.P. Jaime Córdoba Triviño, con salvamento de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, reiterada en sentencias C-427 de 2002, M.P.

Clara Inés Vargas Hernández y C-357 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, con salvamento y aclaración de voto del Magistrado Jaime Araujo Rentería, respectivamente.

[97] El artículo 11 de la ley 797 de 2003, declarado inexequible mediante Sentencia C-1056 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, establecía lo siguiente:

"ARTÍCULO 11. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ: Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotizacion para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido..." [98] El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la ley 860 del 26 de diciembre de 2003, establecía lo 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." [99] M. P. Jaime Córdoba Triviño [100] M.P. Jaime Córdoba Triviño.

[101] Cfr . T-043 de 2007. [102] Sentencias T- 974 de 2005, T- 043 de 2007. [103] M.P. Clara Inés Vargas Hernández [104] En la sentencia de tutela T-974 de 2005, M.P.: Jaime Araujo Rentería, se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

[105] Teniendo en cuenta que se encontraba cotizando al régimen desde el 05 de diciembre de 2003 (folio 34). [106] Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 1.

[107] Folio 25 del cuaderno de revisión. [108] M.P. Jaime Córdoba Triviño. [109] En igual sentido, véase sentencia T-580 de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto.

[110] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [111] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [112] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [113] M.P. Jaime Córdoba Triviño. [114] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[115] M.P. Jaime Córdoba Triviño. [116] Al respecto, consúltese las sentencias T-259 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1048 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-069 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-080 de 2008, M.P.

Rodrigo Escobar Gil; T-104 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-110 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-145 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-287 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[117] Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 593. Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003, página 10. [118] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[119] Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [120] Cfr. Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 593. Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003.

[121] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [122] Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002, MP. Eduardo Montealegre Lynett. [123] En este mismo sentido ver, entre otras, las sentencias T-047 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño; T-580 de 2007, MP: Humberto Antonio Sierra Porto; T-641 de 2007, MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

[124] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [125] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [126] Cfr. sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[127] M.P. Jaime Araujo Rentería. [128] M.P. Jaime Córdoba Triviño. [129] Cfr. Sentencias T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-271 de 1995, M..P. Alejandro Martínez Caballero.

[130] Cfr . Sentencias T-484 de 1992, M.P. Fabio Morón Díaz; T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-185 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández Galindo; T-1181 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería; T-010 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y T-260 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, entre muchas otras.

[131] Cfr. Sentencia T-505 de 1992, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [132] Cfr. SU-256 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. [133] Cfr. T-1283 de 2001, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[134] Con el propósito de impedir la divulgación de cualquier información que conlleve a precisar la identidad del señor YY, se omite también hacer referencia respecto al nombre su hermana.

[135] En este sentido, mediante sentencia T-232 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández se señaló que “la consagración de esa presunción obedece al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales y el cumplimiento de los deberes que la Carta Política ha impuesto a las autoridades estatales (Artículos 2, 6, 121 e inciso segundo del artículo 123 C.P.) [135] ”.

[136] Artículo 19 Decreto 2591 de 1991. [137] Es importante tener en cuenta las aseveraciones de los demandantes acerca de la crítica situación socio económico en la que se encuentran, más aun cuando manifiestan que no cuentan, ni siquiera, con los medios económicos suficientes para su propia subsistencia, hechos sobre los cuales las entidades demandadas o no refutaron (Expediente T-1923554) o guardaron silencio (Expedientes T-1927515 y T-1952587).

[138] Lo anterior se desprende de las copias de sus cédulas de ciudadanía que reposan a folio 8 del expediente T-1927515 (Actor YY); y a folio 11 del expediente T- 1952587 (Actor ZZ).

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.