COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/658/08

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/658/08
Expediente	T-1.911.331
Fecha	2008-02-19
Sala	Sala Octava de Revisión
Magistrado ponente	Dr HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Pension De Invalidez
- Derecho A La Seguridad Social Y Bloque De Constitucionalidad
- Protección Constitucional A La Seguridad Social
- Principio De Progresividad En Materia De Derechos Económicos, Sociales Y Culturales
- Derecho A La Seguridad Social
- Configuracion Normativa Del Derecho A La Seguridad Social

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Interpretación del derecho a la seguridad social deberá ser realizada de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un

Texto completo

T-658-08 REPÚBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-658/08 PENSION DE INVALIDEZ -Requisito de fidelidad de cotización DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD -La interpretación del derecho a la seguridad social deberá ser realizada de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Bloque de constitucionalidad Resulta imperativa la labor de consulta de los los tratados internacionales sobre derechos humanos que permitan avanzar en el esfuerzo de determinación del aludido derecho DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES- Mínimo irreductible que de manera impostergable debe garantizar el estado. Derecho fundamental DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- En la medida en que es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana es un verdadero derecho fundamental PENSION DE INVALIDEZ- Protección constitucional a la seguridad social PENSION DE INVALIDEZ- L a seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, asume la forma de derecho constitucional PENSION DE INVALIDEZ- Existe la posibilidad de demandar del Estado y, en términos generales, del sistema de seguridad social la satisfacción de prestaciones concretas PENSION DE INVALIDEZ- El diseño y funcionamiento del Sistema general de seguridad social no sólo encuentra sustento en los artículos 48 y 53 del texto constitucional, sino adicionalmente en el artículo 13 de la Carta PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LA SEGURIDAD SOCIAL- Ineludible compromiso asumido por la organización estatal consistente en la erradicación de todas las formas de marginación social y discriminación que se opongan a la realización

plena de la dignidad humana PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES- Aplicación en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Configuracion normativa CONFIGURACION NORMATIVA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- En el texto constitucional, artículo 49 superior, y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Categoría iusfundamental DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Principio de dignidad humana DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos PENSION DE INVALIDEZ- Excepción de inconstitucionalidad en aplicación del principio de favorabilidad y de la progresividad de derechos sociales Referencia: expedientes T-1.852.626 y T-1.911.331 Acciones de tutela instauradas por Angélica Dussan Cuellar, representante de David Gerardo Fernández Fuentes, contra Porvenir, Fondo de pensiones y cesantías S. A.; y Arnulfo Torres Gaitán contra Santander, Fondo de pensiones y cesantías S. A. y Famisanar Empresa Promotora de Salud Magistrado Ponente Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Bogotá D.C. primero (1) de julio de dos mil ocho (2008) La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jaime Araújo Rentería, Clara Inés Vargas Hernández, y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente SENTENCIA Dentro del proceso de revisión de los fallos de tutela proferidos en los asuntos de la referencia, correspondientes a las solicitudes de amparo promovidas de manera separada por Angélica Dussan Cuellar, representante de David Gerardo Fernández Fuentes, contra Porvenir, Fondo de Pensiones y Cesantías S. A.; y Arnulfo Torres Gaitán contra Santander, Fondo de Pensiones y Cesantías S. A. y Famisanar, Empresa Promotora de Salud.

De manera preliminar, es preciso anotar que, mediante auto del 26 de junio de 2008, el Magistrado Ponente resolvió acumular los citados procesos, con el fin de decidir los problemas jurídicos planteados en las acciones en una única providencia, dada la similitud sustancial que presentan, circunstancia que a la luz del principio de economía procesal, justifica la mencionada acumulación.

I. ANTECEDENTES 1.1.- Expediente T- 1.852.626 Obrando en calidad de representante de David Gerardo Fernández Fuentes, la Ciudadana Angélica Dussan Cuellar, compañera permanente del titular de derechos fundamentales cuyo amparo fue solicitado, otorgó poder a la abogada Diana Patricia Jiménez Aguirre para que fuese iniciada acción de tutela contra Porvenir, Fondo de Pensiones y Cesantías debido a la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala de Revisión:

1.- El día 8 de junio de 2007, el Ciudadano David Gerardo Fernández Fuentes fue notificado de un oficio emitido por parte de “ Seguros de vida Alfa S. A.

” en el cual le informaron que “ En atención a su solicitud de pensión por invalidez a la AFP Porvenir S. A. le informamos que las limitaciones que generan sus patologías han sido calificadas por el Grupo interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S. A. según lo establecido en el Artículo 52 de la Ley 692 de 2005 / Según los parámetros establecidos por el Decreto 917 de 1999 (Manual Único para la Calificación de la Invalidez) se ha calificado una PCL de 68.35%, de origen enfermedad común y fecha de estructuración 02 de agosto de 2004 ” [1] .

2.- Con fundamento en la aludida valoración médica, el Ciudadano solicitó a la entidad demandada el reconocimiento de la pensión de invalidez dada la pérdida de su capacidad laboral, la cual supera el 50%.

3.- El día 22 de agosto de 2007, fue notificado de la decisión adoptada por el Director Jurídico de Prestaciones de la entidad; en la cual le informaron que la solicitud no resultaba viable debido al incumplimiento del requisito de cotización mínima al sistema general de seguridad social señalado en la Ley 860 de 2003. De manera puntual le manifestaron lo siguiente: " usted no cuenta con el requisito legal de tener 50 semanas anteriores a la fecha del hecho causante de la invalidez, contenido en la Ley 860 de 2003, por la cual se reformó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 " [2] .

En tal sentido, en atención a que al momento de estructuración de la incapacidad el peticionario sólo había completado 38.5 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores, negó la petición de reconocimiento de la pensión de invalidez.

Con fundamento en los hechos anotados, la representante interpuso acción de tutela con el objetivo de reclamar protección judicial de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la salud del señor Fernández Fuentes, solicitud que, de manera específica, se encontraba orientada a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, como mecanismo transitorio de amparo, mientras fuese tramitado el correspondiente procedimiento ordinario ante la jurisdicción laboral; el cual no constituía, a juicio de la demandante, un mecanismo idóneo de protección debido a la dilación que caracteriza este tipo de procesos judiciales.

1.2.- Expediente T-1.911.331 El Ciudadano Arnulfo Torres Gaitán interpuso acción de tutela, mediante la cual reclamó la obtención de protección judicial de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, contra las entidades Santander, Fondo de Pensiones y Cesantías S. A. y Famisanar, Empresa Promotora de Salud, debido a la ocurrencia de los siguientes hechos:

1.- Durante su vinculación a la Cooperativa de Transportadores de Melgar, Cootransmelgar, al accionante le fue diagnosticada la dolencia " sarcoma pleomórfico muslo derecho " [3] , razón por la cual fue incapacitado en repetidas oportunidades.

2.- Sobre el particular, el escrito de demanda informa que, una vez fueron canceladas las incapacidades correspondientes a los primeros 180 días, la EPS Famisanar cesó la continuación de dicho pago con fundamento en lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, el cual establece que a partir de dicho momento tal obligación " es competencia de los Fondos de Pensiones " [4] . Por tal razón, el Ciudadano solicita al juez de amparo ordenar el pago " de las incapacidades otorgadas desde 6-03-06 y hasta 30-04-07 de la Cual anexo la solicitud de noviembre 3 de 2007, en razón de mi enfermedad " [5] .

3.- Debido a las constantes limitaciones laborales que la aludida enfermedad produjo, mediante dictamen número 751/26/2007, el día 10 de noviembre de 2007 la Compañía de Seguros Bolívar –entidad con la cual Santander contrató la calificación de este tipo de eventos de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 962 de 2005- estimó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del señor Arnulfo Torres Gaitán en una cifra que ascendió al 64.68% y fijó como fecha de estructuración el día 4 de septiembre de 2005.

4.- Luego de solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en la anterior calificación médica, el día 27 de marzo de 2007 el Fondo Santander negó la petición en atención a que el accionante no cumplía el requisito de fidelidad de cotización al sistema general de seguridad social contemplado en la Ley 860 de 2003.

Por la ocurrencia de los hechos relatados, el Ciudadano solicitó al juez de amparo ordenar el pago de las incapacidades no sufragadas por las entidades demandadas y el reconocimiento de la pensión de invalidez, como mecanismo de amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social II. Intervención de las entidades demandadas 2.1.- Expediente T- 1.852.626 Mediante escrito remitido al Juzgado de primera instancia, la Ciudadana Marcela Munevar, Gerente Jurídica del Fondo Porvenir, se opuso a la pretensión de tutela debido a que " El accionante no cumple requisitos para acceder a una pensión de invalidez en el régimen de ahorro individual con solidaridad. La ley es clara respecto a la

situación del accionante y no pueden interpretarse, adecuarse o modificarse las normas de forma unilateral y subjetiva. Desconocimiento del carácter subsidiario de la acción de tutela. La discusión de encuentra fuera del ámbito constitucional ” [6] .

Con el objetivo de dar alcance a la oposición manifestada, la representante informó que el peticionario dentro del proceso de amparo se encuentra afiliado a la Administradora del fondo de pensiones desde el 1° de enero de 2004, período dentro del cual fue cotizante del Instituto de Seguros Sociales desde el 9 de diciembre de 2004 hasta el 6 de enero de 2006, razón por la cual solicitó la integración del contradictorio mediante la correspondiente notificación al Instituto pues, a su juicio, el eventual reconocimiento de la pensión de invalidez requeriría como requisito indispensable la emisión de un bono pensional.

Para terminar, la representante señaló que, en atención al contenido económico de la pretensión, el reconocimiento de la pensión de invalidez desborda los márgenes propios de la acción de tutela;

consideración que resaltaba, en su opinión, la improcedencia de la acción de tutela, a lo cual debía añadirse que la jurisdicción laboral ofrece un mecanismo judicial idóneo para el encauzamiento de este tipo de solicitudes.

2.2.- Expediente T-1.911.331 Mediante oficio remitido el día 31 de enero de 2008, en su calidad de representante legal de Famisanar EPS, la Ciudadana Martha Garzón de Ávila se opuso a la pretensión de amparo promovida por el peticionario por cuanto, a su juicio, la entidad se habría limitado a dar cumplimiento a la normatividad de seguridad social que le confía a las Empresas Promotoras de Salud la responsabilidad de cancelar las incapacidades no profesionales reconocidas a favor de sus afiliados durante los primeros 180 días, momento a partir del cual, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, le corresponde efectuar dicho pago al fondo de pensiones. En segundo lugar, indicó que la acción no se encontraba llamada a proceder en el caso concreto en la medida en que las pretensiones reclamadas por el Ciudadano eran de contenido puramente económica, lo cual desbordaba, en su opinión, el objeto natural de la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Nacional.

A su turno, el día 31 de enero de 2008, el Ciudadano Carlos Alberto Medina Lozano, representante legal del Fondo Santander, remitió un oficio dirigido al juzgado de primera instancia con el fin de acercar información sobre la vinculación del accionante a la entidad demandada. Sobre el particular, informó que el día 7 de noviembre de 2006 el peticionario radicó la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue enviada por la entidad a la Compañía de Seguros Bolívar, “ entidad con la cual tenemos contratada la póliza de riesgo de nuestros afiliados esta aseguradora (Sic) que tiene a cargo el pago de la suma adicional que haga falta para financiar la pensión y la calificación de los trámites conforme lo dispone el Art. 52 de la Ley 962 de 2005 ”. La aseguradora estimó la pérdida de capacidad laboral en un 64.68% mediante dictamen proferido el día 10 de noviembre de 2006. Con fundamento en dicha calificación, el Fondo Santander procedió a resolver la petición de reconocimiento, la cual fue contraria al peticionario por cuanto negaron la pensión de invalidez debido al incumplimiento del requisito de fidelidad de cotización del 20% al sistema general de seguridad social, exigencia que se encuentra consignada en la Ley 860 de 2003.

III. Sentencias judiciales objeto de revisión 3.1.- Expediente T- 1.852.626 Atendiendo la solicitud presentada por la representante de la entidad demandada, el día 27 de diciembre de 2007 el a quo procedió a vincular al Instituto de Seguros Sociales para que se pronunciara sobre las pretensiones elevadas por el señor Fernández Fuentes;

vinculación que venció en silencio dentro del término ofrecido por la autoridad judicial. Mediante sentencia emitida el día 4 de enero de 2008, el Juzgado Octavo Penal Municipal de Bogotá resolvió negar la solicitud de amparo en aplicación del principio de subsidiariedad que preside la procedibilidad de la acción de tutela. Sobre el particular señaló que la solicitud invocada por vía de tutela -esto es, la aplicación del principio de “ favorabilidad ” para efectos de decidir el reconocimiento de la pensión de invalidez- no podía ser decidida mediante este mecanismo excepcional, el cual se

encuentra orientado a suplir el ordenamiento jurídico en aquellos eventos en los cuales una determinada infracción de derechos fundamentales no cuente con un mecanismo judicial para solicitar su composición. En tal sentido, señaló que la existencia de los recursos ordinarios ante la jurisdicción laboral se oponía a la pretensión de amparo. No obstante, el Juzgado de instancia ordenó al Instituto de Seguros Sociales dar respuesta a la solicitud interpuesta por parte de Porvenir el día 4 de julio de 2007 en cuanto a la devolución de los aportes realizados por el accionante.

El día 14 de enero del año en curso, la apoderada judicial del Ciudadano interpuso recurso de impugnación con el objetivo de recurrir la decisión adoptada por el a quo pues, a su juicio, dicho fallo desconoció la jurisprudencia constitucional acerca de la procedibilidad de la acción de tutela. En tal sentido, luego de transcribir in extenso un aparte de la sentencia T-418 de 2007, manifestó que la intensidad del principio de subsidiariedad, en el caso particular de los discapacitados, debía ser modulado según lo impone el texto constitucional en sus artículos 47 y 13.

Mediante providencia suscrita el día 19 de febrero de 2008, el Juzgado Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá resolvió confirmar el fallo emitido en primera instancia. Como fundamento de la decisión adoptada, el ad quem indicó que en el caso concreto no se observa vulneración alguna de los derechos fundamentales del peticionario. En segundo término, manifestó que el principio de subsidiariedad imponía al accionante agotar el correspondiente trámite judicial ante la jurisdicción laboral antes de interponer la acción de tutela, toda vez que el escenario judicial que procura la jurisdicción ordinaria constituye el espacio idóneo para la solución de controversias de esta naturaleza. En conclusión, en la medida en que no encontró acreditada la existencia de un perjuicio irremediable que justificara la intervención del juez constitucional, confirmó en su integridad el fallo recurrido.

2.2.- Expediente T-1.911.331 En sentencia proferida el día 1° de febrero de 2008, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Melgar, Tolima, concedió amparo a los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Arnulfo Torres Gaitán. En consecuencia, ordenó a las entidades demandadas realizar el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada, para lo cual –precisó la providencia- deberían dar aplicación a la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Como fundamento de la decisión adoptada, el a quo indicó que de acuerdo a lo resuelto por esta Corporación en sentencia T-641 de 2007, la modificación legislativa introducida por la Ley 860 de 2003 en lo atinente a los requisitos que condicionan el reconocimiento de la pensión de invalidez, vulnera el principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales, razón por la cual a juicio del fallador de instancia era menester dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 1° de la ley 860 de 2003.

De manera separada, los representantes de las entidades demandadas presentaron recurso de impugnación contra la sentencia proferida, para lo cual alegaron que la decisión judicial habría desconocido los precedentes jurisprudenciales de la Corte acerca de la improcedencia de solicitudes de amparo cuyo contenido fuese puramente económico, como a su juicio ocurría en el caso concreto, en la medida en que la acción de tutela perseguía el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, además de las correspondientes incapacidades médicas.

Mediante providencia del 4 de abril de 2008, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar, Tolima, revocó la sentencia proferida por el a quo por cuanto, según lo informó la cónyuge del accionante y la Cooperativa Cootransmelgar, durante el trámite de la apelación el señor Torres Gaitán falleció. En tal sentido, señaló que debido a la “ carencia [actual] de objeto ” de la acción promovida, un eventual fallo de amparo resultaría inocuo; circunstancia por la cual resolvió modificar la decisión judicial adoptada en primera instancia.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1.- Competencia Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los

artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Nacional y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico En atención a que la solicitud de amparo interpuesta por los accionantes consiste en obtener aplicación de la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 -el cual fue objeto de modificación por la Ley 860 de 2003- para el reconocimiento de la pensión de invalidez; la Sala de Revisión encuentra necesario dar respuesta al siguiente problema jurídico: ¿es posible ordenar la protección del contenido específico de la progresividad del derecho a la seguridad social por vía de tutela, cuando se trate del reconocimiento de la pensión de invalidez? Para tal efecto, en esta providencia se abordarán los siguientes temas: (i) Protección constitucional a la seguridad social. (ii) El principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (iii) Aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez.

Ahora bien, en atención a que el señor Arnulfo Torres Gaitán (expediente T-1.911.331) falleció durante el trámite de la apelación, la Sala adelantará una breve reiteración a propósito de la figura de la carencia de objeto dentro del trámite de la acción de tutela.

Protección constitucional a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia En abundante jurisprudencia esta Corporación se ha ocupado de establecer el alcance de la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en nuestro ordenamiento [7] .

Así, en el texto constitucional se observa que la seguridad social ha sido objeto de una configuración compleja: en primer lugar, según lo establece el inciso 1° del artículo 48 superior, constituye un "servicio público de carácter obligatorio".

De acuerdo a esta disposición al Estado le corresponde una importante labor en su realización dado que el texto superior le confía las correspondientes labores de dirección, coordinación y control; actividades que deben ser realizadas con estricta observancia de los principios de universalidad, solidaridad y eficiencia [8] . Adicionalmente, en la dirección sugerida por el artículo 48 superior, el Congreso estableció en el artículo 40 de la Ley 100 de 1993 que la seguridad social constituye un “ servicio público esencial ” en lo relativo a los subsistemas de salud y pensiones, precisando que en este último sólo gozan de tal caracterización aquellas actividades relacionadas con el reconocimiento y pago de mesadas.

Dicha consagración supone un considerable incremento en la responsabilidad que resulta exigible al Estado y a todas las entidades que participan en el sistema de seguridad social, dado que las exigencias de permanencia y continuidad del servicio se convierten en deberes inexcusables, lo cual coincide con el propósito general que inspira la Ley de seguridad social.

Aunado a lo anterior, del inciso segundo de la disposición constitucional en comento surge la faceta complementaria del diseño ideado por el constituyente sobre el tema. Dicho segmento normativo establece que la seguridad social, además de ser esencialmente un servicio público, asume la forma de derecho constitucional, lo cual abre las puertas a la posibilidad de demandar del Estado y, en términos generales, del sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993 la satisfacción de prestaciones concretas. Textualmente, el inciso 2° consagra el mencionado derecho en los siguientes términos: “ Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social ”.

De acuerdo a la regla hermenéutica consignada en el artículo 93.2 constitucional, la interpretación del derecho a la seguridad social deberá ser realizada “ de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia ” [9] , razón por la cual resulta imperativa la labor de consulta de los instrumentos de esta naturaleza que permitan avanzar en el esfuerzo de determinación del aludido derecho. De manera específica, interesa

resaltar ahora lo establecido en el artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) en la materia. De manera textual la disposición prescribe lo siguiente:

"Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social". Sobre el particular, de manera reciente [10] el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) -órgano encargado de supervisar la aplicación del Pacto- emitió la observación general número 19, sobre "El derecho a la seguridad social (artículo 9)".

De manera puntual, el Comité destacó la enorme importancia que ostenta dicha garantía en el contexto de plena satisfacción de los derechos humanos [11] , en la medida en que el derecho a la seguridad social adquiere el estatuto de condición ineludible de tal posibilidad de goce dentro de los esfuerzos que han de llevar a cabo los Estados para superar las condiciones materiales de pobreza y miseria que se oponen al disfrute de las libertades individuales. A renglón seguido, el Comité llama la atención sobre el carácter "redistributivo"

que caracteriza a este derecho; virtud de la cual se siguen las significativas consecuencias de disminución de la pobreza y promoción de la inclusión social que este derecho trae consigo.

Con orientación análoga a la propuesta por el CDESC, en sentencia T-468 de 2007, esta Corporación se pronunció sobre el notable papel que desempeña el derecho a la seguridad social dentro de la compleja red de garantías fundamentales consagradas en la Constitución Nacional:

En el panorama propio de nuestro ordenamiento jurídico la seguridad social adquiere señalada importancia en la medida en que, como lo ha demostrado la historia reciente del constitucionalismo, su máxima realización posible es una condición ineludible de la posibilidad real de goce del resto de libertades inscritas en el texto constitucional. En tal sentido, la seguridad social es consecuencia necesaria de la consagración del Estado colombiano como Estado Social de Derecho, en la medida en que la adopción de tal modelo supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales.

Tal deber, como ya había sido anunciado, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios ha sufrido mella en la medida en que estas contingencias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo.

De acuerdo a la consideración anterior, el diseño y funcionamiento del Sistema general de seguridad social no sólo encuentra sustento en los artículos 48 y 53 del texto constitucional, sino adicionalmente en el artículo 13 de la Carta, en la medida en que su implementación sigue el ineludible compromiso asumido por la organización estatal consistente en la erradicación de todas las formas de marginación social y discriminación que se opongan a la realización plena de la dignidad humana [12] .

Ahora bien, de acuerdo a la observación bajo estudio, en desarrollo de lo dispuesto en el párrafo 10 del artículo 2° del PIDESC, corresponde a los Estados signatarios -dentro del máximo de recursos de los que dispongan adoptar medidas encaminadas a brindar protección adecuada al derecho a la seguridad social. Dichas medidas habrán de ser diseñadas y ejecutadas de manera tal que no permitan restricciones irrazonables o desproporcionadas de acceso y "en todo caso deben garantizar a toda persona un disfrute mínimo de este derecho humano".

En consecuencia, al margen del amplio espectro de configuración reconocido a las organizaciones estatales; tal como ocurre con el conjunto de derechos inscritos bajo la enseña de los derechos económicos, sociales y culturales, existe un mínimo irreductible que de manera impostergable debe garantizar el Estado. Así las cosas, el derecho a la seguridad social, en la medida en que "es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana ”

[13] es un verdadero derecho fundamental cuyo desarrollo, si bien ha sido confiado a entidades específicas que participan en el sistema general de seguridad social fundado por la Ley 100 de 1993, encuentra una configuración normativa preestablecida en el texto constitucional (artículo 49 superior) y en los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad;

cuerpos normativos que dan cuenta de una categoría iusfundamental íntimamente arraigada al principio de dignidad humana, razón por la cual su especificación en el nivel legislativo se encuentra sometida a contenidos sustanciales preestablecidos.

De manera precisa, en cuanto al contenido del derecho bajo examen, el Comité señaló lo siguiente: "El derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener protección, en particular contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar, b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo".

Aunado a lo anterior, bajo la rúbrica "elementos del derecho a la seguridad social", en la observación en comento el órgano internacional señaló los diferentes elementos que, de acuerdo a lo establecido en el PIDESC, dan al alcance a este derecho:

(i) Disponibilidad: En virtud de esta exigencia, el Estado debe asegurar la existencia y el adecuado funcionamiento de un sistema de seguridad social que, con prescindencia del tipo de plan acogido -“ contributivo o no contributivo ”- ha de garantizar la provisión de las prestaciones en las cuales se materializa el derecho a la seguridad social. Adicionalmente, la organización estatal se encuentra llamada a asumir su administración y supervisión eficaz. Por último, dentro de este principio se incluye un deber específico que demanda del Estado que el diseño del aludido sistema se realice sobre bases económicas que permitan su sostenibilidad.

(ii) Riesgos e imprevistos sociales. El sistema de seguridad social se encuentra llamado a garantizar el cubrimiento de las siguientes situaciones, dentro de las cuales se establecen de manera precisa requisitos sustanciales de calidad, idoneidad y prontitud en su provisión: a.) atención en salud, b.) enfermedad, c.) vejez, d.) desempleo, e.) accidentes laborales, f.) prestaciones familiares, g.) maternidad, h.) discapacidad, i.) sobrevivientes y huérfanos.

(iii) Nivel suficiente. Las prestaciones ideadas para atender las contingencias anteriormente descritas deben resultar suficientes de cara a la labor de satisfacción del derecho a la seguridad social, lo cual establece una considerable exigencia en términos cualitativos y cuantitativos, razón por la cual el establecimiento de aquellas prestaciones habrá de ceñirse de manera cuidadosa al tipo de necesidades que pretenden ser atendidas. Adicionalmente, en desarrollo de este principio, el Comité señala que las organizaciones estatales están obligadas a considerar, en todo caso, el alcance de los principios rectores que debe acoger el sistema: dignidad humana y proscripción de la discriminación.

(iv) Accesibilidad. La creación del sistema de seguridad social, si bien ha de seguir una vocación de universalidad, al mismo tiempo debe realizar especial énfasis en la tarea de promover la inclusión de sectores tradicionalmente marginados de la posibilidad de goce de esta garantía. De acuerdo a tal consideración, el CDESC señaló los siguientes parámetros para efectos de asegurar el acceso al derecho a la seguridad social:

a.) Cobertura. El sistema de seguridad social debe permitir a "todas las personas" el goce de las prestaciones creadas. Por tal razón, el diseño de planes no contributivos -esto es, aquellos basados en una estructura económica y administrativa en la cual se hace prescindencia de la capacidad de pago de los beneficiarios- adquieren notable importancia para incluir a las personas que no cuentan con los medios económicos para asumir el costo de las prestaciones; pues los anotados motivos económicos no pueden constituir una barrera atendible de acceso.

b.) Condiciones. Los requisitos que han de ser opuestos para los beneficiarios del sistema deben recoger, en todos los casos, exigencias razonables, proporcionadas y transparentes.

c.) Asequibilidad. El pago de las cotizaciones que han de asumir los participantes en el sistema debe ser establecido de manera previa y, adicionalmente, su costo debe permitir el acceso de la población.

d.) Participación e información. Los beneficiarios han de contar con la posibilidad real y efectiva de participar en la administración del sistema, lo cual, a su vez, señala la obligación en cabeza del Estado consistente en garantizar el derecho a "recabar, recibir y distribuir información sobre todos los derechos ofrecidos por la seguridad social de manera clara y transparente".

e.) Acceso físico. Las prestaciones han de ser reconocidas y concedidas oportunamente, pues de otra forma el propósito que anima la fundación del sistema de seguridad social resulta burlado con la consecuente mella del principio de dignidad humana que pretende ser materializado mediante aquel.

Aunado a lo anterior, los Estados deben garantizar acceso físico a los servicios de seguridad social, lo cual adquiere gran importancia en el caso particular de los discapacitados, trabajadores migrantes, personas que habitan en zonas distantes, víctimas de conflictos armados, entre otras, etc.

Para terminar el examen de la observación general es preciso examinar con algún detenimiento las obligaciones básicas establecidas para los Estados a partir de la suscripción del Pacto en la materia específica del derecho a la seguridad social. Antes de avanzar en dicho estudio, resulta oportuno señalar que la indicación de dichas obligaciones básicas apuntan, a la vez que refuerzan, el mismo propósito constitucional indicado en líneas precedentes a propósito de la naturaleza iusfundamental del derecho a la seguridad social, en la medida en que dan cuenta de la existencia de un conjunto de condiciones sustanciales, de las cuales no sólo depende la posibilidad efectiva de hacer valer el derecho a la dignidad humana, sino que condicionan de manera a priori el desarrollo legislativo o reglamentario que han de ofrecer los Estados. Cabe anotar ahora que la cuestión específica respecto de su exigibilidad por vía de tutela constituye un problema jurídico diferente del cual se ocupará la Sala más adelante.

El establecimiento de un conjunto específico de obligaciones básicas en la materia es consecuencia de la consideración que con antelación el Comité había desarrollado en la observación general número 3, a propósito de la naturaleza de las obligaciones de los Estados parte, en la cual señaló que, si bien de acuerdo al artículo 2° del PIDESC el principio de progresividad establece el alcance de tales deberes, la misma ratificación del tratado por parte de las organizaciones estatales indica el acuerdo respecto de la creación de obligaciones específicas relacionadas con la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales. En tal sentido, la suscripción del tratado por parte de los Estados indica la existencia de deberes mínimos de protección a su cargo, con independencia de la proscripción de adopción de medidas regresivas.

En el caso particular del derecho a la seguridad social, el órgano internacional compila los siguientes deberes básicos: “ (i) Asegurar el acceso a un sistema de seguridad social que ofrezca a todas las personas y familias un nivel mínimo indispensable de prestaciones que les permita obtener por lo menos atención de salud esencial, alojamiento y vivienda básicos, agua y saneamiento, alimentos y las formas más elementales de educación ”.

A continuación, el Comité indica que en aquellos eventos en los cuales las organizaciones estatales no cuenten con los medios para asegurar cumplimiento a tal prescripción, es su obligación realizar amplias consultas que le permitan seleccionar un grupo básico de riesgos e imprevistos sociales, que deberán ser atendidos en los términos señalados;

"(ii) Asegurar el derecho de acceso a los sistemas o planes de seguridad social sin discriminación alguna, en especial para las personas y los grupos desfavorecidos y marginados; (iii) Respetar y proteger los regímenes de seguridad social

existentes de injerencias injustificadas; (iv)Adoptar y aplicar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de seguridad social; (v) Adoptar medidas para aplicar planes de seguridad social, en particular los destinados a proteger a las personas y los grupos desfavorecidos y marginados; (vi) Vigilar hasta qué punto se ejerce el derecho a la seguridad social".

Ahora bien, en el caso colombiano, como ha sido sugerido anteriormente, el sistema de seguridad social creado a partir de la Ley 100 de 1993 ha sido el instrumento mediante el cual el Estado ha pretendido dar cumplimiento a las obligaciones internacionales reseñadas y a los fines constitucionales que se encuentran plasmados en el artículo 48 superior. Así las cosas, dentro de la regulación ofrecida por la ley de seguridad social se encuentra establecida la estructura a partir de la cual ha de ser ejercido el " derecho irrenunciable a la seguridad social " .

De cara a dicha tarea, la ley 100 de 1993 y la normatividad complementaria ha establecido con precisión los elementos que hacen parte de este complejo engranaje, entre los cuales se encuentran: (i) las autoridades encargadas de la prestación de los servicios, (i) las prestaciones sociales, (iii) los mecanismos y autoridades encargadas de adelantar la supervisión del sistema, (iv) los diferentes planes de cobertura y, finalmente, (v) los mecanismos de financiamiento.

Con fundamento en dicha estructura, la jurisdicción constitucional ha resuelto varias controversias de las cuales interesa resaltar ahora el acceso a prestaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social. En tal sentido, las vicisitudes cuya solución ha sido ordenada por vía de tutela se pueden agrupar en dos conjuntos fácticos: (i) reclamación de prestaciones incluidas en el sistema y, en segundo término, (ii) prestaciones no establecidas en el sistema de seguridad social.

En este punto resulta oportuno indicar que, de acuerdo a la regla descrita en el inciso 3° del artículo 86 superior -principio de subsidiariedad- en principio, no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias en la medida en que el ordenamiento jurídico ha dispuesto un cauce procedimental específico para la composición de esta suerte de litigios. Así las cosas, la jurisdicción laboral y de seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el alto encargo de garantizar protección al derecho fundamental a la seguridad social. Así lo recomienda el experticio propio de las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción laboral y la idoneidad que prima facie ostentan los procedimientos ordinarios.

Empero, en aplicación del mismo principio de subsidiariedad, el cual establece una excepción a tales recursos ordinarios de amparo, la jurisprudencia constitucional ha reparado en eventos específicos ante los cuales, a pesar de la existencia de tales medios de protección, resulta imperiosa la necesidad de intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la materialización de un perjuicio irremediable, circunstancia que indica la falta de idoneidad de los instrumentos habituales en el caso concreto para garantizar la protección del derecho fundamental amenazado.

De acuerdo a la consideración anterior, ante la urgencia de brindar protección judicial por vía de tutela al derecho a la seguridad social, la jurisdicción constitucional se ha encontrado ante los dos eventos señalados: (i) en el primer supuesto, se presenta una oposición -esto es, una abstención frente- a la solicitud de una determinada prestación a pesar de la existencia de un deber específico dirigido al sistema, consistente en la obligación de asegurar dicha prestación. En la medida en que existe una prescripción de orden legal sobre la cual se apoya la pretensión de amparo, en estos eventos esta Corporación ha dado aplicación al argumento de la "transmutación de los derechos sociales"

para ordenar la protección del derecho fundamental a la seguridad socia1 [14] . (ii) En la segunda hipótesis, se reclama una prestación de seguridad social a la cual, de acuerdo a lo prescrito en las disposiciones que dan cuerpo al sistema y, de manera específica, según lo dispuesto para los diferentes planes de cobertura, el Ciudadano no resulta acreedor de aquella solicitud. En este supuesto particular la Corte Constitucional se ha valido de los argumentos de "conexidad' y amparo del "mínimo vital"

para efectos de asegurar una adecuada protección de la garantía iusfundamental que ha sido reconocida a todos los habitantes, bajo el título de un verdadero "derecho irrenunciable".

Sin embargo, es necesario anotar que, de acuerdo al principio de subsidiariedad, la pretensión de amparo del derecho a la seguridad social por vía de tutela resulta admisible a condición de reunir los diferentes requisitos de procedibilidad de la acción. Así las cosas, en este tipo de pretensiones es menester que se acredite el cumplimiento de las siguientes condiciones: (i) en primer lugar, es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional; conclusión a la cual arriba el juez de tutela no sólo a partir del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentre el accionante, sino al adelantar un examen de la cuestión a partir de un prisma constitucional, el cual le permite inferir la necesidad de realizar un pronunciamiento para efectos de garantizar la aplicación de los principios superiores en el caso concreto [15] .

(ii) En segundo término, es preciso que el problema constitucional planteado aparezca probado de manera tal que la verificación de la vulneración del derecho fundamental no requiera un esfuerzo probatorio que desborde las facultades y competencias del juez de amparo [16] . (iii) Para terminar, es necesario demostrar que el mecanismo judicial ordinario dispuesto por el ordenamiento resulta insuficiente para proteger, en el caso concreto, la garantía a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

Establecido el alcance del derecho a la seguridad social a la luz del texto constitucional y del bloque de constitucionalidad, procede la Sala a examinar la aplicación del principio de progresividad en el caso particular del establecimiento de requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez en el régimen de seguridad social.

El principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Con el objetivo de analizar la aplicación del principio de progresividad, es menester examinar los fundamentos normativos que lo consagran como uno de los cánones rectores para determinar el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales. De manera específica, el artículo 2° del PIDESC establece lo siguiente:

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 de 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 [17] .

(Negrilla fuera de texto) A su vez, el texto constitucional colombiano consagra el principio de progresividad en el caso específico del derecho a la seguridad social. Textualmente, el artículo 48 superior establece lo siguiente:

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

En la medida en que el principio de progresividad proviene, en gran parte, de su consagración en el ordenamiento internacional, es preciso tener en cuenta el pronunciamiento que en la materia realizó el CDESC en su observación general número 3. En esa ocasión el Comité afirmó que la consagración del principio de progresividad en el Pacto pone en evidencia la dificultad fáctica más importante a la cual se enfrenta el propósito de brindar amparo a los derechos económicos, sociales y culturales; la cual acusa que su debida realización no es posible de manera inmediata. Al contrario, en la medida en que demanda las más variadas prestaciones a cargo del Estado, se requiere un lapso dentro del cual la organización estatal adecue su estructura al objetivo de ofrecer a estos derechos plena satisfacción. No obstante, su consagración, en opinión del Comité, no debe ser mal interpretada en el sentido de vaciar la obligación de amparo de los derechos económicos, sociales y culturales de contenido significativo.

En consecuencia, el principio de progresividad debe ser leído a la luz del propósito general que recorre la totalidad de las disposiciones que componen el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el cual se dirige al establecimiento de obligaciones ciertas en cabeza de los Estados para garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos por este tratado. De tal manera, de la lectura sistemática del Pacto se deduce una obligación consistente en el deber de actuar con prontitud para adelantar todas las actuaciones necesarias para alcanzar el objetivo que traza el tratado.

En este pronunciamiento el Comité hace especial hincapié en una obligación de contenido específico que brota del principio de progresividad, según la cual los Estados firmantes del tratado no pueden adoptar medidas que impliquen un retroceso en la senda de protección que haya avanzado el Estado para procurar el amparo de estos derechos [18] .

En este punto aflora un importante tema de reflexión, pues el principio de progresividad, que según abundante jurisprudencia de esta Corporación constituye el rasgo esencial de los derechos sociales [19] , parece sugerir que el único deber jurídico que impone a los Estados es el de no deshacer de manera injustificada el eventual desarrollo legislativo que haya sido ofrecido; lo cual se opondría al reconocimiento de un contenido intrínseco de estos derechos.

En contra de esta idea, en la misma observación general el Comité llama la atención sobre este punto con el objetivo de evitar cualquier interpretación que conduzca a tal conclusión. En tal sentido, en opinión del Comité, la firma del Pacto supone la aceptación de una "una obligación mínima de asegurar la satisfacción de por lo menos niveles esenciales de cada uno de los derechos (...) Si el Pacto se ha de interpretar de tal manera que no establezca una obligación mínima, carecería en gran medida de su razón de ser ".

En idéntico sentido al sugerido por el órgano internacional, en sentencia C-038 de 2004 la Sala Plena de esta Corporación señaló que el principio de progresividad se encuentra desprovisto de cualquier contenido meramente retórico, lo cual supone la inconducencia de su empleo como excusa para eludir o dilatar la obligación de realización de los derechos sociales. Al contrario, a juicio de la Corte, este principio supone el compromiso de iniciar de manera inmediata el proceso que conlleve a la realización plena de tales derechos, obligación que se suma al reconocimiento de “ unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas ” [20] .

Así, en virtud del principio de progresividad que gobierna el alcance del derecho a la seguridad social como derecho social, sobre el Estado pesa el deber de ampliar su espectro de protección y de limitar las restricciones eventuales que puedan alterar su contenido.

Sobre el particular, En sentencia C-038 de 2004, ya referenciada, la Corte se pronunció sobre el significado de este principio con el objetivo de señalar que una vez ha sido alcanzado un determinado nivel de protección de cierto derecho social -tal como ocurrió con la expedición de la Ley 100 de 1993 respecto del derecho a la seguridad social- su ocasional retroceso se revela problemático desde la perspectiva constitucional, puesto que si bien el Congreso de la República goza de un amplio margen de discrecionalidad sobre las materias cuyo desarrollo le corresponde; en cuanto al contenido de los derechos sociales surge una fuerte limitación consistente en que cualquier repliegue que disminuya la órbita de protección debe contar con suficiente apoyo argumentativo.

En la observación general número 19 anteriormente examinada, el Comité se pronunció a propósito de la adopción de este tipo de medidas por parte de los Estados con el objetivo de señalar lo siguiente: "

42. Existe una fuerte presunción de que la adopción de medidas regresivas con respecto a la seguridad social está prohibida de conformidad con el Pacto. Si se adoptan medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte la carga de la prueba de que estas medidas se han adoptado tras un examen minucioso de todas las alternativas posibles y de que están debidamente justificadas habida cuenta de todos los derechos previstos en el Pacto en el contexto del pleno

aprovechamiento del máximo de los recursos de que dispone el Estado En el mismo sentido, en sentencia C-1489 de 2000 esta Corporación señaló que sobre aquellas leyes que traigan consigo una disminución del ámbito de protección ya concedido a un derecho social pesa una presunción de inconstitucionalidad. Tal consideración sería ampliada más adelante en sentencia C-671 de 2002, providencia en la cual la Sala Plena de la Corte precisó lo siguiente:

"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".

Por tal motivo, la superación del examen de exequibilidad, además de suponer la aprobación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que dan forma al principio de proporcionalidad; debe acreditar la existencia de motivos imperiosos que hagan necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. Aunado a lo anterior, el juez de constitucionalidad debe considerar los lineamientos postulados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ya reseñados, contenidos en su observación general número 3.

Aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez Ahora bien, esta Corporación se ha pronunciado de manera específica a propósito del alcance del principio de progresividad en lo relativo a la pensión de invalidez, como contenido específico del derecho a la seguridad social. Para efectos de examinar esta línea jurisprudencial, es necesario llevar a cabo un examen previo de las disposiciones que regulan esta prestación: la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 establecía como condición para el reconocimiento del derecho pensional que al momento de producirse el estado de invalidez, el afiliado se encontrara vinculado al sistema de seguridad social y hubiese cotizado un mínimo de veintiséis (26) semanas. La disposición agregaba que en aquellos eventos en los cuales la persona hubiera dejado de cotizar al sistema, el requisito exigido consistía en haber realizado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas dentro del año anterior a la estructuración del estado de invalidez.

En sentencia C-125 de 2000, al realizar la revisión constitucional de esta disposición, la Sala Plena de esta Corporación resaltó que, en desarrollo de su amplia libertad de configuración, el Congreso de la República no había creado un régimen de transición que modulara su aplicación. Esta decisión, a juicio de la Corte, lejos de apartarse de los postulados constitucionales sobre protección al trabajo y la seguridad social, constituía una aplicación directa de aquellos, en la medida en que no se difería la solución de un asunto tan delicado como aquel que pretende aliviarse por medio de la creación de dicha prestación.

Ahora bien, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 fue objeto de modificación por medio del artículo 10 de la Ley 860 de 2003. En esta nueva versión la disposición explica que la estructuración del estado de invalidez puede ocurrir debido al acaecimiento de dos eventos:

enfermedad o accidente. No obstante, los requisitos que deben ser satisfechos son idénticos en ambos casos. Así, de acuerdo al nuevo texto, el reconocimiento del derecho pensional se encuentra condicionado a que (i) el beneficiario haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración del estado de invalidez. (ii) Adicionalmente, la disposición creó un nuevo requisito, consistente en la acreditación de lo que a partir de la modificación sería conocido como "fidelidad de cotización", figura que exige al beneficiario el cumplimiento de determinados períodos de permanencia y cotización al sistema. En este caso, quien ha padecido la pérdida de capacidad laboral debe demostrar una fidelidad superior al 20% del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en la cual se realizó la primera calificación del estado de invalidez.

En los dos parágrafos adicionales el Legislador reguló dos supuestos de hecho particulares. En primer término, precisó que los menores de veinte (20) años sólo deben acreditar la cotización de (26) semanas en el año inmediatamente anterior al hecho causante de la invalidez o su declaratoria. En segundo término, estableció que el beneficiario que hubiese cotizado un mínimo equivalente al 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo deberá demostrar la cotización de veinticinco (25) semanas dentro de los últimos tres (3) años En conclusión, de acuerdo a la modificación incorporada por medio de la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes se han hecho más estrictos debido a (i) la creación de una nueva exigencia -fidelidad de cotización al sistema- y (ii) al incremento de la intensidad del requisito previo -50 semanas de cotización dentro de los tres años anteriores a la discapacidad, en vez de 26 semanas en cualquier tiempo-.

Ahora bien, antes de avanzar en el examen de las providencias emitidas por las diferentes Salas de Revisión de esta Corporación a propósito de la aplicación in concreto de estos requisitos; es necesario indicar que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 –en el cual ha sido consignada la más reciente modificación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993- no ha sido objeto de control por parte de la Sala Plena de la Corte Constitucional. Por tal motivo, las sentencias de tutela que a continuación serán examinadas han empleado la excepción de inconstitucionalidad para lograr la aplicación del principio de favorabilidad, como instrumento útil a la aplicación directa del texto superior en las controversias específicas que han sido puestas en conocimiento de las Salas. En consecuencia, es preciso advertir de manera preliminar que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, si bien ha sido inaplicado en sede de tutela, en la actualidad se encuentra vigente toda vez que el Tribunal Constitucional no ha emitido una providencia en la cual se estudie de fondo el asunto de su corrección constitucional.

En sentencia T -221 de 2006 esta Corporación resolvió la solicitud de amparo de una persona de 73 años que padecía cáncer pulmonar. En esta oportunidad la Corte se pronunció de manera específica a propósito del requisito de fidelidad de cotización con el objetivo de señalar que la aplicación de tal exigencia hacía más gravoso el acceso a esta prestación a las personas de mayor edad, lo cual se oponía prima facie al mandato de protección de la tercera edad. En tal sentido, luego de realizar un examen estadístico de las implicaciones de esta nueva exigencia, concluyó que el requisito de fidelidad de cotización, en la medida en que sujeta su proporción a la edad del beneficiario del sistema que reclama la prestación, dificulta su acceso a la tercera edad, pues una persona de 70 años deberá acreditar una cotización de al menos 520 semanas, mientras que este requisito se hace más laxo en la medida en que el rango de edad desciende [21] .

En esa ocasión, al realizar un examen de los antecedentes que precedieron la adopción de la Ley 860 de 2003 la Corte concluyó que la creación del requisito de fidelidad obedeció al designio de promover una "cultura de afiliación"

y, en segundo término, de aminorar el número de fraudes al sistema de seguridad social. Estos fines, si bien no se oponen al texto constitucional, deben ser examinados por el juez de tutela a la luz de las implicaciones que se siguen de su aplicación en el caso concreto. De acuerdo a lo anterior, la Corte concluyó que la norma resultaba desproporcionada, en la medida en que hacía más difícil el acceso a la prestación a un sector poblacional que, precisamente, merece especial consideración: las personas que pertenecen, o se encuentran a punto de ingresar, a la categoría de la tercera edad.

Como ya ha sido señalado en esta providencia, la justificación sobre la cual debe descansar este tipo de medidas está llamada a satisfacer con suficiencia una particular carga de argumentación que permita desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que se cierne sobre ellas. En la sentencia en comento la Corte realizó dicho análisis, el cual llevó a concluir que dicho apoyo argumentativo se echaba de menos, por lo cual en esa ocasión empleó la excepción de inconstitucionalidad para inaplicar la Ley 860 de 2003 [22] .

El asunto se revela problemático al realizar un análisis comparativo de las disposiciones objeto de revisión -artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y el artículo 10 de la Ley 860 de 2003- pues, si bien los fines a cuya

consecución se orienta la modificación legislativa son legítimos, se crea una compleja situación que llama la atención del juez de tutela, dado que los usuarios del sistema que venían cotizando al sistema y, según la primera redacción de la disposición, tendrían acceso a disfrutar de la pensión de invalidez; debido a la expedición de una nueva ley se ven alejados de la posibilidad de gozar de dicha prestación.

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

Ahora bien, en idéntico sentido al señalado hasta ahora, en sentencia T-1291 de 2005 esta Corporación resolvió la solicitud de amparo presentada por una madre cabeza de familia quien, debido a la ocurrencia de un accidente, padecía una incapacidad que ascendía al porcentaje de 69.05%. La petición de reconocimiento de la pensión de invalidez había sido negada por la respectiva administradora de pensiones debido a que la ciudadana no cumplía la totalidad de los requisitos contemplados en el artículo 10 de la Ley 860 de 2003.

En dicha oportunidad la Corte señaló que si bien la decisión adoptada por la entidad demandada se ajustaba formalmente al texto de la Ley, se revelaba contraria al texto constitucional y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social;

razón por la cual aplicó la excepción de inconstitucionalidad, lo cual dio paso al empleo de la regulación previa a la Ley 860 de 2003. Textualmente, la Corte precisó lo siguiente:

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 Ríos 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 Politica y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social [23] .

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

En sentencia T-043 de 2007 esta Corporación realizó un prolijo análisis de la materia que ahora ocupa a esta Sala el cual concluyó que la infracción del principio de progresividad se presentaba en la medida en que los nuevos requisitos incorporados por la Ley 860 de 2003 "(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".

Para terminar, señaló que en estos eventos la Corte Constitucional ha establecido como exigencia de procedibilidad de la pretensión de amparo la existencia de un perjuicio irremediable, el cual se materializa en la afectación concreta del

derecho fundamental al mínimo vital del accionante.

A la luz de las consideraciones precedentes, procede esta Sala de Revisión a solucionar la pretensión de amparo por la cual fue promovido el proceso de tutela del cual ahora se ocupa.

SOLUCIÓN A LOS CASOS CONCRETOS Expediente T- 1.852.626 Mediante apoderado judicial, la Ciudadana Angélica Dussan Cuellar interpuso acción de tutela solicitando amparo judicial de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital de su compañero permanente, David Gerardo Fernández Fuentes. Tales garantías habrían sido infringidas por parte de Porvenir, Fondo de Pensiones y Cesantías, al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes requerida con fundamento en la pérdida de capacidad laboral del 58.35%, dictaminada por el Grupo interdisciplinario de Calificación de Pérdida de la Capacidad Laboral y Origen de Seguros de Vida Alfa S. A.

El argumento por el cual la entidad demandada se opuso a dicho reconocimiento consistió en que la solicitud interpuesta por el Ciudadano no se ajustaba a los requisitos consignados en el artículo 10 de la Ley 860 de 2003, disposición que establece, además del requisito de fidelidad de cotización al sistema, como condición para la obtención de la pensión de invalidez, un tiempo mínimo de cotización de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Los Juzgados de instancia negaron la solicitud de amparo por cuanto coincidieron en estimar que el principio de subsidiariedad obstaculizaba la prosperidad de la acción, toda vez que este tipo de reclamaciones debían ser debatidas ante el juez natural, que en el caso concreto se encuentra en la jurisdicción laboral ordinaria.

Sobre el particular, la Sala Octava de Revisión observa que, si bien la premisa de la cual parte la decisión adoptada en las instancias objeto de revisión resulta valedera, toda vez que sin lugar a dudas el principio de subsidiariedad recoge una exigencia de raigambre constitucional; la conclusión, en el caso concreto, se revela por completo desproporcionada en la medida en que no tiene en cuenta el estatus de los derechos fundamentales comprometidos y desconoce por completo la condición de sujeto de especial protección que rodea al accionante, dada su condición de discapacitado.

En tal sentido, la Sala encuentra probado que la reclamación de amparo del derecho fundamental a la seguridad social interpuesta, no sólo involucra de manera directa esta garantía sino a su vez el derecho fundamental al mínimo vital, pues de acuerdo a la severidad de la incapacidad laboral padecida -la cual asciende a un porcentaje del 58.35%- el accionante no cuenta con los medios requeridos para laborar y, en tal sentido, de procurarse el capital requerido para garantizar su subsistencia.

Adicionalmente, como fue puesto de presente en el escrito de demanda, el núcleo familiar del accionante se compone de un menor de edad y la compañera permanente del accionante, quien dada la gravedad del estado de salud del señor Fernández Suárez se ha dedicado a ofrecerle los cuidados requeridos y no cuenta con una provisión permanente de recursos económicos Aunado a lo anterior, las providencias objeto de revisión desconocen por completo el estatuto de la protección privilegiada que ofrece el artículo 13 superior a los sujetos de especial protección. En esta dirección, la Sala encuentra que la imposición de la carga que supone el principio de subsidiariedad a un discapacitado, debe contar con un consistente respaldo argumentativo que se echa de menos en las decisiones de instancia, toda vez que en éstas las autoridades judiciales se limitaron a la constatación de la existencia de un mecanismo dentro de la jurisdicción laboral para desestimar la pretensión de amparo. En este evento, la actuación que se impone al juez de tutela por el aludido artículo 13 consiste en justificar las razones por las cuales un sujeto de especial protección que se encuentra completamente marginado de la posibilidad de participar en el tráfico laboral y sufre graves quebrantos de salud, ha de acudir en pie de igualdad -en comparación con las pretensiones ordinarias que por esta vía se resuelven- a la jurisdicción laboral para que por este dilatado procedimiento judicial se resuelva su pretensión, sin prestar atención al demostrado perjuicio irremediable que se cierne sobre sus derechos fundamentales.

Cumplidos en estos términos los requisitos de procedibilidad de la acción, procede la Sala a examinar los criterios restantes para establecer la procedencia de la reclamación de amparo del derecho fundamental a la seguridad, de acuerdo a los parámetros establecidos en la parte considerativa de esta providencia.

(i) En primer lugar, observa la Corte que la controversia propuesta trae consigo un problema de relevancia constitucional, no sólo en atención al punto relacionado con el deber de asegurar la protección reforzada que establece la Constitución Nacional a favor de un sujeto de especial protección, sino en consideración a la aplicación del principio de progresividad a las restricciones de acceso a la pensión de sobrevivientes creadas por la Ley 860 de 2003. (ii) En segundo término, como ha sido indicado en el presente acápite, el panorama probatorio que rodea la pretensión de amparo se encuentra por completo esclarecido. (iii) Para terminar, según acaba de señalarse, las particulares condiciones de desprotección en las que se encuentra el accionante, las cuales apuntan a su efectivo reconocimiento como sujeto de especial protección, hacen evidente que en el caso concreto las acciones judiciales propias de la jurisdicción laboral, debido a la dilación de su procedimiento, no constituyen un instrumento efectivo para la garantía del derecho a la seguridad social como instrumento de materialización de la dignidad humana.

Ahora bien, en cuanto a la aplicación del principio de progresividad a las disposiciones de la Ley 860 de 2003 que establecen requisitos más rigurosos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, la Sala de Revisión dará aplicación a los precedentes señalados en esta providencia y, en consecuencia ordenará a la entidad demandada emitir un nuevo pronunciamiento sobre dicha petición, en la cual deberá resolver la petición de reconocimiento de la pensión de invalidez dando aplicación a la excepción de inconstitucionalidad establecida en el artículo 4° superior, para así resolver la solicitud con fundamento en lo dispuesto en la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Sobre este punto vale resaltar que el Ciudadano registra 38.5 semanas de cotización anteriores a la estructuración del estado de invalidez -según información proveída por la entidad demandada en el escrito del 22 de agosto de 2007, oportunidad en la cual Porvenir resolvió la solicitud interpuesta [24] - cifra a la cual deben sumarse las semanas que el accionante cotizó durante su afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las cuales fueron cotizadas con posterioridad al acaecimiento de la pérdida de capacidad laboral.

Así las cosas, la Sala observa que en el caso concreto se ha presentado una vulneración del derecho fundamental a la seguridad social del Ciudadano David Gerardo Fernández Fuentes por cuanto se dio aplicación a una disposición que resulta contraria al mandato de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Por consiguiente, en atención a que este tipo de medidas se presumen inconstitucionales y al exiguo valor de la justificación encontrada dentro de los antecedentes de la Ley 860 de 2003 en lo atinente a esta limitación al acceso a la pensión de invalidez; la Corte revocará las decisiones de instancia y concederá amparo al derecho fundamental a la seguridad social del accionante.

Para terminar, es preciso anotar que con, posterioridad a la fecha de reunión de la Sala de Revisión, el día 14 de julio de 2008 fue radicado un documento ante la Secretaría General de esta Corporación en el cual la señora Angélica Dussan Cuellar eleva la siguiente petición : “ Solicito a ustedes, respetuosamente, que por medio de su despacho no se revise la acción de tutela de la referencia (…) toda vez que la entidad FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR, ya reconoció y pago (Sic) la pensión de invalidez de mi esposo ” [25] .

En atención a que la petición interpuesta por la Ciudadana fue presentada una vez la Sala de Revisión ya había decidido la acción de tutela de la referencia, razón por la cual la pretensión fue elevada de manera extemporánea, la Corte ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. que, en el término de 48 horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión

original, y proceda a reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor del Ciudadano David Gerardo Fernández Fuentes desde la fecha en que el accionante solicitó su reconocimiento.

Expediente T-1.911.331 El señor Arnulfo Torres Gaitán promovió acción de tutela contra las entidades Santander, Fondo de Pensiones y Cesantías S. A.

y Famisanar, Empresa Promotora de Salud, por la supuesta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social en la cual habrían incurrido al oponerse a la cancelación de determinadas incapacidades laborales y al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, dada la pérdida de capacidad laboral del 64.68% dictaminada al accionante por la Compañía de Seguros Bolívar.

Como fue indicado en el acápite de antecedentes de la presente providencia, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Melgar, Tolima, concedió amparo a los derechos fundamentales del accionante en la medida en que, dando aplicación a los precedentes reiterados en esta oportunidad por la Sala Octava de Revisión, encontró acreditada la vulneración de la garantía iusfundamental a la seguridad social del peticionario, ocurrida debido a la aplicación de una norma que limita el acceso a la pensión de invalidez, la cual no cuenta con el requerido sustento argumentativo a favor de este tipo de normas regresivas.

Una vez las entidades demandadas interpusieron el recurso de impugnación, la autoridad judicial de segunda instancia resolvió revocar la sentencia emitida por el a quo por cuanto se habría configurado la carencia actual de objeto debido al fallecimiento del señor Torres Gaitán durante el trámite de la apelación.

Sobre el particular, en sentencia T-972 de 2006, esta Corporación señaló lo siguiente: “[E] s claro que si la acción de tutela tiene por objeto la protección efectiva de los derechos fundamentales conculcados o amenazados, la desaparición de los supuestos de hecho en los cuales se fundó la acción -por cesación de la conducta violatoria, por haber dejado de tener vigencia o aplicación el acto en el que consistía el desconocimiento del derecho, o por haberse realizado el acto cuya ausencia representaba la vulneración del mismo- o la muerte del accionante cuando la orden solicitada tuviera directa relación con la defensa del derecho a la vida y los derechos a él conexos , hace que se diluya el motivo constitucional en que se basaba la petición elevada conforme a las prescripciones del artículo 86 de la Constitución Nacional y disposiciones reglamentarias.

El fenómeno descrito tiene lugar , entonces, cuando el cambio de circunstancias sobreviene antes de dictarse el fallo de primer grado o antes de proferirse el de segundo o la revisión eventual por parte de la Corte Constitucional [26] y, en realidad, ningún objeto tiene en tales casos la determinación judicial de impartir una orden, pues en el evento de adoptarse ésta, caería en el vacío por sustracción de materia [27] ” (Énfasis fuera de texto).

De acuerdo a la anterior consideración, la Sala de Revisión estima que en el caso concreto la emisión de una providencia judicial en la cual se conceda amparo a los derechos fundamentales del señor Torres Gaitán resultaría inocua en la medida en que el titular de estas garantías ha fallecido. Por consiguiente, la decisión judicial no concedería en forma alguna un amparo efectivo en cuanto a las garantías del Ciudadano.

Empero, al consultar el escrito de demanda, la Sala encuentra que la infracción atribuida a las entidades demandadas no sólo produjo una afectación concreta que lesionó la situación del accionante, sino que ésta se extendió a los miembros de su núcleo familiar. Sobre el particular, se encuentra la siguiente alusión: “ Señor Juez se busca que se me de un trato igual que cualquier otro ciudadano colombiano, se me proteja de la violación de la cual he venido siendo objeto y creando un gran problema a mi y a mi familia , ya que es imposible, que los que me han otorgado crédito para comer sigan otorgando el mismo, por el contrario se me han cerrado todas las puertas ” [28] . A continuación, relató el accionante: “ es tal la situación que he llegado al extremo de no tener qué darle a mi familia , y no tener para mi subsistencia ” (énfasis fuera de texto).

De acuerdo a dicha manifestación –la cual se presume verídica de acuerdo a lo prescrito en el artículo 83 del texto constitucional- la Sala encuentra acreditado que la aludida vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social no sólo lesionó al señor Torres Gaitán, sino que, adicionalmente, afectó de manera sensible a los miembros de su núcleo familiar, en la medida en que, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia, el accionante tenía derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual habría solucionado la difícil situación económica a la cual se encuentra sometida su familia debido a la ausencia de recursos económicos para asumir los costos de subsistencia del mencionado grupo.

En tal sentido, si al momento de resolver la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez interpuesta ante el Fondo Santander, éste hubiese aplicado la excepción de inconstitucionalidad en los términos descritos en esta sentencia; al presentarse la muerte del señor Torres Gaitán sus causahabientes hubieran podido reclamar de manera directa el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, según lo dispone el inciso 1° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003; norma que establece lo siguiente: “ El artículo 46 de la ley 100 de 1993 quedará así: / Artículo 4. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: / 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca (…)”.

No obstante, en esta oportunidad la Sala de Revisión carece de competencia para enmendar esta vulneración de derechos fundamentales en atención a que dicha controversia jurídica involucra a sujetos diferentes –esto es, a los miembros del núcleo familiar del fallecido accionante- y a que, según ha sido establecido por la Ley 717 de 2001, las entidades correspondientes cuentan con un término de dos meses para decidir las solicitudes relacionadas con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes;

término que no ha sido concedido al Fondo Santander para resolver la eventual petición de sustitución pensional. Así las cosas, para efectos de solucionar la actual controversia en la cual participan elementos como la acreditada vulneración de los derechos fundamentales del señor Torres Gaitán, la cual no pudo ser enmendada por vía de tutela debido a su fallecimiento, y la imposibilidad de resolver en sede de revisión una situación sustancialmente diferente a aquella propuesta en el escrito de demanda; la Sala Octava de Revisión conminará a las entidades demandadas a abstenerse en el futuro de cometer infracciones a garantías iusfundamentales durante el trámite de reconocimiento de pensiones de invalidez y, adicionalmente, advertirá a los miembros del grupo familiar del causante la posibilidad de reclamar de manera eventual el pago de las incapacidades adeudadas y la pensión de sobrevivientes, procedimiento dentro del cual habrá de tenerse en cuenta el contenido de la presente providencia y que habrá de ser decidido con la celeridad ordenada por la Ley 717 de 2001 y las demás normas pertinentes.

Para terminar, es preciso señalar que de presentarse una nueva vulneración de derechos fundamentales durante el trámite de cancelación de incapacidades y de reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, los miembros del núcleo familiar del fallecido accionante podrán iniciar una nueva acción de tutela para reclamar amparo judicial, en cuyo caso no habrá temeridad respecto a los hechos que han sido considerados en esta decisión judicial.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución, RESUELVE PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos por los Juzgados Octavo Penal Municipal y Veintinueve Penal del Circuito de Bogotá. En consecuencia, CONCEDER amparo al derecho fundamental a la seguridad social del Ciudadano David Gerardo Fernández Fuentes.

SEGUNDO.- ORDENAR al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S. A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, si aún no lo ha hecho, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y proceda a reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor del

Ciudadano David Gerardo Fernández Fuentes desde la fecha en que el accionante solicitó su reconocimiento. La norma a aplicar establece textualmente 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"

SEGUNDO.- CONFIRMAR PARCIALMENTE el fallo proferido por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Melgar, Tolima, dentro de la acción de tutela promovida por Arnulfo Torres Gaitán contra Santander, Fondo de Pensiones y Cesantías S. A. y Famisanar Empresa Promotora de Salud; por las razones expuestas en esta providencia.

TERCERO.- CONMINAR a la entidad Santander, Fondo de Pensiones y Cesantías S. A. a abstenerse en el futuro de cometer infracciones a garantías iusfundamentales durante el trámite de reconocimiento de pensiones de invalidez, so pena de incurrir en las correspondientes sanciones administrativas y penales establecidas por la ley.

CUARTO.- ADVERTIR a los miembros del grupo familiar del señor Arnulfo Torres Gaitán la posibilidad de reclamar de manera eventual el pago de las incapacidades adeudadas y la pensión de sobrevivientes, procedimiento dentro del cual habrá de tenerse en cuenta el contenido de la presente providencia y que habrá de ser decidido con la celeridad ordenada por la Ley 717 de 2001 y las demás normas pertinentes.

QUINTO.- ADVERTIR a las entidades Santander, Fondo de Pensiones y Cesantías S. A. y Famisanar, Empresa Promotora de Salud; que la eventual reclamación presentada por los miembros del grupo familiar del señor Arnulfo Torres Gaitán relacionada con el anterior numeral, deberá ser decidida atendiendo el contenido de la presente providencia y habrá de ser resuelta con la celeridad ordenada por la Ley 717 de 2001 y las demás normas pertinentes.

SEXTO.- Por Secretaría General de esta Corporación líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991. Notifiquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado Ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Magistrada JAIME ARAÚJO RENTERÍA Magistrado MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO Secretaria General [1] Folio 9, cuaderno 2 [2] Folio 10, cuaderno 2 [3] Folio 38, cuaderno 2 [4] Folio 37, cuaderno 2 [5] Folio 39, cuaderno 2 [6] Folio 27, cuaderno 2 [7] Sentencias C-514 de 1992, C-735 de 2000, C-623 de 2004, C-111 de 2006, T-596 de 2006, C-125 de 2000, C-835 de 2003, C-516 de 2004, SU480 de 1997, entre otras [8] Según fue establecido en sentencia C-623 de 2004, la seguridad social, no sólo debido a las disposiciones superiores que así lo precisan sino a su naturaleza conceptual, es un servicio público en la medida en que se ajusta a los linderos que el derecho administrativo y el derecho constitucional han trazado para deducir tal característica de determinadas actividades desarrolladas por el Estado. En tal sentido, la seguridad social se ciñe a los lineamientos que han servido como parámetro definitivo de los servicios públicos, tal como se explica a continuación: (i) En primer término, constituye una actividad dirigida a la satisfacción de necesidades de carácter general, la cual se realiza de manera continua y obligatoria; (ii) en segundo lugar, dicha labor se presta de acuerdo a disposiciones de derecho público; (iii) para terminar, es una actividad que corre a cargo del Estado, el cual puede prestar el servicio directamente o por medio de concesionarios, administradores delegados o personas privadas.

[9] Por consiguiente, en aras de determinar la extensión del derecho a la seguridad social, es preciso remitirse a las siguientes disposiciones del orden internacional: artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 11, numeral 1, literal e de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, entre otros.

[10] 39° período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [11] De manera textual el Comité señaló lo siguiente: " El derecho a la seguridad social es de importancia fundamental para garantizar a todas las personas su dignidad humana cuando hacen frente a circunstancias que les privan de su capacidad para ejercer plenamente los derechos reconocidos en el Pacto " [12] Al respecto, consultar la sentencia SU-225 de 1998 [13] Observación general número 19 [14] Sobre el particular, en sentencia T-468 de 2007, la Corte Constitucional señaló: " una vez ha sido provista la estructura básica sobre la cual ha de descansar el sistema de seguridad social, lo cual, además de los elementos ya anotados -prestaciones y autoridades responsables-; a su vez supone el establecimiento de una ecuación constante de recursos en la cual están llamados a participar los beneficiarios del sistema y el Estado como último responsable de su efectiva prestación; la seguridad social adquiere el carácter de derecho fundamental, lo cual hace procedente su exigibilidad por vía de tutela " [15] Al respecto, sentencia T-335 de 2000: " La definición de asuntos meramente legales o reglamentarios que no tengan una relación directa con los derechos fundamentales de las partes o que no revistan un interés constitucional claro, no puede ser planteada ante la jurisdicción constitucional " [16] Sentencias T-079 de 1995, T-638 de 1996, T-373 de 1998, T-335 de 2000 [17] Por su parte, en su artículo 26 la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el mismo principio en el ámbito interamericano: " Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura , contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados " (Negrilla fuera de texto). A su vez, el Protocolo de San Salvador, que adiciona la Convención Americana en lo relativo a la protección de los derechos económicos, sociales y culturales, establece lo siguiente: " Los Estados partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos se comprometen a adoptar las medidas necesarias tanto de orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, especialmente económica y técnica, hasta el máximo de los recursos disponibles y tomando en cuenta su grado de desarrollo, a fin de lograr progresivamente, y de conformidad con la legislación interna, la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo ".

[18] Las medidas que sean adoptadas en tal sentido deberán estar plenamente justificadas, lo cual implica que el Estado debe considerar como marco de referencia los siguientes parámetros: (i) el panorama que surge de la consideración de la totalidad de derechos consagrados en el Pacto Internacional y, en segundo lugar, (ii) el deber de aprovechamiento pleno del máximo de recursos con los que cuenta la organización estatal [19] Sentencias C-896 de 2006, C-177 de 2005, C-791 de 2002, T-594 de 2006, entre otras [20] En el mismo sentido, sentencia C-251 de 1997 [21] Sentencia T-221 de 2006: " 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 (…) " 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 ".

[22] A juicio de la Sala, tal deficiencia argumentativa se hacía evidente al consultar la justificación del texto legislativo contenida en la exposición de motivos, en el cual se consignó el extracto que a continuación se trascribe:

"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, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es el 20% de cotización durante el mismo periodo.

Al requerirse más semanas, cuando se tiene mayor edad, se impone la cultura de la afiliación a la seguridad social y se controlan los fraudes. Cuando un afiliado haya cotizado 20 años o mil semanas, la cobertura del seguro se mantiene en forma vitalicia, así haya dejado de cotizar por un tiempo prolongado ” (Negrilla fuera de texto).

Congreso de la República, Gaceta del Congreso número 593, página 10. [23] “ En la sentencia de tutela T-974 de 2005 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”.

Cita contenida en la providencia [24] Folio 10, cuaderno 2 [25] Folio 14, cuaderno 1. [26] Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia T-033 de 1994.

[27] Corte constitucional. Sentencia T-143 de 1994. [28] Folio 39, cuaderno 2

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.