

Expediente T- 2.345.672

Sentencia T-905/09

(Diciembre 7; Bogotá D.C.)

DISCAPACITADO-Reconocimiento de protección especial por la jurisdicción constitucional

ESTADO FRENTE A SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION-Imposición de mandatos constitucionales

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para reconocimiento

ACCION DE TUTELA PARA RECLAMAR PENSION DE INVALIDEZ-Improcedencia por cuanto no se cumplen las condiciones señaladas por la jurisprudencia para que el amparo sea procedente

Referencia: Expediente T-2.345.672.

Accionante: Emiro Aníbal Rodríguez.

Accionado: Departamento de Pensiones del Instituto del Seguro Social.

Fallo objeto de revisión: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, Sala de Decisión de Tutela, que confirmó la sentencia del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES.

1. Demanda y pretensión.

1. Elementos de la demanda.

- Derechos fundamentales invocados: El accionante mediante apoderado judicial, interpuso acción de tutela en contra del Departamento de Pensiones del Instituto del Seguro Social[1], al considerar que éste ha vulnerado sus derechos fundamentales a la dignidad humana, vida, personas en circunstancias de debilidad manifiesta, protección integral de la familia, tercera edad, atención especial para los disminuidos físicos, seguridad social integral, salud y el pago oportuno de la pensión.

- Conducta que causa la vulneración: La negativa por parte del Departamento de Pensiones del Seguro Social en reconocerle a su poderdante la pensión de invalidez, por no acreditar las semanas exigidas por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, modificada por el art. 1º de la Ley 860 de 2003.

- Pretensión: Ordenar a la entidad accionada que adjudique, reconozca y liquide la pensión de invalidez a favor de su poderdante.

1.2. Fundamento de la pretensión.

El apoderado del accionante fundamenta su pretensión con las siguientes afirmaciones y medios de prueba:

Manifestó en el escrito de tutela, que el 28 de noviembre de 2007 la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Valle del Cauca[2] calificó al accionante con una pérdida de la capacidad laboral del 66.70%, diagnosticando su enfermedad como Parkinsonismo Secundario no especificado, lo cual le impide laborar en cualquier actividad.

Expresó, que el accionante tiene 59 años y es padre de un menor de diez años que vive con él y de quien depende económicamente[3]. Reseñó, igualmente, que el 4 de marzo de 2008 su poderdante presentó ante el Instituto del Seguro Social de Puerto Tejada, solicitud de pensión de invalidez, aportando la documentación exigida por la entidad. Para esa fecha su poderdante se encontraba afiliado al régimen subsidiado en salud con Caprecom, por lo que la trabajadora social del Seguro Social lo requirió para que aportara certificado de afiliación a una EPS del régimen contributivo para continuar con el trámite de la pensión de invalidez[4].

Sostuvo, también, que mediante resolución No 2702 del 25 de agosto de 2008, se le negó la pensión de invalidez a su poderdante por no acreditar las semanas exigidas por el art. 38 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 1 de la ley 860 de 2003, y que le fue notificada el 27 de octubre del mismo año[5]. Que contra dicha resolución se interpusieron los recursos de reposición y apelación[6] dentro del término legal, sin que hasta la fecha se haya notificado decisión alguna al respecto, configurándose con ello el silencio administrativo negativo a la luz del art. 60 del C.C.A. quedando así agotada la vía gubernativa.

Señaló, finalmente, que su poderdante quien tiene a su cargo la manutención de su hijo menor de edad carece de medios propios de subsistencia y que con la decisión de la accionada se le están vulnerando los derechos fundamentales antes mencionados.

El apoderado del accionante fundamentó su pretensión en los artículos 1º, 2º, 5º, 11, 13 inciso tercero, 42 inciso segundo, 46, 47, 48, 49 y 53 inciso tercero de la Constitución Política y en los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992.

2. Respuesta de la entidad accionada.

El jefe del Departamento de Pensiones del Seguro Social Seccional Cauca, mediante escrito del 13 de abril de 2009[7] dio respuesta a la presente acción de tutela. Señaló, que la decisión adoptada mediante resolución N. 2702 del 25 de agosto de 2008 en la que se negó la prestación económica solicitada, se encuentra ajustada a derecho teniendo en cuenta que el actor no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Manifestó, que las normas aplicables al caso particular son los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 y 1º de la Ley 860 de 2003, que establecen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, y que una vez realizado el estudio para determinar si el actor cumplía con esos requisitos se encontró que:

- Cumple con el porcentaje mínimo de pérdida de la capacidad laboral por cuanto es del 66.70% según el dictamen médico laboral.

- No cumple con el requisito de las 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, por cuanto tiene cero (0) semanas cotizadas entre el 29 de septiembre de 2004 al 29 de septiembre de 2007.

-No cumple con el requisito de fidelidad al sistema toda vez que el 20% de Cotizaciones que debió realizar en aportes desde el cumplimiento de los veinte años de edad y la fecha de calificación no fue cumplido.

Puso de presente el director de pensiones de la entidad, que no le corresponde al juez constitucional disponer sobre el reconocimiento o no de una pensión, ni la tutela es el medio jurídico para discutir ese tipo de conflictos, que para ello hay otra vía judicial como es la justicia ordinaria laboral, por lo que solicita se declare la improcedencia de la acción judicial impetrada.

3. Decisión de tutela objeto de revisión: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán.

3.1. Sentencia de primera instancia.

Mediante sentencia del 15 de abril de 2009, el Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Santander de Quilichao, Cauca negó el amparo considerando que si bien al actor se le diagnosticó una enfermedad grave y una pérdida de la capacidad laboral, no es del resorte del juez de tutela entrar a resolver sobre el reconocimiento y liquidación de la pensión de invalidez, máxime, cuando esta fue negada por un presunto incumplimiento de los requisitos antes señalados y lo que está aún pendiente de resolverse ante la interposición de los recursos de reposición y apelación por la entidad accionada. Consideró que si bien la acción de tutela procede excepcionalmente para el pago de salarios y prestaciones sociales, esto se presenta cuando se afecta el mínimo vital del trabajador o cuando se encuentra acreditada la inminencia de un perjuicio irremediable y ninguna de esas hipótesis aparecen acreditadas dentro del acervo probatorio.

Advirtió, que frente al silencio administrativo, si la autoridad pública omite resolver los recursos interpuestos y no cumple con los términos legales, se vulnera el derecho fundamental de petición y sería procedente acceder a la acción de tutela. Sin embargo cuando la situación de hecho que originó la supuesta amenaza o vulneración del derecho alegado desaparece, el amparo constitucional pierde su razón de ser.

Teniendo en cuenta lo afirmado por el jefe de pensiones del ISS Seccional Cauca en respuesta a la contestación de la demanda de tutela del 13 de abril de 2009, se tiene que los hechos que originaron la presente acción se encuentran superados, porque como afirmó el ente oficial mediante resolución N. 2702 de agosto 25 de 2008 se negó la pretensión incoada porque no se acreditaron los requisitos exigidos para acceder a la pensión de invalidez, la cual fue confirmada por la resolución N. 1278 de marzo 27 de 2009[8] en virtud del recurso de reposición y mediante el cual se resolvió el problema planteado. Por lo anterior se le informa al actor que puede recurrir a la vía ordinaria, lo cual hace improcedente la acción de tutela.

3.2. Impugnación.

El fallo en mención fue impugnado por el apoderado del actor, pues consideró que no es cierto lo manifestado por la entidad accionada, esto es, que su representado no cumple con dos de los tres requisitos exigidos por el art. 1º de la Ley 860 de 2003, cuales son: el requisito de fidelidad y el

de la cotización de las 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

En cuanto al primero de ellos, entre la fecha en que cumplió 20 años de edad (el 24 de diciembre de 1969) y el 28 de noviembre de 2007, fecha de la primera calificación de invalidez, transcurrieron 1977 semanas, de las cuales su poderdante cumplió 1071 como reporta en su historia laboral, lo que equivale al 54%, pues empezó a cotizar el 8 de julio de 1982 y se retiró el 30 de septiembre de 2004. Que además en las resoluciones que negaron el derecho, no se mencionó que no se cumpliera con ese requisito.

En cuanto al segundo requisito, si bien es cierto que su representado no lo cumple, la aplicación estricta de dicha normatividad contraría la Constitución y vulnera los derechos fundamentales del accionante. Indicó en su escrito, que la Carta Política en su art. 4 establece: “La Constitución es norma de normas: En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”. Por lo tanto el constituyente le otorgó prioridad a la aplicación de la norma constitucional, buscando prevenir un grave perjuicio en la humanidad del afectado, por lo que consideró que debió ser aplicada la norma superior para un individuo inválido.

De otra parte, alegó que si bien la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para lograr el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, según reiterada jurisprudencia de la Corte[9], se ha aceptado que procede en situaciones especiales como la del presente asunto, lo que hace improcedente acudir ante la justicia ordinaria. Debido a lo dilatado del proceso, se ocasionaría un grave perjuicio a su representado y a su hijo menor de edad, toda vez que por su avanzada edad y por la enfermedad grave Parkinsonismo Secundario no especificado que no tiene cura y es progresiva, por lo que la persona se deteriora rápidamente en su habilidad neuromotriz, debilitando sus músculos y la capacidad cognoscitiva, lo que le ocasiona una pérdida de la capacidad laboral del 66.70%, por lo que le resulta imposible laborar y por ende, cotizar al sistema de seguridad social en pensiones. En razón de lo anterior, solicita que se revoque la sentencia del a quo.

3.3. Sentencia de segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en sentencia del 9 de junio de 2009 confirmó la decisión de primera instancia, considerando que ante el carácter residual de la acción de tutela, esta no procede para el reconocimiento y pago de pensiones. No obstante lo anterior, admitió que la tutela procede excepcionalmente bajo ciertas circunstancias y con el cumplimiento de ciertos requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993 de cara a las modificaciones introducidas por la Ley 860 de 2003, tal como lo estableció la sentencia T-103 de 2008[10].

De igual forma sostuvo, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez certificó que la invalidez del accionante se estructuró el 29 de septiembre de 2007 y la entrada en vigencia de la Ley 860 se dio el 26 de diciembre de 2003, por lo tanto no se cumple con el primer requisito establecido en la sentencia de la Corte, como es la proximidad temporal entre la fecha de estructuración de la invalidez y la entrada en vigencia del nuevo régimen que incrementó los requisitos para acceder a la prestación.

Señaló, que se requería verificar si el accionante cumplía con los requisitos exigidos en el régimen anterior establecidos en el art. 39 de la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de dicha pensión, como son: i) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo

menos 26 semanas, al momento de producirse la invalidez y ii) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Manifestó, que de acuerdo a la información reportada, se tiene que el actor cotizó desde el 8 de julio de 1982 hasta el 30 de septiembre de 2004 y la fecha de estructuración de la invalidez fue el 29 de septiembre de 2007. Por tanto, aunque había cotizado 1071 semanas, al momento de la estructuración de la invalidez, no estaba cotizando y tampoco había cotizado durante por lo menos 26 semanas del año anterior al citado momento, de tal manera que tampoco cumplía con los requisitos exigidos por la Ley 100.

De acuerdo con lo anterior, adujo el ad-quem, que el actor no cumplió con los requisitos exigidos por las normas señaladas, por lo que el ISS no le ha vulnerado derecho alguno, debiéndose entonces confirmar la sentencia impugnada.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 21 de Agosto de 2009 de la Sala de Selección de Tutela Número Ocho de la Corte Constitucional.

2. Cuestión de constitucionalidad.

2.1. La Sala de Revisión determinará, si la acción de tutela es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez a un afiliado al Instituto del Seguro Social, a quien se le negó con el argumento de no cumplir con el requisito de las semanas de cotización exigidas por el art. 38 de la Ley 100 de 1993, modificada por el art. 1 de la Ley 860 de 2003, para lo cual deberá establecerse si se están vulnerando los derechos a la dignidad humana, la vida, la familia, la tercera edad y los derechos de los disminuidos físicos.

2.2. Con el fin de abordar el problema jurídico la Sala reiterará el precedente sobre: (i) la protección del discapacitado en el ordenamiento constitucional; (ii) los requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de invalidez y la aplicación de la sentencia C-428 de 2009. Luego establecerá si en el caso concreto se vulneraron o no los derechos fundamentales del actor por el no reconocimiento de la pensión de invalidez por parte del ISS.

3. La protección especial del discapacitado en el ordenamiento constitucional. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Nuestra Carta Política en varias de sus disposiciones, establece una protección especial para todas aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta. A su vez, en el artículo 47 establece que el Estado "adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran".

3.2. Jurisprudencia de la Corte Constitucional.

Ha señalado esta Corporación[11], que los mandatos constitucionales imponen al Estado: i) el deber de otorgar un trato diferente y tomar las medidas necesarias y favorables para que las

personas con discapacidad física o mental puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás, a fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 C.P.); ii) la obligación de proteger a las personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y el deber de sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (art. 13 C.P.); y (iii) el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran (Art. 47, 54 CP).

De este modo, se concluye que las autoridades deben obrar diligentemente frente a las personas que se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta y que merecen especial protección, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del Constituyente de garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.[12]

3.3. El caso concreto.

El actor, es una persona de 59 años, padre de un menor de 10 años, quien se desempeñaba como operario doble troque, y que ha sido calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 66.70%, diagnosticando su enfermedad como Parkinsonismo Secundario no especificado, lo cual le impide laborar en cualquier actividad por lo que se encuentra en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta por la discapacidad que padece, lo que haría procedente en principio la acción de tutela.

4. Requisitos legales exigidos para acceder a la pensión de invalidez. Aplicación de la sentencia C-428 de 2009.

4.1. La pensión de invalidez, si bien es un derecho de creación legal, encuentra fundamento en la Carta Política en los artículos 25, 48 y 53.

El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, recogido en la Ley 100 de 1993 definió en el artículo 39 los requisitos que debe acreditar todo trabajador para lograr obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez[13]. Este artículo fue modificado por la Ley 797 de 2003, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056 de 2003. Posteriormente, la Ley 100 de 1993 fue nuevamente modificada por la Ley 860 de 2003 que entró en vigencia a partir del 26 de diciembre de 2003 y que cambió las condiciones previstas para acceder a la pensión de invalidez[14]. Esta Corporación en reciente sentencia C-428 del 1° de julio de 2009[15], entró a resolver si los requisitos establecidos por la Ley 860, en comparación con los establecidos en el artículo 39 de la Ley 100, resultaban contrarios al principio de progresividad. De conformidad con lo analizado, declaró: i) la exequibilidad simple del presupuesto de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez de la que tratan los numerales 1° y 2° y ii) la inexecutable del presupuesto de fidelidad, al constatar que no se acompañaba con el principio de progresividad de los derechos sociales.

4.2. La Corte consideró, que aun cuando se aumentó el número de semanas de cotización a 50 en relación con 26 que establecía la Ley 100, ello no va en contravía del principio de progresividad, por cuanto amplió el término en que debían ser acreditadas, es decir de un año lo aumentó a tres. Esta modificación, favoreció a los sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior se encontraban excluidos del beneficio de la pensión de

invalidez. Igualmente, eliminó la diferencia establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 entre afiliados que se encontraban cotizando al sistema y aquellos que no lo estaban al momento de estructuración de su estado de invalidez, al establecer los mismos requisitos para todos los afiliados.

En cuanto al presupuesto de fidelidad, la Corte consideró que esta medida no está acorde con el principio de progresividad y no tiene una finalidad legítima y plausible desde el punto de vista constitucional, toda vez que estableció un requisito más gravoso, frente a la amenaza de derechos de las personas disminuidas en su capacidad laboral por causa de enfermedad o accidente.

Así las cosas, y como lo señaló la T-485 de 2009, las decisiones de tutela deberán ser estructuradas conforme a la nueva sentencia C-428 de 2009, que tiene efectos erga omnes, esto es, carácter obligatorio general y, por ende, oponible a todas las personas y autoridades públicas sin ninguna excepción. De acuerdo con lo anterior, la excepción de inconstitucionalidad, pierde eficacia al existir un pronunciamiento que declare la exequibilidad de un precepto jurídico[16].

4.3. El caso concreto.

Tal como se demuestra con el acerbo probatorio, el actor presentó ante el Instituto de Seguros Sociales Seccional Cauca, solicitud de pensión de invalidez el 4 de marzo de 2008, la cual le fue negada mediante resolución N. 2702 del 25 de agosto de 2008, bajo el argumento de que no reunía los requisitos establecidos en los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 y 1 de la Ley 860 de 2003, dado que no tiene las semanas exigidas por cuanto a la fecha de la estructuración de su invalidez, que fue el 29 de septiembre de 2007, no se encontraba afiliado al sistema de seguridad social en pensiones y no había efectuado ningún aporte al mismo, así como tampoco cumplía con el requisito de la fidelidad al sistema. Contra dicha resolución interpusieron recurso de reposición y apelación que fue resuelto por resolución N. 1278 del 27 de marzo de 2009, confirmando la resolución anterior que negó la solicitud.

Como quiera que al momento de la estructuración de la invalidez, que fue el 29 de septiembre de 2007, el actor no se encontraba cotizando, ni tampoco cotizó 50 semanas durante los tres años inmediatamente anteriores a dicha invalidez, no acreditó el cumplimiento de los requisitos legales señalados en la sentencia C-428, para acceder a la prestación reclamada. Por tal razón, no prospera el amparo impetrado.

5. Razón de la decisión.

5.1. La Sala no encuentra procedente la acción de tutela en el caso concreto, toda vez que el accionante no reúne el requisito para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, cual es el cumplimiento de las 50 semanas durante los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez establecida en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, presupuesto que fue declarado exequible por esta Corporación mediante sentencia C-428 de 2009. Por tal razón, esta Sala de Revisión confirmará las sentencias de instancia, lo cual no es óbice para que el demandante si así lo considera, inicie proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. CONFIRMAR la decisión proferida el 9 de junio de 2009 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, que confirmó la sentencia del Juzgado Segundo (2) Penal del Circuito de Santander de Quilichao, que negó la acción de tutela del señor Emiro Aníbal Rodríguez, por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo. Por Secretaría General, librese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

[1] El actor interpuso acción de tutela el 24 de marzo de 2009. Folio 1 del cuaderno #1 del expediente.

[2] Ver folios 6 a 8 del cuaderno #1 del expediente.

[3] Ver folios 5 y 17 del cuaderno #1 del expediente.

[4] Ver folio 11 del cuaderno #1 del expediente.

[5] Ver folio 18 del cuaderno #1 del expediente.

[6] Ver folios 19 y 20 del cuaderno #1 del expediente.

[7] Ver folios 23 a 25 del cuaderno 1 del expediente

[8] Ver folios 26 y 27 del cuaderno 1 del expediente. Resolución 1278 de marzo 27 de 2009, por medio del cual se resuelve un recurso de reposición.

[9] Ver sentencias T-1291 de 2005 y T-344 de 2005

[10] (i) Que la acción de tutela se presente como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

(ii) Que la falta del reconocimiento de la pensión afecte un derecho fundamental.

(iii) Que la negativa del reconocimiento de la pensión se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad

de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular que presta este servicio público.

El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, recogido en la ley 100 de 1993 definió en el artículo 39 los requisitos que debe acreditar todo trabajador para lograr obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Este artículo fue modificado por la ley 797 de 2003, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056/03. Posteriormente, la ley 100 de 1993 fue nuevamente modificada por la ley 860 de 2003 que entró en vigencia a partir del 26 de diciembre de 2003 y que cambió las condiciones previstas para acceder a la pensión de invalidez.

7. Como ha explicado la Corte, el amparo será procedente cuando la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez esté sustentada en una norma que, prima facie, fuera contraria al principio de progresividad de los derechos sociales. Para el caso que se analiza la Corte ha constatado que de la comparación de los requisitos dispuestos por la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez, de cara a las modificaciones introducidas por la ley 860 de 2003, se obtiene lo siguiente:

(1) el nuevo régimen establece unos requisitos más exigentes que la legislación anterior. En efecto, se constató que el nuevo régimen exige: i) un número mayor de semanas para obtener el reconocimiento de la pensión; ii) que el cotizante se encuentre afiliado al sistema; iii) que exista una fidelidad mínima de afiliación.

(2) Que las modificaciones introducidas afectan de forma considerable y con mayor intensidad a las personas de la tercera edad o que se encuentran en situación de discapacidad, quienes son consideradas como sujetos de especial protección constitucional.

(3) Que las modificaciones introducidas no contemplan medidas alternativas como un régimen de transición, que permitan aminorar la afectación desproporcionada que sufren quienes al momento de la modificación legal se encuentran cotizando.

8. Con base en las anteriores consideraciones la Corte ha concluido que el nuevo régimen resulta prima facie contrario al principio de progresividad de los derechos sociales. Sin embargo, la comprobación de la regresividad de la medida adoptada por la Ley 860 de 2003 es propia de un juicio de constitucionalidad abstracto, por lo que el juez de tutela carece de competencia para realizar una declaración en este sentido. En consecuencia, la Corte dispuso que no era suficiente constatar las dificultades sobre la regresividad de la medida, sino que era necesario que concurren otras circunstancias de orden fáctico que deben verificarse en los casos concretos. En este sentido, la Corte ha indicado que debe comprobarse que la aplicación de la medida que aparece prima facie regresiva resulta efectivamente desproporcionada. Para este efecto, dispuso que deben concurrir dos circunstancias fácticas precisas: (1) la proximidad temporal entre la fecha de la estructuración de la invalidez y la entrada en vigencia del nuevo régimen que incrementó los requisitos para acceder a la prestación y, (2) el cumplimiento de los requisitos legales consagrados en el régimen de la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

[11] Sentencia T-043 de 2005 y T-220 de 2007.

[12] Sentencia T-719 de 2003.

[13] El artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original estableció los siguientes

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

- a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 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 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARAGRAFO. 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."

[14] Ver sentencia T-103 de 2008. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

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

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

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

[15] Ver comunicado oficial N.º 29 del 1 de julio de 2009 de esta Corporación.

[16] Cfr. Sentencias C-600 de 1998, así como los Autos 108C, 110B/02, 232, 237, 285, 294 y 299 de 2002, entre otros.



