

Expedientes T- 1.997.982 y T- 1.996.229

Sentencia T-1213/08

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Alcance

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental autónomo

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL-Aplicación

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL-Consagración constitucional e internacional

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 PIDESC 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.

DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Retroceso contradice mandato de progresividad/DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES-Prohibición prima facie de retrocesos

PENSION DE INVALIDEZ-Ley 860 de 2003 estableció requisitos más exigentes que los que previó la ley 100 de 1993, restringiendo así el acceso a dicha prestación y convirtiéndose en una

medida regresiva

PENSION DE INVALIDEZ-Línea jurisprudencial orientadas a su reconocimiento mediante la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993

PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento con base en régimen consagrado en artículo 39 de Ley 100/93

Referencia: expedientes acumulados T-1.996.229 y T-1.997.982

Acciones de tutela instauradas por Marcial Paz Balanta contra el Instituto de Seguros Sociales; y Roger de Jesús Londoño Araque contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

Bogotá D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández y los Magistrados Jaime Araujo Rentería 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 9º 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, dictados por:

Expedientes T- 1.996.229 (actor: Roger de Jesús Londoño Araque)

El Juzgado Catorce laboral del Circuito de Medellín, del dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008), que actuó en única instancia.

Expedientes T-1.997.982(actor: Marcial Paz Balanta)

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira – Valle, del nueve (9) de abril de dos mil ocho, que actuó en única instancia.

De manera preliminar, es preciso anotar que, mediante auto veintidós (22) de agosto de dos mil ocho (2008), la Sala de Selección Número Ocho, dispuso acumular los expedientes T-1.997.982 y T- 1.996.229, por presentar unidad de materia para que fuesen fallados en una sola sentencia.

## I. ANTECEDENTES

### 1.1.- Expediente T- 1.996.229

El ciudadano Roger de Jesús Londoño Araque, actuado por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales debido a la ocurrencia de los hechos que a continuación resume la Sala de Revisión:

1.- Manifiesta el accionante que el día 7 de septiembre de 2007 presentó petición ante el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, con el propósito de reclamar su pensión de invalidez,

al considerar que cumplía con los requisitos legales para acceder a ella.

2.- Señala que a partir del dictamen expedido por medicina laboral del Instituto de Seguros Sociales el 14 de agosto de 2007, con base en el decreto 917 de 28 de Mayo de 1999 y la Ley 962 del 8 de julio de 2005, se estableció que tenía una pérdida de capacidad labora del 57.60% (cincuenta y siete punto sesenta por ciento), estructurada desde el 13 de julio de 2007.

3.- Indica que, de acuerdo con su registro civil de nacimiento, cuya copia reposa en el expediente radicado ante el Instituto de Seguros Sociales, el accionante nació el 11 de marzo de 1946, es decir, el día de la primera calificación de invalidez tenía la edad de 61 años, hecho que también encuentra sustento probatorio en la copia de su cédula de ciudadanía que el actor igualmente anexa al proceso.

4.- El accionante afirma que, al momento de la primera calificación había cotizado por medio de Prosperar, 259 semanas, cifra que según el señor Londoño Araque se ha incrementado a la fecha, pues ha seguido cotizando ininterrumpidamente.

5.- Manifiesta el demandante que, en los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez cotizó 154 semanas.

6.- Así mismo, el accionante pone de presente que, a pesar de lo anterior, por medio de la Resolución 034044 de 31 de Diciembre de 2007 el Instituto de Seguros Sociales le negó el derecho a su pensión de invalidez bajo el argumento que el señor Londoño Araque sólo acreditó 259 semanas cotizadas al sistema de pensiones entre la fecha en que cumplió 20 años de edad y la fecha en que se efectuó la primera calificación del estado de invalidez, circunstancia que de acuerdo con los argumentos expuestos por el Instituto de Seguros Sociales imposibilita el reconocimiento de la prestación económica solicitada, pues de acuerdo con el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 ha debido cotizar 431 semana a fin de cumplir con el requisito de fidelidad al sistema exigido por la legislación vigente.

7.- Concluye el actor que, la mencionada resolución al no reconocerle la pensión de invalidez está desconociendo sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social. Lo anterior, por cuanto en la actualidad asegura que, presenta serios quebrantos de salud que le impiden trabajar y obtener ingresos laborales que le permitan atender sus necesidades básicas y la de su familia.

8.- De manera concreta, el apoderado judicial del accionante, señala que en este caso concreto al aplicar el requisito de fidelidad consagrado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 se está desconociendo el principio de progresividad inherente al derecho a la seguridad social. En consecuencia solicita la aplicación de artículo 30 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

9.- Finalmente, en términos generales solicita al juez de tutela que se protejan sus derechos fundamentales. En consecuencia se le reconozca por esta vía la pensión de invalidez a la que tiene derecho. Además, pide que se declare la nulidad de la Resolución No. 034044 de 31 de diciembre de 2007, expedida por el Instituto de Seguros Sociales

1.2.- Expediente T-1.997.982

El ciudadano Marcial Paz Balanza interpuso acción de tutela, mediante la cual reclamó la obtención de protección judicial de sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y a la seguridad social, contra el Instituto de Seguros Sociales, debido a la ocurrencia de los siguientes

hechos:

1.- Manifiesta el accionante ser “afiliado como empleador [a la] COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO NIT No. 0090055078”[1], y que mediante dictamen médico laboral expedido por la Dra. Laura Constanza Corredor, especializada en salud ocupacional del departamento de atención al pensionado, se le estableció una calificación de pérdida de capacidad laboral de 75.25% con fecha de estructuración 18 de agosto de 2006. Razón por la cual elevó derecho de petición al Instituto de Seguros Sociales a fin de que se le reconociera la pensión de invalidez a la que tiene derecho.

2.- Indica que, cumple con las 50 semanas de cotización dentro de los tres últimos tres (3) inmediatamente anterior a la fecha de estructuración. Además, señala que “no es cierto que tenga menos de las 350 semanas exigidas para tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez”.

3.- Agrega que, mediante Resolución No. 016046 de 2007 le negaron la pensión de invalidez solicitada por no tener el número de semanas cotizadas. Contra el mencionado acto administrativo interpuso recurso de apelación, cuya respuesta fue negativa a sus intereses, puesto que confirmaron la decisión negativa “diciendo que me iban a conceder la indemnización sustitutiva de la pensión de invalides en cuantía única de \$3.151.392 (\$tres millones ciento cincuenta y un mil trescientos noventa y dos pesos) que se liquidarían con mi ingreso base de liquidación de \$528.509 (quinientos veinte ocho mil quinientos pesos) y que lo consignarían en una cuenta del Banco AV Villas No. 8424725 oficina 152 de la ciudad de Palmira Valle”. [2]

4.- Señala que, debido a la gravedad de su enfermedad, la EPS a la cual se encuentra afiliado le proporciona unos medicamentos esenciales para su salud, razón por la cual afirma “...si quedo sin algún tipo de seguridad social no tendré los medios económicos para solventar los medicamentos lo que conllevaría a que mi enfermedad se agudice aún más y tornaría la situación más grave” [3].

5.- A partir de los hechos antes relatados, solicita que “para evitar la continuidad de un perjuicio irreparable e irremediable, se le ordene al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES que conceda la PENSIÓN DE INVALIDEZ” [4]

## II. INTERVENCIÓN DE LA ENTIDAD DEMANDADA

### 2.1.- Expediente T- 1.996.229

Después de haber sido notificado el Instituto de Seguros Sociales de la acción de tutela presentada por Roger de Jesús Londoño Araque; el término para que la entidad demandada se pronunciara sobre las pretensiones del accionante venció en silencio[5].

### 2.2.- Expediente T-1.997.982

El señor Tomas Joaquín Reyes, Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Valle, mediante escrito de fecha 7 de abril de 2008 dio respuesta al oficio No. 104 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira – Valle de 27 de marzo de 2008, el cual se transcribe a continuación:

“Por medio del presente me permito transcribirle la parte pertinente del Auto Int. No. 405 de la fecha, que a la letra dice: “JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA,

Palmira, marzo 27 de 2008... Revisada la anterior tutela instaurada por el señor, ARCIAL PAZ BALATA identificado con C. C. No. 8.424.725 Turbo (Antioquia), quien actúa en su propio nombre contra EL INSTITUTO SE (SIC) SEGUROS SOCIALES representada legalmente por el Dr. RAUL ALBERTO SUAREZ, o quien haga sus veces. Observa el Juzgado que reúne los requisitos de forma previstos por el Art. 14 el Dcto. 2591/91, el Juzgado admitirá la misma y para efecto se notificará a las partes de la presente acción de tutela... En cuanto a la solicitud de MEDIDA PROVISIONAL, y como quiera que los anexos aportados con la solicitud no encuentra el juzgado la manifestación expresa de urgencia, por lo que habrá de negarse el amparo previo, ya mencionado... Por lo expuesto y con fundamento en los art. 14, 15 y 19 del Dcto. 2591/91, el JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE PALMIRA,.... RESUELVE: ...1.-NEGAR la medida provisional solicitada por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. 2.- ADMITIR la acción de tutela instaurada por el señor MARCIAL PAZ BALANTA identificado con C. C. No. 8.424.725 Turbo (Antioquia), contra EL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES representada legalmente por el Dr. RAUL ALBERTO SUAREZ, o quien haga sus veces. 3.- Solicítese al accionado toda la actuación administrativa, relacionada con el derecho Salud, vida Digna, Seguridad Social y nos informe la razón por la cual no se le ha dado al tutelante MARCIAL PAZ BALANTA. El tutelante solicita pensión de invalidez...”[6] (Negrillas fuera del texto original)

De manera concreta, manifiesta la entidad accionada, en respuesta al oficio anterior lo siguiente:

“En cumplimiento a lo dispuesto por su Despacho en el Oficio de la referencia, me permito remitirle copia del Acto Administrativo No. 05795 y del Oficio DAP No. 04385 de 7 de abril de 2008, mediante el cual se da Respuesta al **Recurso de Reposición del 12de (Sic) Diciembre de 2007**, presentados por el Accionante y se concede el Recurso de Apelación solicitado subsidiariamente ante la Gerencia Seccional del Seguro Social – Valle.

PRUEBAS Y ANEXOS:

Lo enunciado

EN CONCLUSIÓN:

Así las cosas, nos encontramos frente a un HECHO SUPERADO en cuanto aparece efectivamente resuelta la orden proferida por su Despacho, en consecuencia se pide de manera comedida que se declare carencia actual del objeto”[7]

III. SENTENCIAS JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

3.1.- Expediente T- 1.996.229

Fallo de única instancia.

El Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín, que obró como juez de conocimiento de la acción de tutela en única instancia negó el amparo de los derechos invocados, mediante la sentencia proferida el dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008).

En sus consideraciones manifestó que, el amparo era improcedente. De manera concreta señaló que:

“En principio, no es la tutela el mecanismo para ventilar este tipo de situaciones, consideración que hace el despacho luego de haber escuchado al accionante en interrogatorio de parte,

decretado oficiosamente a fin de establecer la veracidad de las afirmaciones contenidas en la demanda. En efecto, en audiencia celebrada el pasado 15 de abril de los corrientes, según acta visible en folio 15, el accionante reconoció que recibe ingresos diarios entre quince o veinte mil pesos, los que invierte en la manutención de su familia, el pago de los servicios públicos y alimentación; y si bien observa el suscrito juez que el Señor Roger aqueja serio quebrantos de salud, no surge de ello que su vida y otros derechos fundamentales invocados estén siendo vulnerados o amenazados por la respuesta negativa de la entidad accionada a su pretendido derecho pensional. Además de ello por tratarse de un asunto que involucra derechos de rango puramente prestacionales, y la declaración esta medida por el desarrollo de un debate probatorio propio del proceso ordinario laboral, considera este despacho que no se está frente a una vulneración o amenaza inminente de derechos como el mínimo vital incoado por el accionante al no percibir la pensión de invalidez por él solicitada, debiendo por tanto acudir a la jurisdicción ordinaria en reivindicación del derecho que cree acceder”[8]

A partir de los anteriores argumentos decide negar el amparo constitucional a los derechos de petición y mínimo vital, por cuanto, desde su punto de vista la tutela no es el mecanismo para ventilar este tipo de prestaciones.

### 3.2.- Expediente T-1.997.982

Fallo de única instancia.

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira – Valle, que obró como juez de conocimiento de la acción de tutela en única instancia negó el amparo de los derechos invocados, por medio de providencia del nueve (9) de abril de dos mil ocho (2008).

En sus consideraciones manifestó que los derechos litigiosos que solicita el accionante no son de resorte de la acción de tutela, razón por la cual debe negarse la tutela. Agrega que, la pensión de invalidez reclamada no constituye un derecho constitucional fundamental, simplemente es el desarrollo de un principio legal, por tanto la vía adecuada para solicitar su protección es la ordinaria.

En suma, el juez de instancia estima que tratándose de una controversia de carácter legal relacionada con la solicitud de pensión de invalidez, el accionante debe acudir a la jurisdicción competente, razón por la cual la acción de tutela en este caso resulta improcedente.

## IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1.- Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones 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 las solicitudes de amparo interpuestas por los accionantes consisten 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 a los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Procede

la acción de tutela para reclamar el reconocimiento de la pensión de invalidez? Y (ii) ¿La aplicación de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez contenidos en la Ley 860 de 2003 vulnera el contenido específico del principio de progresividad?

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, y (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.

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[9]. 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[10]. 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"[11], 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[12] 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[13], 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[14].

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"[15] 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 comentario 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 la labor de realizar dicho diseño institucional 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 corolario 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 2º 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 esenciales 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 encuentran 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, (ii) 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 ostenta 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 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 -esto es, una abstención frente a un claro mandato de actuación-. 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 social[16].

(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, la Sala de Revisión encuentra oportuno señalar ahora que, de acuerdo a las consideraciones hasta ahora desarrolladas en esta providencia, la seguridad social es un verdadero derecho fundamental autónomo –calificado como “derecho irrenunciable” según el inciso 2° del artículo 48 constitucional; consagrado como “derecho de toda persona” de acuerdo al artículo 9° del PIDESC, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad; y, finalmente, definido como “derecho humano” por parte del CDESC en la observación general número 19-.

Por tal razón, si bien hasta ahora la Corte ha empleado la figura de la conexidad al momento de resolver este tipo de controversias, la Sala estima que la acreditación de este vínculo con otro derecho fundamental resulta redundante y, en consecuencia, innecesario toda vez que el derecho a la seguridad social recoge per se una garantía iusfundamental independiente, razón por la cual su eventual vulneración ocurrida de manera autónoma puede ser enmendada por vía de tutela.

En estos eventos, el juez de tutela se encuentra llamado a realizar la siguiente valoración para efectos de decidir la prosperidad de la reclamación de amparo del derecho fundamental a la seguridad social: (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 materiales 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[17]. (ii) En segundo término, teniendo presentes los postulados de supremacía del derecho sustancial sobre las formas y de presunción de buena fe, el juez de tutela ha de contar con un escenario probatorio propicio que le permita reconocer la vulneración concreta del derecho fundamental y, en consecuencia, pueda adoptar las decisiones que sean pertinentes para efectos de corregir tal infracción. Cabe anotar que en aquellos eventos en los cuales la situación fáctica que rodea la acción no resulte del todo clara, el juez de amparo debe emplear las facultades probatorias conferidas por el Decreto 2591 de 1991, en la medida en que la eventual indeterminación probatoria dentro del proceso de tutela no puede emplearse de manera legítima como justificación para dar respaldo a decisiones judiciales contrarias a los accionantes. Antes bien, dicha oscuridad probatoria debe ser remediada de manera perentoria por parte del juez de amparo en su calidad de garante de los derechos fundamentales que se vean comprometidos en la controversia. (iii) Para terminar, el juez se encuentra llamado a examinar si 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 los derechos económicos, sociales y culturales.

El principio de progresividad en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.  
Reiteración Jurisprudencial.

Antes de analizar con algún detenimiento el alcance de la máxima de progresividad en el caso de los derechos económicos, sociales y culturales, es preciso llamar la atención de manera preliminar sobre la distinción existente entre este postulado y el principio de favorabilidad en materia laboral.

Sin que sea necesario detenerse ahora en un estudio detallado de la cuestión, basta indicar que el principio de favorabilidad, consagrado en el artículo 53 del texto constitucional como una de las máximas rectoras del estatuto del trabajo, recoge una orden dirigida a los operadores jurídicos cuando quiera que ellos se encuentren ante un escenario de perplejidad al momento de resolver una controversia de orden laboral. En virtud de esta prescripción, cuando el operador se encuentre ante una duda razonable a propósito de la “aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”, el margen de discrecionalidad entre las diferentes opciones normativas se encuentra considerablemente reducido, pues este mandato constitucional impone la elección de aquel fundamento o entendimiento normativo que resulte más conveniente para el sujeto que se encuentra en situación de subordinación frente al otro, esto es, el trabajador. De ahí resulta que el principio *in dubio pro operario* pueda ser entendido como una institución de justicia retributiva toda vez que pretende el favorecimiento de la parte más débil de un contrato laboral como medida encaminada a aminorar los considerables equilibrios que se presentan en este tipo de vínculos contractuales. Anunciado este primer punto, procede la sala a examinar el alcance del principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Con el objetivo de analizar la aplicación del postulado, 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[18]. (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 PIDESC 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[19].

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[20], 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"[21]. 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” (Negrilla fuera de texto).

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

Esta Corporación ha dado aplicación al principio de progresividad que preside el alcance y naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales, al derecho a la seguridad social, con el objetivo de examinar la validez constitucional de las condiciones de acceso que han sido establecidas para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para efectos de examinar esta línea jurisprudencial, es necesario llevar a cabo un examen previo de las disposiciones que regulan esta prestación dentro del engranaje que da forma al sistema general de seguridad social: la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 establecía como condición para el reconocimiento del derecho pensional un requisito en virtud del cual al momento de producirse el estado de invalidez, el afiliado debía encontrarse afiliado al sistema de seguridad social y debía haber 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.

Con posterioridad, el día 29 de enero de 2003 fue publicada la Ley 797 de 2003 “Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”; documento legislativo dentro del cual se llevó a cabo una modificación sustancial en cuanto a los requisitos que a partir de la entrada en vigencia de la ley habrían de ser acreditados para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez. Textualmente, el artículo 11 estableció lo siguiente:

**ARTÍCULO 11.** Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.
2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.

**PARÁGRAFO.** Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

No obstante, en el mismo año, mediante sentencia C-1056, la Sala Plena de esta Corporación declaró la inexecutable de esta disposición debido a la ocurrencia de vicios de procedimiento al momento de decidir su aprobación.

Una vez fue declarada la inexecutable de la norma, el Congreso de la República aprobó la Ley 860 de 2003, en cuyo artículo 1° se realiza una nueva modificación en cuanto a los requisitos a acreditar para efectos de conseguir el reconocimiento de la pensión de invalidez. 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 párrafos 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, la Sala observa que 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, en segundo término, (ii) al incremento de la intensidad del requisito previo establecido originalmente en la Ley 100 de 1993 -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 progresividad, 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 inaplicable 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-974 de 2005 la Sala Primera de Revisión de la Corte resolvió una acción de tutela de un Ciudadano a quien la correspondiente Junta Regional de Calificación de Invalidez le había dictaminado una pérdida de capacidad laboral que ascendía al 73.80%. En dicha oportunidad el Fondo de Pensiones demandado en el proceso de amparo se había opuesto al reconocimiento de la pensión de invalidez dado que el peticionario no cumplía el requisito de cotización mínima de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración, el cual se encontraba consagrado en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

Una vez la Sala Primera llevó a cabo un examen del alcance de la seguridad social en su doble faceta -en tanto servicio público y derecho irrenunciable-, realizó una reiteración jurisprudencial a propósito del alcance del principio in dubio pro operario, a partir del cual concedió amparo al derecho a la seguridad social en conexidad con el mínimo vital del accionante, por cuanto la oposición al reconocimiento de la pensión de invalidez había sido decidida con fundamento en el mencionado artículo 11 de la Ley 797 de 2003, el cual había sido declarado inexecutable por la Sala Plena de esta Corporación en sentencia C-1056 de 2003.

A juicio de la Sala existía una duda razonable acerca de la disposición que debía ser aplicada para decidir el derecho pensional del accionante en la medida en que éste había iniciado su historial de cotización en vigencia de la redacción original del artículo 39 y al momento de decidir la titularidad del derecho por parte del correspondiente Fondo, se encontró que la norma que había reformado dicha disposición –esto es, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003- había sido declarada inexecutable por la Sala Plena de la Corte. Así las cosas, en la parte motiva de la providencia ordenó la aplicación de la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en

atención a la perplejidad generada a partir de la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y su posterior expulsión del ordenamiento constitucional y, particularmente, debido a la favorabilidad que esta disposición representaba para el trabajador[22]. De manera puntual, la Sala señaló lo siguiente:

En ese orden de ideas, siendo en principio aplicable al caso que nos ocupa el artículo 11 de la ley 797 de 2003[23], norma que regía al momento en que se configuró el estado de invalidez – 30 de septiembre de 2003- y que exige como requisito para acceder al beneficio pensional haber completado 50 semanas de cotización, sin duda, para el peticionario resulta más beneficiosa la aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993[24], norma que revivió con la declaratoria de inexecutable de aquella y que exige como requisito para tener derecho a la pensión de invalidez haber cotizado tan solo 26 semanas al momento de estructurarse tal estado, con fundamento en el principio constitucional de favorabilidad.

Así entonces, para esta Sala de Revisión es claro que atendiendo el mayor beneficio para el trabajador, la verificación del cumplimiento de los requisitos que se exigen para obtener el derecho al reconocimiento de la pensión solicitada por el señor Edgar Hernando Ortiz Herrera, se hará en forma prevalente de conformidad con lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 – 26 semanas de cotización - y no respecto de los requisitos del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 – 50 semanas de cotización -.

En aplicación de las consideraciones indicadas, como medio de protección de los derechos fundamentales comprometidos, la Sala Primera de Revisión ordenó al Fondo de Pensiones demandado “**reconocer y pagar la pensión de invalidez al señor EDGAR HERNANDO ORTIZ HERRERA**, si éste reúne los demás requisitos legales para ello (...)” (Negrilla fuera de texto).

En sentencia T-1291 de 2005 la Sala Novena de Revisión de la Corte 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 1° 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 transcrito. Con base en éste concluyó que ella no cumple con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años y negó la prestación.

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social[25]. 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 mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija.

En sentencia T -221 de 2006 esta Corporación resolvió la solicitud de amparo de una persona de 73 años que padecía cáncer pulmonar, a quien había sido dictaminada una pérdida de capacidad laboral del 58,6%. En esta oportunidad la Corte se pronunció de manera específica a propósito del requisito de fidelidad de cotización al sistema de seguridad social 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 los miembros de este grupo, 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[26].

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 diseño 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[27].

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.

En el mismo sentido, en sentencia T-580 de 2007 la Sala Séptima de Revisión concedió amparo judicial al derecho fundamental a la seguridad social de un Ciudadano que padecía una pérdida

de capacidad laboral del 63.05%, a quien le habían negado el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el incumplimiento del requisito consignado en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el cual exige una cotización mínima de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la incapacidad. En dicha providencia la Corte examinó con detenimiento la estructura y contenido del derecho fundamental a la seguridad social, a partir del cual concluyó que en el caso concreto se presentaba una infracción de esta garantía iusfundamental en la medida en que la entidad demandada estaba oponiendo a un discapacitado –sujeto de especial protección- una barrera de acceso al reconocimiento de la pensión de invalidez que vulneraba el principio de progresividad en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Tal consideración fue resultado de la constatación del menudo valor argumentativo hallado al momento de examinar las razones por las cuales el Legislador decidió adoptar esta disposición en contra de la prohibición de regreso establecida en el PIDESC y en el inciso 3° del artículo 48 constitucional, el cual establece: “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social (...)”.

En la misma dirección, en sentencia T-641 de 2007 la Sala Quinta de Revisión emitió una orden judicial de amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de un Ciudadano que había solicitado el reconocimiento de una pensión de invalidez con fundamento en la pérdida de capacidad laboral de un 55.8%, la cual, a su turno, había sido dictaminada por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Después de reiterar buena parte de los precedentes que hasta ahora han sido examinados en esta providencia, la Sala ordenó reconocer la aludida pensión de invalidez a favor del peticionario, para lo cual –señaló la Corte- la entidad demandada debía dar aplicación a la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En sentencia T-699A de 2007 la Sala Cuarta de Revisión amparó los derechos fundamentales a la seguridad social, la igualdad y la vida digna de un portador del VIH, a quien la Junta Regional de Calificación de Invalidez había dictaminado una incapacidad laboral del 61.05%, en atención a que, a pesar de la jurisprudencia reiterada en esta providencia, el Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado había negado la pensión de invalidez con base en el aludido requisito de cotización mínima de 50 semanas durante el lapso de 3 años anterior a la estructuración de la pérdida de capacidad laboral.

Mediante sentencia T-1072 de 2007 la Sala Quinta de Revisión concedió amparo a los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de un Ciudadano a quien había sido dictaminada una pérdida de capacidad laboral equivalente al porcentaje de 52.84%. En el correspondiente escrito de demanda, el accionante informó que el Fondo de Pensiones al cual se encontraba afiliado había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez debido a que incumplía el requisito de fidelidad de cotización al sistema. En esta ocasión la Sala llevó a cabo una reiteración jurisprudencial acerca del principio de progresividad que guía el contenido de los derechos económicos, sociales y culturales a partir de la cual, en el caso concreto, concluyó que los nuevos requisitos consagrados en la Ley 860 de 2003 para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez resultan regresivos en atención a que gravan de manera considerablemente mayor a la tercera edad y, en segundo término, no cuentan con el respaldo argumentativo exigido por la jurisprudencia constitucional a este tipo de medidas legislativas que disminuyen el ámbito de protección ya concedido a un derecho social, como ocurre con el derecho a la seguridad social al establecer restricciones que hacen más compleja la obtención de este tipo de prestaciones.

Ahora bien, con el objetivo de concluir la línea jurisprudencial que hasta ahora ha sido examinada, la Sala de Revisión encuentra oportuno señalar de manera puntual las subreglas

constitucionales que han sido empleadas por esta Corporación al resolver las acciones de tutela interpuestas por Ciudadanos que, bajo diferentes argumentos –bien por conexidad con algún otro derecho fundamental o demandando el amparo autónomo del derecho fundamental a la seguridad social-, han sido orientadas a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez mediante la aplicación de la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

(i) En primer término, la Sala observa que en buena parte de los pronunciamientos analizados, la Corte ha hecho énfasis en la distinción que fue objeto de análisis en líneas precedentes entre el principios de favorabilidad en materia laboral –conocido bajo el brocardo latino *in dubio pro operario*- y el postulado de la **progresividad** que regenta el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales.

De manera puntual, el artículo 53 del texto constitucional consagra el postulado de la favorabilidad como un mandato de la “situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho”. Así las cosas, ha señalado esta Corporación que en materia laboral estos escenarios de vacilación e incertidumbre han de ser absueltos mediante la aplicación de aquella disposición jurídica que resulte más propicia al consultar la situación concreta en la cual se encuentra el trabajador.

Si bien estos dos principios guardan diferencias sustanciales –pues mientras uno se erige como un mandato de optimización sobre el campo de protección de los derechos sociales; el segundo establece un mandato hermenéutico dirigido a los operadores jurídicos en casos de duda y perplejidad- cada uno ha sido empleado por esta Corporación ante solicitudes de amparo relacionadas con el reconocimiento de pensiones de invalidez.

La razón por la cual la Corte se ha valido del principio de favorabilidad para resolver este tipo de pretensiones de amparo es consecuencia del accidentado iter legislativo que ha seguido el artículo 39 de la Ley 100 de 1993: después de 10 años de inalterada vigencia, el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 introdujo modificaciones sustanciales que hacían más gravosa la obtención de la prestación económica objeto de examen. Adicionalmente, en el mismo año en el cual entró a regir el aludido texto legislativo, la Sala Plena de esta Corporación declaró inexecutable el artículo 11 de esta Ley con fundamento en la constatación de determinantes vicios formales dentro del procedimiento de aprobación del documento legislativo. Vale anotar que, de acuerdo a la jurisprudencia constitucional reiterada en las providencias examinadas, en estos eventos la declaratoria de inexecutable de un contenido normativo abre paso a la aplicación de la disposición anterior que había sido objeto de modificación o derogación por la norma declarada inconstitucional, con lo cual después de la sentencia C-1056 de 2003, los operadores jurídicos habrían de aplicar la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Para terminar, en la misma anualidad, el Congreso de la República aprobó el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en el cual se llevó a cabo una nueva modificación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, tal como ha sido puesto de presente en esta providencia.

De acuerdo a las consideraciones precedentes, las diferentes Salas de Revisión han concluido que en aquellos eventos en los cuales la estructuración de la incapacidad o la correspondiente calificación de invalidez ha ocurrido dentro de los márgenes de este desigual panorama normativo y, en consecuencia, existe una duda atendible acerca del cuerpo normativo a aplicar; los operadores jurídicos se encuentran compelidos a resolver estos escenarios de perplejidad a favor del sujeto en condiciones de debilidad y subordinación, esto es, en beneficio del trabajador, como medio de justicia retributiva que pretende aminorar el desequilibrio propio de los vínculos

laborales.

(ii) En segundo término, en aquellos eventos en los cuales no hay duda en cuanto a la disposición jurídica que ha de aplicarse de acuerdo a la regulación sobre el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento -en la medida en que tanto el historial de cotización del accionante, como la estructuración de la invalidez y su calificación han ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia de la última modificación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993-; las Salas de Revisión han concluido que la norma jurídica que en la actualidad compendia los requisitos a los cuales se encuentra condicionado el reconocimiento de la pensión de invalidez –esto es, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003- vulnera el principio de progresividad; razón por la cual, los operadores jurídicos se encuentran llamados a dar aplicación al texto primero en el cual fueron inscritos los requisitos para el reconocimiento de esta prestación, vale decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo a su redacción original.

Como fue indicado en sentencia T-043 de 2007, las razones por las cuales las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han considerado que el establecimiento de requisitos más rigurosos en la materia infringen la máxima de progresividad consisten en que tales condiciones -consignadas en 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, la Sala Octava de Revisión encuentra que en cualquiera de los dos supuestos indicados hasta ahora –bien como consecuencia de la aplicación de la máxima de favorabilidad en materia laboral o en virtud del empleo de la excepción de inconstitucionalidad respecto del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 bajo el influjo del postulado de progresividad- las Salas han coincidido en dar aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo a su composición normativa original, como orden judicial de amparo de los diferentes derechos fundamentales que en este contexto resultan comprometidos.

A la luz de estas consideraciones procede la Sala de Revisión a solucionar la pretensión de amparo por la cual fueron promovidos los procesos de tutela de los cuales ahora se ocupa.

## V. SOLUCIÓN A LOS CASOS CONCRETOS

### 5.1 Expediente T- 1.996.229

El ciudadano Roger de Jesús Londoño Araque, actuado por medio de apoderado judicial, interpuso acción de tutela con el objetivo de obtener amparo judicial de sus derechos fundamentales, los cuales habrían sido conculcados por el Instituto de Seguros Sociales al oponerse al reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por el accionante. La Sala resume a continuación los hechos que fueron acreditados durante el proceso:

- El día 7 de septiembre de 2007 el accionante presentó petición ante el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Antioquia, con el propósito de reclamar su pensión de invalidez, al considerar que cumplía con los requisitos legales para acceder a ella.
- De acuerdo del con el dictamen médico de Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales, expedido el 14 de agosto de 2007, según el decreto 917 de 28 de mayo de 1999

y la Ley 962 del 8 de julio de 2005, el señor Roger de Jesús Londoño Araque identificado con cédula de ciudadanía No. 3.418.051 y número de afiliación de la Seccional Antioquia, presenta una pérdida de capacidad laboral del 57.60%, estructurada a partir del 13 de julio de 2007.[28]

- Con fundamento en el Registro Civil de Nacimiento que obra en el expediente del Instituto de Seguros Sociales, se verificó que el señor Londoño Araque nació el 11 de marzo de 1946, con lo cual se concluye que el 11 de marzo de 1966 cumplió veinte (20) años de edad y que para la fecha en que se efectuó la primera calificación del estado de invalidez contaba con 61 años de edad. [29]
- El Instituto de Seguro Social mediante la Resolución No. 034044 del 31 de diciembre de 2007 negó la pensión de invalidez al accionante con base en los argumentos que se transcriben a continuación:

“Que revisado el reporte de semanas, expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina del Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, se establece que el (la) asegurado (a) LONDOÑO ARAQUE cotizó en el instituto un total de 259 semanas, de las cuales 154 semanas se cotizaron en los tres (3) años inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, aclarando que las semanas cotizadas con posterioridad a dicha fecha no pueden ser tenidas en cuenta para efectos de la prestación solicitada y que acredita 259 semanas de cotización al Sistema de Pensiones entre la fecha en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha en que se efectuó la primera calificación del estado de invalidez, cuando debió cotizar 431 semanas” [30] (Negrillas fuera del texto).

- De acuerdo con la Declaración rendida por el señor Roger de Jesús Londoño Araque ante el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Medellín el día quince (15) de abril de dos mil ocho, la Sala encuentra que, el accionante en la actualidad tiene 62 años de edad, que toda su vida a trabajado como “lustrabotas”, que alfabeto, casado con una hija mayor de edad. Así mismo se evidencia que su familia depende económicamente del accionante, quien percibe ingresos diarios entre quince y veinte mil pesos diarios, con los cuales tiene que sufragar todos los gastos para su congrua subsistencia, la de su esposa e hija. Adicionalmente, se reitera el grave estado de salud en el que se encuentra el actor, quien afirma “tengo el corazón lleno de agua, sufro de asfixia, la presión y me falta casi un pulmón, tomo droga diario” [31]

Esclarecido el fundamento fáctico de la pretensión es preciso examinar la procedibilidad de la acción de tutela correspondiente al expediente **T- 1.996.229**, para lo cual deberá someterse a consideración la solicitud de amparo a la luz de los fundamentos precedentes. De acuerdo a lo señalado en esta providencia, la solicitud presentada por el señor Roger de Jesús Londoño Araque se dirige a obtener que se ordene la protección judicial de su derecho fundamental a la seguridad social, pues busca el reconocimiento de una prestación establecida en el sistema que ha sido diseñada para la atención y cubrimiento de una contingencia específica relacionada con la discapacidad (observación general número 19). Como fue señalado en líneas anteriores, prima facie este tipo de pretensiones han de ser intentadas ante la jurisdicción ordinaria en atención a que es éste el sendero procedimental que el ordenamiento jurídico ha establecido para la composición de controversias de esta naturaleza. Sin embargo, observa la Corte que en el caso concreto resulta imperiosa la intervención por parte del juez de tutela con el

objetivo de conjurar la realización de un perjuicio irremediable.

La Sala arriba a la anterior conclusión al considerar las específicas condiciones en las que se encuentra el accionante, quien no sólo es la persona encargada de proveer a su familia las condiciones necesarias para su congrua subsistencia; sino que, de acuerdo con el acervo probatorio de obra en el expediente, sobre el cual se apoya la pretensión de amparo, es una persona con discapacidad que requiere atención reforzada por parte del Estado, con fundamento en lo establecido en el artículo 13 superior. La Sala de Revisión llama la atención sobre la entidad de la pérdida de capacidad laboral padecida por la peticionaria -la cual asciende a un porcentaje del 57.60%- que le impide participar con normalidad en el tráfico laboral, lo cual a su vez indica el grave riesgo que se cierne, no sólo sobre su derecho fundamental a la seguridad social, sino sobre su derecho al mínimo vital, dado que el accionante es la responsable de garantizar la manutención económica de su núcleo familiar y presenta dificultades para desempeñarse en su labor diaria como “lustrabotas” debido a su grave estado de salud puesto que padece problemas relacionados con el buen funcionamiento de su corazón y los pulmones”[32]

El examen anterior confirma la viabilidad del recurso a la acción de tutela como mecanismo judicial de amparo. Ahora bien, para efectos de establecer si el problema jurídico planteado en la acción, mediante la cual se pretende la reivindicación del derecho fundamental a la seguridad social, debe ser resuelto por vía de tutela es preciso dar aplicación a los criterios señalados en esta providencia: (i) en primer lugar, observa esta Sala de Revisión 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 de manera específica a las restricciones de acceso a la pensión de invalidez creadas por la Ley 860 de 2003. (ii) En segundo término, como ha sido indicado en esta providencia, 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 señor Roger de Jesús Londoño Araque, 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 el Instituto de Seguros Sociales deberá emplear la excepción de inconstitucionalidad, para así resolver la solicitud con fundamento en lo dispuesto en la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.



Lo anterior, bajo la aclaración que para que se aplique el contenido específico de la progresividad del derecho a la seguridad social, además de demostrar su grave estado, por la incapacidad que padece, para reclamar la prestación económica con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003; se requiere que el accionante haya empezado a cotizar bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993. Circunstancias, que en el caso concreto se encuentran probadas.

Cabe recordar que, de acuerdo a la versión primera del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el requisito de reconocimiento de la pensión de invalidez consistía en: “Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento de producirse el estado de invalidez”. A dicha disposición es preciso oponer la historia de cotización del peticionario, quien, según lo informa el Instituto de Seguros Sociales, **cotizó en el instituto un total de 259 semanas, de las cuales 154 semanas se cotizaron en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez** . Este ejercicio permite concluir que de aplicar esta disposición, sin lugar a dudas, el tutelante sería titular de la pensión de invalidez que ahora reclama por vía de tutela, toda vez que ha cotizado más de 26 semanas al sistema de seguridad social.

En aplicación de las consideraciones desarrolladas en la parte motiva de esta providencia, la Sala encuentra la necesidad de garantizar amparo judicial al derecho fundamental a la seguridad social del accionante, toda vez que como ha sido ampliamente expuesto en la presente decisión judicial, lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 resulta contrario al principio de progresividad por las diferentes razones que han sido señaladas por las Salas de Revisión; razón por la cual, para efectos de resolver la controversia que ha sido planteada, en esta oportunidad es menester dar aplicación a la excepción de inconstitucionalidad y, en consecuencia, ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez del Ciudadano Roger de Jesús Londoño Araque con base en la pérdida de capacidad laboral que padece.

## 5.2 Expediente T-1.997.982

El ciudadano Marcial Paz Balanza interpuso acción de tutela, mediante la cual reclamó la obtención de protección judicial de sus derechos fundamentales a la salud, la vida digna y a la seguridad social, los cuales habrían sido vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales al oponerse al reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por el accionante. La Sala resume a continuación los hechos que fueron acreditados durante el proceso:

-Por medio de Constancia por el señor Tomas Joaquín Reyes Millan, Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales se pone de presente que:

“El señor (a) PAZ MARCIAL, identificado con cédula de ciudadanía No 8424725, se presentó a recibir el Dictamen con la Calificación de la Pérdida de Capacidad Laborar, con la siguiente información; PCL 75.25 % y la fecha de estructuración 18 de agosto de 2006, emitido por la Dra. LAURA CONSTANZA CORREDOR, Médico Especializado en Salud Ocupacional del Departamento de

Atención al Pensionado, conforme a lo estipulado en el Capítulo VII, Artículo 52 de la Ley 962 de julio 08 de agosto de 2008, respecto a la determinación de la Pérdida de Capacidad Laboral y grado de Invalidez...”[33]

- Por medio de escrito el fecha 12 de diciembre de 2007, el ciudadano, MARCIAL PAZ BALANTA presentó recurso de reposición y en subsidio de apelación con contra de la **Resolución No. 16046 de 2007**, mediante la cual se resolvió la solicitud de prestaciones económicas en el Sistema General de Pensiones del Régimen Solidario de Prima Media con Prestaciones Definidas. De manera concreta, El Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales de la Seccional Valle del Cauca, en ejercicio de sus facultades legales decidió **i)** Negar la pensión de invalidez al señor Marcial Paz balanza de conformidad con lo expuesto en la parte considerativa de su providencia, **ii)** Conceder indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez al accionante en cuantía única de \$3.151.392,00, que se liquidó sobre 321 semanas, con Ingreso Base de Liquidación de \$528.509,00, la cual se incluiría en la nómina del mes de Noviembre de 2007, y se cancelaría en el mes de Diciembre de 2007, por medio del Banco AV Villas oficina 152 Palmira – Valle, en la Cuenta No. 8424725.

La anterior decisión se tomó con base en las siguientes consideraciones:

Que el 25 de octubre de 2006, el seño (a) MARCIAL PAZ BALANTA C. C. 8.424.725 afiliación No. 908424 de la Seccional Valle, solicitó reconocimiento de pensión por invalidez, teniendo como último empleador COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO Nit No. 00900055078.

Que afectos de resolver esta solicitud, se procede a estudiar los documentos obrantes en el expediente y las normas aplicables, encontrando:

(...)

Que a folio 6 del expediente, obra dictamen médico GS No. 1473 del 26 de abril de 2007 emitido por Medicina Laboral del Seguro Social Seccional Valle, entidad que asignó al señor (a) MARCIAL PAZ BALANTA, el 75.25 % de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración del 18 de agosto de 2006, origen común.

Que estudiada la Historia laboral sistematizada y relación de novedades por el sistema de Autoliquidación mensual de aportes (folios 18 al 22) expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se refleja que (el) la peticionario (a) cotizó de forma interrumpida a partir del 30 de marzo de 1987 hasta el 18 de agosto de 2006 (fecha de la estructuración de la invalidez) un total de 231 semanas, de las cuales 134 corresponden a los últimos tres años inmediatamente a la fecha de estructuración de la invalidez.

Que a pesar de tener el (la) peticionario (a) más de 50 los últimos 3 años, no acredita la fidelidad para con el sistema 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 (esto es, tener 350 semanas o mas de fidelidad), así las cosas no reúne los requisitos establecidos por la

normatividad expuesta, por consiguiente no es válido acceder a la prestación solicitada. (Negrillas fuera del texto).

De conformidad con lo anteriormente expuesto la única prestación a la que hay lugar es la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez prevista en el artículo 45 de la ley 100 de 1993, razón por la cual se procederá a concederla, aclarando que una vez se cancele la misma, las semanas que sirvieron de base para la liquidación no serán tenidas en cuenta para efectos de reconocer otras prestaciones económicas en el Sistema de Pensiones administrado por el Seguro Social, quedándole alternativa al asegurado proceder a su cobro o continuar cotizando al Sistema de Seguridad Social en pensiones y en salud hasta acreditar los requisitos exigidos en la Ley para acceder a la pensión de vejez (...)”[34]

- Ahora bien, dentro del expediente la Sala encuentra probado que por medio de la Resolución 05795 expedida el 7 de abril de 2008, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales – Seccional Valle, en ejercicio de sus facultades legales resolvió el recurso de reposición presentado por el accionante, a partir de la cual decidió: i) Confirmar la Resolución No. 16046 del 16 de octubre de 2007, mediante la cual el Seguro Social Seccional Valle, negó la pensión de invalidez y concedió la indemnización sustitutiva de la misma, al señor MARCIAL PAZ BALANATA, identificado con C. C. No. 8.424.725, afiliación No. 908424725, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia; ii) Notificar la presente resolución al accionante y iii) Concede el Recurso de Apelación solicitado subsidiariamente ante la Gerencia del Seguro Social Seccional – Valle.

La anterior resolución fue expedida bajo el argumento que, el afiliado ha cotizado para el Sistema General de Pensiones de manera interrumpida un total de 231 semanas en toda la vida laboral, 134 dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad al Sistema de 231 semanas, cuando requería de 350 semanas. Agrega la entidad que, debido a que el accionante no cumple los requisitos establecidos en el artículo 39 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la ley 860 de 2003, no es viable acceder a lo solicitado por el recurrente, razón por la cual se confirma la decisión tomada mediante Resolución No. 16046 de 2007.

- Conviene precisar que, por medio de la Resolución 900358 de 2008[35], el Gerente Seccional del Seguro Social – Valle resolvió confirmar en todas sus partes la Resolución No. 016046 de 2007, que negó la pensión de invalidez del señor MARCIAL PAZ BALANTA, y reconoció indemnización sustitutiva. De manera concreta, se expresó que:

“(…) el asegurado no tiene derecho a la pensión de invalidez, pues además de tener 50% de pérdida de la capacidad laboral y un mínimo de 50 semanas cotizadas en los tres últimos años a la fecha de estructuración, se requiere para el efecto un 20% de fidelidad en el sistema entre los 20 años de edad, y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez (...)”

Respecto de la indemnización sustitutiva otorgada, esta es una prestación que se reconoce cuando el asegurado acreedor de la pensión de invalidez por falta de los requisitos citados anteriormente, la cual está consagrada en el artículo 45 de la plurimencionada Ley 100 de 1993

Por las razones de hecho y de derecho expuestas con antelación, no es viable atender

favorablemente las pretensiones incoadas, dado que las decisiones adoptada en los actos administrativos expedidos se encuentran ajustadas a derecho”[36]

- De igual forma, la Sala encuentra acreditado dentro del expediente que el accionante Marcial Paz Balanza, quien tiene 54 años de edad aproximadamente, presenta un delicado estado de salud pues según la historia clínica que reposa en el expediente se le diagnosticó “angina inestable”[37], además se pone de presente que se trata de un paciente “con tres infartos previos conocidos, angina de prosmetal”. Concretamente, a folio 21 se señala: “enfermedad actual: tiene cardiopatía isquémica con angina inestable, difícil manejo, a pesar de los medicamentos sigue refiriendo dolor”

Una vez establecido el fundamento fáctico de la pretensión del accionante es preciso examinar la procedibilidad de la acción de tutela correspondiente al expediente T-1.997.982, para lo cual deberá someterse a consideración la solicitud de amparo a la luz de los fundamentos precedentes. En este punto, la Sala considera de gran importancia reiterar los argumentos expuesto para resolver el proceso acumulado. Así pues, de acuerdo a lo señalado en esta providencia, la solicitud presentada por el ciudadano MARCIAL PAZ BALANTA se dirige a obtener que se ordene la protección judicial de su derecho fundamental a la seguridad social, pues busca el reconocimiento de una prestación establecida en el sistema que ha sido diseñada para la atención y cubrimiento de una contingencia específica relacionada con la discapacidad (observación general número 19). Tal y como se ha mencionado este tipo de pretensiones en principio deben ser resueltas por jurisdicción ordinaria. Sin embargo, en el caso que hoy ocupa a la Sala resulta imperiosa la intervención por parte del juez de tutela con el objetivo de conjurar la realización de un perjuicio irremediable.

A partir de los anteriores argumentos, es posible inferir que debido a las especiales condiciones en las que se encuentra el accionante, quien no sólo es padre cabeza de familia; sino que, de acuerdo con las pruebas documentales que obran en el expediente, es una persona con discapacidad que requiere atención reforzada por parte del Estado, con fundamento en lo establecido en el artículo 13 superior. La Sala de Revisión llama la atención sobre la entidad de la pérdida de capacidad laboral padecida por el accionante -la cual asciende a un porcentaje del 75.25%- que le impide participar con normalidad en el tráfico laboral, lo cual a su vez indica el grave riesgo que se cierne, no sólo sobre su derecho fundamental a la seguridad social, a la salud y al mínimo vital, debido a su grave estado de salud puesto que padece problemas relacionados con el buen funcionamiento de su corazón”[39]

El examen anterior confirma la viabilidad del recurso a la acción de tutela como mecanismo judicial de amparo. Ahora bien, para efectos de establecer si el problema jurídico planteado en la acción, mediante la cual se pretende la protección del derecho fundamental a la seguridad social, debe ser resuelto por vía de tutela es preciso dar aplicación a los criterios señalados en esta providencia, igual que en el anterior caso: (i) en primer lugar, se encuentra que el presente asunto 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 de manera específica a las restricciones de acceso a la pensión de invalidez creadas por la Ley 860 de 2003. (ii) En segundo término, como ha sido indicado en esta providencia, el panorama probatorio que rodea la pretensión de amparo se encuentra por completo esclarecido. (iii) Para terminar, según acaba de señalarse, las particulares condiciones del señor PAZ BALANTA, hacen que sea considerado como sujeto de especial protección, lo cual resulta

evidente en el caso concreto, en el que se demuestra que 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.

En el presente asunto la Sala de Revisión seguirá los precedentes señalados en esta providencia y dará aplicación al principio de progresividad. En consecuencia, ordenará a la entidad demandada emitir un nuevo pronunciamiento sobre dicha petición, en la cual el Instituto de Seguros Sociales deberá emplear la excepción de inconstitucionalidad, para así resolver la solicitud con fundamento en lo dispuesto en la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993[40].

Según los hechos de la presente tutela, quedó plenamente probado que la Dra. Laura Constanza Corredor, especializada en salud ocupacional del departamento de atención al pensionado del ISS, estableció una calificación de pérdida de capacidad laboral de PCL 75.25% con fecha de estructuración 18 de agosto de 2006. Así mismo, quedó demostrado que el peticionario cotizó de forma interrumpida al ISS a partir del 30 de marzo de 1987 hasta el 18 de agosto de 2006 (fecha de la estructuración de la invalidez) un total de 231 semanas, de las cuales 134 corresponden a los últimos tres años inmediatamente a la fecha de estructuración de la invalidez. Por lo anterior, es posible concluir que de aplicar la disposición primigenia de la ley 100 de 1993 antes mencionada, sin lugar a dudas, el tutelante sería titular de la pensión de invalidez que ahora reclama por vía de tutela, toda vez que ha cotizado más de 26 semanas al sistema de seguridad social.

Acorde con lo anterior, debe precisarse que para que se aplique el contenido específico de la progresividad del derecho a la seguridad social, además de demostrar su grave estado, por la incapacidad que padece, para reclamar la prestación económica con el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley 860 de 2003; se requiere que el accionante haya empezado a cotizar bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993. Circunstancias, que en el asunto objeto de revisión

Ahora bien, en este punto conviene precisar que, el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales en este caso concreto haya otorgado al accionante la indemnización sustitutiva, no releva a la entidad de su obligación de proteger el derecho fundamental a la seguridad social de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Constitución, el cual se vulneró al no reconocer la pensión de invalidez a la que tenía derecho, por tal motivo en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará la protección del mencionado derecho, sin que ello signifique un detrimento para el patrimonio del Estado, puesto que si eventualmente la mencionada prestación económica haya sido recibida por el accionante debe deducirse de manera proporcional de las mesadas pensionales reconocidas sin que con ello se afecte el mínimo vital del accionante.

En este orden de ideas, importa destacar que, en este caso concreto, aceptar la premisa de la existencia de la indemnización sustitutiva conllevaría a aceptar la idea según la cual el ciudadano no tiene derecho a la pensión de invalidez porque no tiene los requisitos de ley. En el asunto que hoy es puesto a consideración de esta Sala de Revisión quedó demostrado que, en aplicación de los preceptos constitucionales, en especial el principio de progresividad el accionante tiene derecho a la respectiva pensión de invalidez. Entonces, en este caso no es oponible al ciudadano el argumento que se consignó la indemnización sustitutiva, pues debe recordarse que la seguridad social es un derecho fundamental irrenunciable, por tanto el accionante tiene derecho a dicha prestación económica y no puede abdicar a ella.

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.- Respecto del Expediente T- 1.996.229 REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Catorce Laborar del Circuito de Medellín el día dieciséis (16) de abril de dos mil ocho (2008). En consecuencia, CONCEDER amparo al derecho fundamental a la seguridad social del Ciudadano ROGER DE JESUS LONDOÑO ARAQUE.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto de Seguro Social, 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 ROGER DE JESUS LONDOÑO ARAQUE 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 párrafos del artículo 33 de la presente Ley"

TERCERO.- Respecto del Expediente T-1.997.982 REVOCAR el fallo proferido Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Palmira Valle el día nueve (9) de abril de dos mil ocho (2008). En consecuencia, CONCEDER amparo al derecho fundamental a la seguridad social del Ciudadano MARCIAL PAZ BALANTA.

CUARTO.- ORDENAR al Instituto de Seguro Social, 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 MARCIAL PAZ BALANTA 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 párrafos del artículo 33 de la presente Ley"

QUINTO.- En el evento de haberse cancelado la indemnización sustitutiva al señor MARCIAL PAZ BALANTA identificado con C. C. 8.424.725; se faculta al Instituto de Seguros Sociales para que deduzca el monto de la respectiva prestación económica, de manera proporcional, de las mesadas pensionales del señor, sin que con ello se llegue a vulnerar el mínimo vital del ciudadano Marcial Paz Balata.

SEXTO.- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

[1] Folio 1 del expediente T-1.997.982.

[2] Folio 2 del expediente T-1.997.982.

[3] Folio 2 del expediente T-1.997.982.

[4] Folio 2 del expediente T-1.997.982.

[5] Ver folios 16 y siguientes del expediente T- 1.996.229

[6] Folio 35 del expediente T-1.997.982.

[7] Folio 39 del expediente T-1.997.982.

[8] Ver folio 17 del Expediente T- 1.996.229.

[9] 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

[10] 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.

[11] 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.

[12] 39° período de sesiones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales

[13] 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"

[14] Al respecto, consultar la sentencia SU-225 de 1998

[15] Observación general número 19

[16] 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"

[17] 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"

[18] 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".

[19] 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

[20] Sentencias C-896 de 2006, C-177 de 2005, C-791 de 2002, T-594 de 2006, entre otras

[21] En el mismo sentido, sentencia C-251 de 1997

[22] Resulta oportuno indicar que en la providencia bajo examen la Sala Primera de Revisión desarrolló una reiteración jurisprudencial a propósito del incumplimiento de las obligaciones patronales en materia de seguridad social que luego sería empleada para resolver el caso concreto planteado.

[23] El artículo 11 de la ley 797 de 2003, declarado inexecutable mediante Sentencia C-1056 de 2003, proferida por la Corte Constitucional, establecía lo siguiente: "ARTÍCULO 11. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ: Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido..."

[24] El artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la ley 860 del 26 de diciembre de 2003, establecía lo siguiente: "ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez. PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley."

[25] "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 inexecutable del artículo 11 de la Ley 797 de 2003". Cita contenida en la providencia

[26] 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".

[27] 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 transcribe: "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.

[28] Ver folios 7 y siguientes del expediente T- 1.996.229

[29] Ver folios 7 y siguientes del expediente T- 1.996.229

[30] Ver folios 8 y siguientes del expediente T- 1.996.229

[31] Ver folios 17 y siguientes del expediente T- 1.996.229

[32] Este hecho se encuentra probado a partir de la declaración del accionante. Con fundamento en el artículo 20 del decreto 2591 de 1991 "Presunción de veracidad: Si el informe no fuere rendido dentro del plazo correspondiente se tendrán por cierto los hechos y se entrara a resolver de plano, salvo que el juez estime necesario otra averiguación"

[33] Folio 2 del expediente T-1.997.982

[34] Folios 1 y siguientes del expediente T-1.997.982.

[35] Ver folios 16 y siguientes del expediente T-1.997.982.

[36] Folios 56 y 57 del expediente T-1.997.982

[37] Ver Historia clínica en los folios 16 y siguientes del expediente T-1.997.982.

[38] Folios 21 del expediente T-1.997.982

[39] Ver Historia Clínica folios 16 y siguientes.

[40] La versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el requisito de reconocimiento de la pensión de invalidez consistía en: "Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento de producirse el estado de invalidez".



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

