

CONCEPTO 11685 DE 2008

(septiembre 22)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá D. C.

PARA: Doctor JUAN CARLOS SEPÚLVEDA MONTOYA

Director Jurídico ISS – Seccional Risaralda

DE: Dirección Jurídica Nacional - Unidad de Seguros.

ASUNTO: Consulta - Aplicación Ley [100](#) de 1993 Pensión de Invalidez

Respetado Doctor

Acuso recibo del comunicado remitido vía correo electrónico el 15 de septiembre de 2008, en el cual solicita instrucciones con relación a los casos en los que mediante tutela se ordena al ISS al reconocimiento de la pensión de invalidez en los términos del artículo [39](#) de la Ley 100 de 1993 en su redacción original y no según el artículo [1°](#) de la Ley 860 de 2003 cuando la invalidez se estructuró en vigencia de esta última norma.

Al respecto, esta Dirección considera:

Siguiendo la máxima legal contenida en el artículo [16](#) del Código Sustantivo del Trabajo que se refiere a la aplicación general e inmediata de las leyes sociales, sea lo primero recordar que en tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivientes, la norma aplicable es aquella que se encuentre vigente a la estructuración de la invalidez o la ocurrencia de la muerte según el caso.

En esa medida, si la estructuración de la invalidez acaece en vigencia del Sistema General de Pensiones contenido en la ley [100](#) de 1993, es decir, entre el 1° de abril de 1994 y hasta el 15 de julio de 2003, la norma aplicable para el efecto es el artículo [39](#) ejusdem en su redacción original⁽¹⁾.

Así mismo, si la invalidez se estructuró entre el 16 de julio de 2003 y hasta la fecha, la norma aplicable será el artículo [1°](#) de la ley 860 de 2003⁽²⁾ modificadorio del artículo [39](#) de la Ley 100 de 1993.

Como se advierte de lo anterior, no se evidencia duda sobre el régimen jurídico aplicable a la pensión de invalidez teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la misma, lo que descarta de plano la posibilidad para invocar el principio de favorabilidad de las leyes sociales⁽³⁾.

En efecto, en los casos en los que una misma situación jurídica se halla regulada en distintas fuentes formales del derecho vigentes (ley, costumbre, convención colectiva, etc), o en una misma, si bien es un deber constitucional y legal del operador jurídico quien ha de aplicar o interpretar las normas escoger aquella que resulte más beneficiosa al trabajador, la duda razonable surge de la confrontación de fuentes formales de derecho vigentes y no respecto de una

norma vigente y una derogada como es el caso del artículo [1º](#) de la Ley 860 de 2003 que al modificar orgánicamente el artículo [39](#) de la Ley 100 de 1993, derogó íntegramente su contenido original.

Ahora bien, recientemente la Corte Constitucional ha ordenado a través de reiterados fallos de tutela⁽⁴⁾ la inaplicación del artículo [1º](#) de la ley 860 de 2003 para pensiones de invalidez cuya estructuración se haya materializado en vigencia de dicha norma, bajo las consideraciones que a continuación se transcriben:

“(…)” “De la comparación de la Ley [100](#) de 1993 y su modificación, la Ley [860](#) de 2003, se obtiene que ésta última establece, como anteriormente se expresó, una serie de requisitos más estrictos para acceder a la pensión de invalidez. En efecto, la modificación elevó el número de semanas cotizadas que en la ley [100](#) original era de 26 semanas en cualquier tiempo para afiliados y para los no afiliados 26 en el año inmediatamente anterior al de la invalidez. Por el contrario, la nueva ley exige haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Además, el nuevo régimen eliminó la hipótesis de la no afiliación, por lo tanto, quién pretende acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez no sólo debe encontrarse afiliado sino que también debe acreditar una fidelidad de afiliación al sistema del 20% contabilizado a partir de que el peticionario cumple 20 años hasta el momento de la estructuración de la invalidez. Por lo tanto, se constata que la Ley [860](#) de 2003 al incrementar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en relación con la legislación anterior, Ley [100](#) de 1993, restringe el acceso a la pensión de invalidez por cuanto hace más exigentes sus requisitos de reconocimiento, siendo entonces una medida de carácter regresivo”.

“(…) 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”.

“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”.

Sin desconocer las argumentaciones del máximo Tribunal que eventualmente puedan tener relevancia constitucional en materia de la protección de derechos fundamentales, se advierte que las mismas fueron proferidas y reiteradas en fallos de amparo que como es de conocimiento jurídico, constituyen apenas un criterio auxiliar de la interpretación judicial y por ende no son vinculantes al operador jurídico por vía de doctrina constitucional, pues como bien lo afirma la propia Corte Constitucional, “las interpretaciones de la Corte constituyen para el fallador valiosa pauta auxiliar, **pero en modo alguno criterio obligatorio**, en armonía con lo establecido por el artículo [230](#) Superior”.⁽⁵⁾

Tampoco constituyen doctrina probable⁽⁶⁾ por tratarse de sentencias proferidas en acciones de tutela, dado que es claro que este criterio auxiliar de interpretación se predica de las decisiones tomadas por la Corte Suprema de Justicia en sede de casación, que igual que sucede con la doctrina constitucional, tampoco es de obligatorio acatamiento para el operador jurídico.

Conviene recordar además que las sentencias de tutela tienen efecto inter partes de manera que la decisión adoptada en dichos pronunciamientos solo afecta a quienes incoaron la misma, sin que pueda hacerse extensivo a terceros, por analogía o por interpretación extensiva, en esa medida, mientras el artículo [1º](#) de la ley 860 de 2003 no haya sido declarado inexecutable mediante sentencia de constitucionalidad con efectos erga omnes, su contenido normativo goza de total vigencia y ejecutabilidad.

Al respecto la H. Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: “Generalmente, los efectos de las providencias de la Corte Constitucional son diversos en cada tipo de control constitucional. **Usualmente, los efectos son erga omnes y pro - futuro cuando controla normas en abstracto; son inter partes cuando decide sobre una tutela;** son inter partes cuando aplica de manera preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son erga omnes cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana⁽⁷⁾”. Destacado nuestro.

Así las cosas, dado que el funcionario público es responsable de cumplir estrictamente lo establecido en la Constitución y la Ley, y mientras la norma en comento no haya sido derogada por norma posterior general o declarada inexecutable por la Corte Constitucional, considera esta Dirección que el artículo [1º](#) de la Ley 860 de 2003 modificatorio del artículo [39](#) de la Ley 100 de 1993 se deberá seguir aplicando en su integridad para las solicitudes de pensión de invalidez cuya estructuración sea posterior al 16 de julio de 2003 fecha de vigencia de la comentada Ley.

Finalmente y tratándose de la herramienta de que trata el artículo [20](#) de la Ley 797 de 2003, esta Dirección ya se ha pronunciado en oportunidades anteriores en el sentido de indicar que la revisión de fallos no procede cuando emanan de acciones de tutela sino que únicamente es viable con respecto a decisiones pensionales emanadas de la justicia ordinaria o contenciosa administrativa⁽⁸⁾ por expresa disposición legal, en tanto dicha norma carece de una reglamentación que permita establecer cuál es el órgano límite que le compete conocer de este recurso extraordinario en materia de tutela.

Si en gracia de discusión las sentencias objeto de la revisión, cumplieran el lleno de los requisitos establecidos en el artículo [20](#) de la Ley 797 de 2003, en estos casos el ISS no sería el legitimado en la causa por activa para incoar directamente el recurso extraordinario de revisión

ante las Altas Cortes, dado que, como lo establece el tenor literal de la disposición referida y lo precisa la H. Corte Constitucional en sentencia C-[835](#) de 2003, “(...) el pedimento de revisión **debe hacerlo el correspondiente dignatario público** a través de una demanda, esto es, observando las formalidades y requisitos previstos en los prenotados estatutos para el recurso extraordinario de revisión (...)”, es decir, por conducto necesario y restrictivo del Ministro de Protección Social, del Ministro de Hacienda y Crédito Público, del Contralor General de la República o del Procurador General de la Nación.

En los anteriores términos se espera haber absuelto su inquietud.

Cordialmente

SERGIO HERNANDO COLMENARES PORRAS

Director Jurídico Nacional

Con copia:

-Dr. Edgar Mauricio parra Bonilla. Jefe Unidad de Procesos.

RAMG/odpm

Rad. P-199

17/IX/08

Pensión Invalidez Inaplicación Ley [860](#) de 2003

NOTAS AL FINAL

1. Art. [39](#). Requisitos para obtener la pensión de invalidez. “Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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

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

“Para efectos del cómputo de semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo [33](#) de la presente ley”.

2. “(...)” Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:”

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

“ 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los

últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”.

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

“PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

3. V. Art. 53 Constitución Política y Art. [21](#) Código Sustantivo del Trabajo

4. Sentencia arquimédica T-[043](#) de 2007 reiterada en las siguientes: T-[580](#)/07, T-[641](#)/07, T-[1072](#)/07, T-[080](#)/08, T-[104](#)/08 y T-[110](#)/08

5. V. Sentencia C-[083](#) de 1995

6. Art. 10. Ley 153 de 1887. “Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.

7. V. Tesis en sentencia C-018 de 1993 reiterada entre otras en sentencias SU-519 de 1997, T-409 de 1998, T-1179 de 2000, C-739 de 2001.

8. V. DJN-US 20668 de 22 de diciembre de 2004 y DJN-US 11613 del 22 de agosto de 2006



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

