PENSIÓN DE INVALIDEZ, REQUISITOS

Corte Constitucional. Sala Plena. M. P. Mauricio González Cuervo. Sentencia C-428 del 1 de julio de 2009. Expediente D-7488.

Síntesis: El demandante acusa como inconstitucional el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se establecen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad o accidente (numerales 1 y 2), por considerarlo contrario al principio de progresividad, y regresivo en relación con lo dispuesto en el artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993. La Corte declara exequible el numeral 1 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “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”, la cual se declarará inexequible. Declara también exequible el numeral 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “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”, la cual se declara inexequible.

«(...)

1. La norma acusada.

El texto del artículo acusado, conforme a la publicación de la Ley 860 de 2003 en el Diario Oficial 45.415 de 2003 (diciembre 26), es el siguiente (subrayado lo demandado):

“LEY 860 DE 2003

Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones.

Artículo 1 º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. 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 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.”

(...)

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto por el artículo 241 numeral 4 de la Carta Política, la Corte Constitucional es competente para conocer la presente demanda.

2. Problema jurídico.

Corresponde a esta Corporación establecer si la norma demandada resulta contraria al Ordenamiento Superior y a los instrumentos internacionales ratificados por Colombia en materia de derechos humanos y, en especial, si desconoce los artículos 48 y 53 de la Constitución Política. Para esto, se analizarán los siguientes aspectos: (1) Si el legislador, al expedir la Ley 860 de 2003 en el artículo 1°, numerales 1 y 2, y que reformó el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993, vulneró el principio de progresividad del derecho a la seguridad social, al modificar el número de semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de invalidez, contradiciendo la Constitución, y (2) Si el legislador, al modificar las condiciones para acceder a la pensión de invalidez introduciendo un requisito de fidelidad consistente en la exigencia de cotización del veinte por ciento del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, contraría la Constitución, toda vez que el régimen anterior¹ tan solo exigía: (a) que el afiliado que se encontrara cotizando al régimen hubiere cotizado por lo menos veintiséis semanas, al momento de producirse el estado de invalidez o, (b) que el afiliado 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 produjera el estado de invalidez.

Aun cuando se admitió la demanda contra la totalidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, el pronunciamiento se contraerá a sus numerales 1 y 2, pues los cargos formulados sólo guardan relación con estos últimos y no se refieren al contenido normativo de los parágrafos 1° y 2°.

3. Consideraciones generales.

3.1. Inexistencia de cosa juzgada respecto del requisito de fidelidad al sistema. Alcances de la Sentencia C-1094 de 2003.

3.1.1. La Corte, al analizar una demanda formulada contra el artículo 12 de la Ley 797 de 2003 (pensión de sobrevivientes), arribó en la citada Sentencia C-1094 de 2003 a las siguientes conclusiones: “Al revisar los antecedentes de la norma, constató que el artículo 16 del proyecto de ley, proponía unos requisitos diferentes a los que finalmente fueron aprobados, dado que en la ponencia para primer debate se propuso

modificar los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, en el sentido que no se establecieran en términos de semanas sino de “densidad de cotización”. Allí se cuestionaba que (i) se consagraran exigencias diferentes para comprobar la fidelidad de la afiliación al sistema general de pensiones, dependiendo de la causa que ocasionara el fallecimiento del afiliado, esto es, haber cotizado el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del fallecimiento, si la muerte es causada por “enfermedad”, o el 20% por el mismo rango si la muerte es causada por “accidente”; (ii) se establezca que se aplicará lo prescrito para “accidente” si la causa del fallecimiento es “homicidio”, y que se aplicará lo dispuesto para “enfermedad” si es “suicidio”,

De igual manera señaló, que “Para tener derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivencia 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 del 20% de cotización durante el mismo período”². Como justificación de la propuesta se argumentó que “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”.

3.1.2. Sobre este punto es oportuno destacar que este Tribunal, en la mencionada Sentencia C-1094 de 2003, dejó en claro que como la finalidad aducida por el legislador al expedir la Ley 797 de 2003 (propiciar una cultura de afiliación al sistema general de pensiones y controlar los fraudes), no fue cuestionada por los actores en su demanda, tal motivación no sería objeto de pronunciamiento por la Corte en dicha oportunidad (Expediente D-4659). En tal sentido precisó que como lo impugnado en esa oportunidad por los accionantes, fue “el trato diferente no justificado ni razonable que la ley dispensa a los miembros del grupo familiar de quien muere por enfermedad o por accidente, así como la extensión de los mencionados porcentajes diferentes a los casos de suicidio y homicidio”, sobre ese punto específico era que habría de pronunciarse y en tal medida señaló:

“si bien no se desconoce que puedan ocurrir algunos eventos en los cuales el deceso del afiliado se produzca por negligencia o descuido de su parte, ello no es suficiente respaldar su generalización y, de paso, desestimar que, por principio, las muertes por enfermedad se producen por factores ajenos a la voluntad del afiliado, que responden a aspectos como aquellos propios de la evolución de la enfermedad, la cobertura y exclusiones del sistema de seguridad social, el tipo de afiliación, la capacidad económica de la persona, la ubicación geográfica y la eficacia de las funciones de inspección, vigilancia y control a cargo del Estado, entre otros. Estas circunstancias y la ausencia de argumentos para sustentar la distinción de trato frente a la muerte causada por accidente, hacen que la referida diferenciación carezca de fundamento razonable que la justifique desde una perspectiva constitucional.

La restricción es igualmente injustificada desde el punto de vista de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a quienes se les impone una condición más gravosa, basada en circunstancias ajenas a su voluntad.

Así entonces, no hay criterios objetivos que comprueben que la muerte por enfermedad de un afiliado al sistema general de pensiones deba merecer una exigencia superior a la fijada para los casos de muerte por accidente, cuando se trata de fijar la “densidad de cotización” para efectos de la pensión de sobrevivientes.

Así mismo, carece de fundamento razonable y suficiente la distinción que el legislador introduce para establecer la densidad de cotización a partir del suicidio u homicidio como causas de fallecimiento del afiliado. Este criterio, por sí solo, no es suficiente para soportar tal tipo de diferenciación entre los miembros del grupo familiar del afiliado en uno y otro caso, máxime si actúan como contrapeso los principios constitucionales de igualdad y universalidad de la seguridad social.

Además, en consideración a los efectos del siniestro, no es razonable afirmar que en los casos de suicidio se ponga en mayor riesgo la finalidad perseguida por el legislador, esto es el fomento de la cultura de la afiliación a la seguridad social o el control de los fraudes al sistema, que aquél que pueda derivarse de las muertes causadas por accidente. Se vulnera pues el derecho a la igualdad al exigir esos porcentajes diferentes.

De conformidad con las precedentes consideraciones, la Sala declarará inexecutable el párrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Así mismo, y sólo por los cargos analizados, se declarará la exequibilidad del resto del artículo en referencia, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 será exigible haber cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte.

VI. DECISION

RESUELVE:

(..)

Tercero. Declarar inexecutable el párrafo 2º del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 y Exequible, por los cargos analizados en esta Sentencia, el resto de este artículo, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 será exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte.”

3.1.3. Acorde con lo expuesto, la Sala estima, que para el caso no se está en presencia de una cosa juzgada en relación con el requisito exigido de “fidelidad del sistema” y de cara a las razones invocadas en la motivación de la norma donde se invoca que la misma se expide “con el fin de propiciar la cultura de afiliación al sistema general de pensiones y la de controlar los fraudes”. Se estima, que tales aspectos no fueron cuestionados por los actores en la Sentencia C-1094 de 2003. Como se indicó anteriormente, ya que lo debatido en dicha oportunidad fue la desigualdad de consagrar diferente rango de fidelidad para reclamar la pensión de sobrevivientes por “enfermedad o accidente” y por “homicidio y suicidio”³.

En ese orden de ideas, la Corte declaró para el caso inexecutable el párrafo 2º del

artículo 12 de la Ley 797 de 2003, y exequible, pero solo por los cargos analizados en esa providencia, el resto de este artículo, en el entendido que para el caso del literal a) del numeral 2 sería exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte.

3.1.4. Igualmente, en Sentencia C-1056 de 2003, la Corte analizó, entre otras, la constitucionalidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003, disposición que tenía un contenido normativo muy similar al del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, aquí demandado. Sin embargo, en dicha ocasión se revisó solamente el aspecto procedimental en el trámite de la Ley 797 de 2003, encontrando la Corte que se omitieron pasos indispensables del proceso legislativo. En aquella ocasión, la Corte señaló que:

“Del trámite específico de cada uno de los artículos 11, 18, 21 y 23 de la Ley 797 de 2003 en el Congreso de la República que ya se resumió en esta Sentencia y que ahora se analiza, surge entonces con absoluta claridad, que mediante proposición aprobada en la sesión del 18 de Diciembre de 2002, fueron suprimidos del texto del proyecto de ley sin que se votara sobre su contenido, (Acta No 18 de 10 de diciembre de 2002).

- Por lo que hace al artículo 11, no fue incluido en la ponencia para Segundo Debate en el Senado (Gaceta del Congreso No 616), ni tampoco fue aprobado en el Senado de la República, según el texto definitivo del proyecto publicado en la Gaceta del Congreso No 161 de 14 de abril de 2003 página 5.

Este artículo fue introducido “artículo nuevo” durante el debate en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes, por el representante Manuel Enríquez Rosero como Proposición Aditiva No 22 (Cuaderno No 4- pruebas enviadas por la Cámara de Representantes).

Es decir, el citado artículo 11 de la Ley 797 de 2003, tan solo fue objeto de aprobación en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes y sobre el (SIC) no se decidió ni por las Comisiones Séptimas en las sesiones conjuntas, ni tampoco por Senado de la República, no obstante lo cual fue sometido a conciliación y así se dio por aprobado en el texto de la ley”

Ante esto, se declaró inexecutable el artículo al no haberse debatido la norma de acuerdo con la normativa aplicable. El análisis se contrajo exclusivamente a los aspectos procedimentales, absteniéndose de entrar al análisis de fondo del dispositivo normativo.

3.1.6. Las anteriores consideraciones indican entonces que no se puede hablar de cosa juzgada, por cuanto las declaraciones de inexecutable analizadas se limitan a aspectos específicamente invocados en cada una de las demandas de inconstitucionalidad, ninguno de los cuales se ataca en el actual proceso. Por ende, no existiendo cosa juzgada frente a la situación planteada por el demandante, es procedente entrar a analizar de fondo el articulado demandado.

3.2. Evolución normativa en relación con los requisitos para obtener la pensión de

invalidez en el régimen común.

3.2.1. En lo pertinente a los requisitos para obtener el reconocimiento y pago de esta prestación previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (texto original), se establecía el acceso a la pensión de invalidez para los afiliados que acreditaran una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 50% y que, a su vez, se encontraran en alguno de los siguientes eventos: (i) estuvieren cotizando al régimen y tuvieran aportes equivalentes a por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; (ii) hubieren dejado de cotizar al sistema, pero acreditaran aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.⁴

3.2.2. Esta norma fue modificada por el artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003

que estableció que el afiliado que hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral debía: (i) en el caso de enfermedad común, acreditar 50 semanas de cotización en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y su fidelidad de cotización para con el sistema debía ser de al menos el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplieron 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; (ii) para el caso de invalidez originada en accidente de trabajo, sólo se exigía el requisito de la cotización mínima de 50 semanas.⁶

No obstante, esta disposición fue declarada inexecutable por esta Corporación en la Sentencia C-1056 de 2003, debido a vicios de procedimiento en su formación.

3.2.3. Los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron nuevamente modificados por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que dispuso que tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que sea declarado inválido en más de un 50 % y además acredite las siguientes condiciones:

(i) En caso de invalidez causada por enfermedad se exige “haber 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.”

(ii) En caso de invalidez causada por accidente se exige “haber 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.

Quedan exceptuados de dicha obligación “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 1º), así como “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.” (Parágrafo 2º).

3.3. El principio de progresividad de los derechos sociales constitucionales y la prohibición de regresividad.

3.3.1. Tanto la Constitución Política como otros cuerpos normativos internacionales a los que se halla vinculada Colombia, consagran el principio de progresividad en la cobertura de la Seguridad Social, y la prohibición, prima facie, de adoptar las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales.

El principio de progresividad de los derechos sociales está establecido en el artículo 48 de la Carta y desarrollado en numerosos instrumentos internacionales, consistiendo básicamente en que el Legislador no puede desmejorar los beneficios señalados previamente en leyes, sin que existan razones suficientes y constitucionalmente válidas⁷

para hacerlo. En particular, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y las observaciones del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas -intérprete autorizado del PIDESC- y el Pacto de San José de Costa Rica⁸

enuncian compromisos frente a la progresividad de la legislación en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Al respecto, la Corte Constitucional ha señalado:

“La doctrina sobre la prohibición prima facie de las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales prestacionales es ampliamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales de derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del PIDESC, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP Art. 93)⁹

, ha señalado en varias oportunidades que las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹⁰. Y esa instancia internacional ha reiterado ese criterio en las observaciones generales sobre el alcance de distintos derechos. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud, señala que frente a todos los derechos sociales “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas”, y por ello “si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente

regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.¹¹

” 12

Esta Corporación, retomando e interpretando las normas tanto de la Constitución como de los tratados incorporados al bloque de constitucionalidad¹³

, ha señalado que el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve restringida por el estándar logrado. En otras palabras, todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático, por contradecir, prima facie, el mandato de progresividad¹⁴

3.3.2. A pesar de lo anterior, la prohibición de regresividad no es absoluta ni petrifica la legislación en materia de derechos sociales, significando lo anterior que, si bien un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, puede ser justificable a través, eso sí, de un control judicial más severo.

La jurisprudencia ha determinado que para que pueda ser constitucional el cambio normativo regresivo¹⁵

, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese retroceso en el desarrollo de un derecho social. La Sentencia C-507 de 2008, tratando el tema, destacó que “la satisfacción plena de los derechos sociales exige una inversión considerable de recursos públicos con los cuales el Estado no cuenta de manera inmediata”, por lo que la exigibilidad de los derechos sociales “está sometida a una cierta ‘gradualidad progresiva’” de manera que el Estado solo está obligado a brindar un cubrimiento “hasta el máximo de los recursos posibles”, situación contemplada en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales.

Esta circunstancia ubica al Estado en la búsqueda del mayor nivel de satisfacción de los derechos económicos sociales y culturales, aunque reconociendo la existencia de limitaciones objetivas que impiden que esta sea universal e inmediata. Así, el mandato de progresividad se constituye como un dispositivo que cuenta con la “flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo real y las dificultades que implica para cada país el asegurar la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales[, en el que se establece] una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible”¹⁶ con miras a lograr el objetivo del cubrimiento completo e universal para la población. En el mismo sentido, y como garantía de compromiso con la progresividad, está claro que una norma que se presente como desfavorable frente al estándar de protección en materia de derechos económicos, sociales y culturales, habrá

de presumirse regresiva¹⁷

, por lo que se impone una carga especialmente rigurosa al Estado que se vea en la necesidad de aplicarla, de darle una consideración particularmente cuidadosa a la medida, que además deberá justificarse plenamente, como única forma para desvirtuar la presunción. Al respecto, la Corte ha señalado¹⁸

:

Como ya lo ha explicado esta Corte, cuando una medida regresiva es sometida a juicio constitucional, corresponderá al Estado demostrar, con datos suficientes y pertinentes, (1) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (2) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (3) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (4) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (5) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece¹⁹

.

En todo caso, la Corte ha considerado que el juicio debe ser particularmente estricto cuando la medida regresiva afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad. A este respecto la Corte ha señalado: "si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional"²⁰

.

(..) si se aportan razones suficientes para demostrar que, en todo caso, no existe retroceso en la satisfacción del derecho o cuando el Estado aporta razones suficientes para demostrar que luego de una juiciosa evaluación de las alternativas existentes, la decisión era necesaria para alcanzar un objetivo constitucional imperioso. Ante una medida regresiva, la carga de probar que la misma no vulnera la Constitución, se traslada a la autoridad que la adopta.

En el caso citado, al realizar el juicio de proporcionalidad, la Corporación consideró que la medida perseguía una finalidad legítima pues buscaba reducir el déficit fiscal. Sin embargo, encontró que el Gobierno no había presentado razones suficientes para demostrar que, luego de un análisis juicioso y detallado de todas las alternativas, era posible concluir que no existía otra medida tan eficaz como la estudiada pero menos lesiva del derecho de acceso a la educación pública superior²¹."

Igualmente, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas ha señalado que las medidas regresivas, que disminuyen el nivel de protección ya alcanzada de un derecho social, se presumen contrarias al Pacto, pero no están absolutamente prohibidas, en el sentido que debe entenderse que el principio de la

conservación de la condición más beneficiosa frente a cambios legislativos opera también como una prohibición prima facie, pero no como una interdicción absoluta de las medidas regresivas. Por tanto -se repite- no existe entonces una prohibición definitiva, sino que solo se predica en principio y con anterioridad a una justificación válida por hacer más exigentes las regulaciones pensionales.²²

Adicionalmente, la Corte, en la Sentencia C-177 de 2005, se refirió a la refutación de la llamada “teoría de la irreversibilidad”, pues si bien ésta encuentra terreno fecundo en épocas de desarrollo y crecimiento de las economías estatales -cuando existen presupuestos suficientes y donde es posible mantener y aumentar las inversiones de carácter social-, luego, en épocas de crisis económica con presupuestos estatales limitados, se llega a un punto en el que la propia prestación del servicio está en peligro de suspenderse o en la inminencia de incumplir el mandato que inspira el Estado Social del Derecho. Dijo la citada sentencia:

“La pretensión del actor equivale a asumir que los supuestos de eficacia diferida condicional, es decir, aquellos que sólo generan consecuencias jurídicas cuando la hipótesis en ellos contemplada tiene realización cabal, deben tratarse como supuestos de eficacia inmediata y, por ende, que las hipótesis en ellos establecidas han de tenerse por inmodificables aun cuando su realización penda todavía de un hecho futuro de cuyo advenimiento no se tiene certeza. Es la llamada teoría de la irreversibilidad que, sin éxito, ha tratado de abrirse paso en países como España y Alemania, donde ha sido rechazada no sólo por consideraciones de orden jurídico sino también por poderosas razones de orden social y económico. Aludiendo a una sola de éstas, entre muchas susceptibles de análisis, dice Luciano Parejo Alfonso: ‘En épocas de desarrollo y crecimiento de la economía, con presupuestos estatales bien nutridos, es posible la creación y puesta a punto de instituciones de carácter social que luego, en épocas de crisis económica, con presupuestos estatales limitados por la misma, resultan de difícil mantenimiento. De ahí que aparezca muy problemática la afirmación de la exigencia constitucional del mantenimiento de prestaciones otorgadas bajo una coyuntura diferente’.²³

“De aplicarse el criterio del actor, se llegaría al absurdo de que las normas laborales se volverían inmodificables y toda la legislación laboral estática, a pesar de los grandes cambios que en esta materia es necesario introducir, en atención al dinamismo de las relaciones laborales y las políticas sociales y económicas, que en defensa del interés social o general debe prevalecer sobre el particular, y las cuales finalmente redundan en el mejoramiento de la clase trabajadora”.

3.3.3. Frente a la protección de los derechos económicos sociales y culturales, en concreto los relativos al tema pensional, debe insistirse en que es inaceptable la “petrificación constitucional de los regímenes pensionales” a la que se llegaría de optar por acoger sin reserva la tesis de la irreversibilidad absoluta del estándar de protección. Como se ha visto, esta inamovilidad en materia pensional no tiene asidero a la luz de la doctrina jurídica contemporánea, por cuanto la trascendencia de los hechos económicos y sociales lleva a que en ciertas circunstancias sean necesarios restricciones puntuales en estas materias. No puede desconocerse que los Estados y las

sociedades pueden enfrentar momentos y períodos de severas restricciones económicas y abruptos cambios sociales que pueden hacer imposible el mantenimiento de un grado de protección alcanzado previamente. Consecuente con lo anterior, la Corte ha reiterado que la prohibición de los retrocesos en materia de derechos económicos sociales y culturales no es absoluta sino que “debe ser entendida como una prohibición prima facie”, lo cual significa que “un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable”²⁴

Aparte de lo anterior cabe resaltar que dentro de un Estado Social de Derecho se debe tener en cuenta el contexto económico y social con el fin de evitar las inequidades y los efectos perversos de los fallos de constitucionalidad. Así lo ha manifestado esta Corporación, cuando ha establecido que la labor del juez constitucional en un Estado Social de Derecho, no excluye la valoración constitucional de aspectos socioeconómicos que resulten pertinentes para solucionar el problema jurídico respectivo. Esta Corporación ha reconocido que “[e]n las sentencias (...) sobre las instituciones rectoras de la política macroeconómica o sobre las metas de la misma, la Corte les había reconocido a [las] variables [socioeconómicas] un valor constitucional²⁵

. Un claro ejemplo de lo anterior aparece en relación con las sentencias sobre las leyes anuales de presupuesto cuando ha resaltado la importancia de ponderar la racionalización del gasto público en el análisis constitucional²⁶

. También ha sido explícita en valorar las metas de la política macroeconómica en coyunturas críticas como manifestaciones de un interés general imperioso²⁷

”.

3.3.4. Así, con fundamento en el principio de progresividad de los derechos sociales y de no regresividad de las normas sobre seguridad social, no se puede concluir que las regulaciones sobre regímenes pensionales sean absolutamente inmodificables. Excepcionalmente, cuando exigentes circunstancias lo ameriten y se encuentre plenamente justificado, puede procederse la revisión legislativa o constitucional de las normas pensionales en defensa del interés general, de la concreción de otros principios como la ampliación progresiva de la cobertura social o de la realización de políticas sociales y económicas para lograr la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y asegurar el bienestar de futuras generaciones.

3.4 El principio de favorabilidad en materia laboral

3.4.1. En el mismo sentido y en lo que compete a la condición más favorable o más beneficiosa en el ámbito laboral y al no menoscabo por la ley de los derechos de los trabajadores, el artículo 53 C.P.²⁸

reconoce que las nuevas normas de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables consolidadas previamente para los trabajadores, de modo que las más beneficiosas para el trabajador deben ser reconocidas y respetadas por las leyes

posteriores. El principio de favorabilidad en materia laboral “opera en caso de duda, tanto en la aplicación como en la interpretación de las fuentes formales del derecho. La razón de ser de este principio es la protección al artífice de la perfección social que es el trabajador, en razón de su situación de debilidad económica o material frente al patrono en la relación laboral. El trabajador no puede ser sometido a principios de desfavorabilidad, porque ello supondría una acción en desmejora de beneficios adquiridos, y tenidos como fines del Estado Social de Derecho (Cfr. Preámbulo), en aras de fortalecer cuestiones subordinadas al artífice del trabajo”²⁹

. En aplicación de lo anterior, la Corte ha dicho:

“Dentro de este marco, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido los requisitos para que en un caso concreto pueda argumentarse la existencia de una duda sobre la legislación aplicable, la cual permita la aplicación del principio en comento. En efecto, la Sentencia T-1268 de 2005, al estudiar un caso similar a los planteados en la referencia, estimó como la favorabilidad laboral resulta aplicable “no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los elementos del principio de favorabilidad laboral son (i) la noción de “duda” ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y (ii) la noción de “interpretaciones concurrentes””. || En estos aspectos, la Corte ha considerado que la “duda” debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.”

En cuanto a la razonabilidad de la duda que precede a la aplicación del principio de favorabilidad laboral, la Corte también ha identificado requisitos definidos. Al respecto, la Sentencia T-545 de 2004 consideró que la utilización del citado principio estaba supeditada, en todo caso, a la presencia de una divergencia interpretativa sobre las fuentes formales de derecho, la cual debe estar precedida de un número plural de interpretaciones que son consideradas como razonables y objetivas. Para que estos requisitos concurren en el caso concreto, debe comprobarse que tales interpretaciones concuerdan con criterios de (i) corrección de la fundamentación jurídica; (ii) aplicación judicial o administrativa reiterada, y (iii) corrección y suficiencia de la argumentación.³⁰

” 31

3.4.2. Sin embargo, al igual que frente al principio de progresividad, la Corte ha explicado que el principio de favorabilidad en materia laboral previsto por el artículo 53 Superior no impide, per se, la modificación de la normatividad existente, incluso si

la nueva regulación resulta menos favorable al trabajador, ya que este principio tiene el sentido de asegurar el deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda y de coexistencia de varias disposiciones, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que le sea más favorable (in dubio pro operario), pero no necesariamente impedir las transformaciones legislativas cuando estén justificadas a luz de los criterios constitucionales que limitan el margen del Legislador.

3.5. El derecho a la seguridad social en pensiones y la potestad de configuración del Legislador en esta materia.³²

3.5.1. La Corte ha reconocido el amplio margen de configuración que tiene el Legislador para regular lo concerniente al sistema de seguridad social³³, de acuerdo con los artículos 48 y 365 de la Constitución que establecen una fórmula abierta para organizar y coordinar la prestación de dicho servicio, sin limitar su desarrollo a una estructura única, siempre que se respeten los principios constitucionales que lo rigen y los derechos constitucionales. De esta manera, el Legislador puede diseñar el sistema de seguridad social a través de distintos modelos, y el hecho de optar por alguno en una reforma legal, no implica per se la existencia de una inconstitucionalidad. En Sentencia C-789 de 2002, esta Corporación sostuvo:

“La Constitución delega al legislador la función de configurar el sistema de pensiones, y le da un amplio margen de discrecionalidad para hacerlo, precisamente para garantizar que el sistema cuente con los “medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante,” y para darle eficacia a los principios de universalidad, eficiencia y solidaridad, conforme al artículo 48 de la Carta. De tal modo, es necesario que el legislador pueda transformar las expectativas respecto de la edad y tiempo de servicios necesarios para adquirir la pensión, de tal forma que el Estado pueda cumplir sus obligaciones en relación con la seguridad social, a pesar de las dificultades que planteen los cambios en las circunstancias sociales”.

3.5.2. En otra oportunidad, frente a una demanda propuesta contra algunos apartes de los artículos 15, 19 y 21 de la Ley 100 de 1993, este Tribunal reiteró los criterios establecidos anteriormente al señalar en la Sentencia C-714 de 1998 que “A juicio de la Corte las disposiciones jurídicas acusadas descansan en la libertad que la Constitución le otorga al legislador para diseñar el sistema o los subsistemas de seguridad social que mejor se adecuen a los propósitos que éste debe cumplir dentro de un estado social de derecho y para disponer que ella se extienda de manera progresiva, cuantitativa y cualitativa a la totalidad de la población colombiana, según los artículos 46 y 48 superiores”³⁴

3.5.3. Acorde con lo expuesto es claro, que en función del cumplimiento de los mandatos contenidos en el artículo 48 superior y en particular de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, el Legislador bien podía adoptar dentro del ámbito de su potestad de configuración las medidas que estime adecuadas para asegurar la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social y la garantía a todos los habitantes del derecho irrenunciable a la seguridad social.

3.6. Los principios de razonabilidad y proporcionalidad en los tránsitos legislativos en materia pensional.

3.6.1. En reiteradas ocasiones esta Corporación se ha pronunciado de manera general sobre el significado y el alcance de la protección constitucional a los derechos adquiridos y sobre las diferencias con la protección que reciben las expectativas legítimas³⁵. Recogiendo tales criterios doctrinarios y jurisprudenciales comúnmente aceptados sobre la materia, ha estimado que los derechos adquiridos presuponen la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Entre tanto, en las expectativas, tales presupuestos no se han consolidado conforme a la ley, pero resulta probable que lleguen a consolidarse en el futuro, si no se produce un cambio relevante en el ordenamiento jurídico.

3.6.2. La Corte también ha sostenido que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado. Ello se debe a que, por encima de cualquier protección a estos intereses, prevalece su potestad configurativa, la cual faculta al legislador para darle prioridad a otros intereses que permitan el adecuado cumplimiento de los fines del Estado Social de Derecho³⁶

. Sobre el particular la Corte en la Sentencia C-781 de 2003 advirtió, que no todo cambio significa desconocer derechos adquiridos cuando dijo:

“[Ello]no significa que la legislación deba permanecer petrificada indefinidamente y que no pueda sufrir cambios o alteraciones, y tampoco que toda modificación normativa per se desconozca derechos adquiridos, ‘pues nadie tiene derecho a una cierta y eterna reglamentación de sus derechos y obligaciones, ni aún en materia laboral en la cual la regla general, que participa de la definición general de este fenómeno jurídico, en principio hace aplicable la nueva ley a todo contrato en curso, aun si se tiene en cuenta aspectos pasados que aún no están consumados, y tiene por lo tanto efectos retrospectivos, de un lado, y pro futuro, del otro’³⁷

”. (Subrayas fuera del original)

3.6.3. Aún así, esta Corporación también ha sostenido que cualquier tránsito legislativo debe consultar parámetros de justicia y equidad, y que, como toda actividad del Estado, está sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad³⁸

. Las expectativas legítimas de quienes aspiran a pensionarse bajo un régimen determinado, deben “ser objeto de alguna consideración protectora por el legislador, con el fin de evitar que los cambios de legislación generen situaciones desiguales e inequitativas, de promover o de asegurar beneficios sociales para ciertos sectores de la población o, en fin, para perseguir cualquier otro objetivo de interés público o social”³⁹

. En este sentido, las expectativas legítimas no pueden ser modificadas de una manera arbitraria por parte del Legislador en contraposición a la confianza legítima de los

ciudadanos. Lo pueden ser, sin embargo, “bajo parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija [al legislador] para el cumplimiento cabal de sus funciones” 40

Tal exigencia se predica en general de cualquier cambio legislativo que implique la alteración o modificación de derechos o intereses especialmente relevantes para los ciudadanos. Sin embargo, si se trata de expectativas próximas a consolidarse⁴¹

, - por ejemplo en materia pensional-, la necesidad de un tránsito legislativo razonable y proporcional es especialmente importante. En tales casos, además de preservar la confianza legítima de los ciudadanos⁴²

, deberán considerarse por el legislador, criterios de proporcionalidad y razonabilidad en la afectación de sus derechos, así como el principio de progresividad de los derechos sociales y el principio de favorabilidad laboral. Sobre este aspecto en la Sentencia C-038 de 2004, la Corte recalcó la distinción entre los conceptos de derechos adquiridos y de expectativas legítimas, y advirtió que los cambios en las normas laborales no solamente debían analizarse desde el punto de vista de la diferencia conceptual entre derechos adquiridos y mera expectativas, sino que deberían tenerse en cuenta además, otras restricciones al legislador como son los principios mínimos del trabajo previstos en el bloque de constitucionalidad, el deber de desarrollo progresivo de los derechos sociales y la prohibición prima facie de los retrocesos. Dijo esta sentencia sobre tales aspectos lo siguiente:

“Los principios constitucionales del trabajo y el respeto de los derechos adquiridos no son los únicos que limitan la libertad de configuración del Legislador cuando adelanta una reforma laboral. Existe otra restricción en este campo, que es a primera vista menos obvia, pero que tiene un sustento normativo, doctrinario y jurisprudencial muy claro, y es la siguiente: la Constitución hace del trabajo no sólo un derecho fundamental sino que además éste es un principio y valor del ordenamiento, por lo cual el Estado tiene el deber de protegerlo especialmente (CP arts. 1º y 25). Además, el derecho al trabajo es un derecho social, que como tal tiene unos contenidos mínimos, que son de aplicación inmediata y deben ser protegidos siempre por el Estado, pero que igualmente es, como todo derecho social, un derecho de desarrollo progresivo”. (Subrayas fuera del original).

Con el fin de garantizar la progresividad de los derechos sociales, se consagran regímenes de transición, que le permiten al legislador ir más allá de la protección de los derechos adquiridos de las personas, para salvaguardar incluso “las expectativas de quienes están próximos por edad, tiempo de servicios o número de semanas cotizadas a adquirir el derecho a la pensión de vejez, lo que corresponde a una plausible política social que en lugar de violar la Constitución, se adecua al artículo 25 [de la Carta] que ordena dar especial protección al trabajo⁴³”. Los regímenes de transición, en consecuencia, (i) recaen sobre expectativas legítimas de los asociados y no sobre derechos adquiridos; (ii) su fundamento es el de salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad

con el régimen anterior y (iii) su propósito es el de evitar que la subrogación, derogación o modificación del régimen anterior, impacte excesivamente las aspiraciones válidas de los asociados, especialmente si existe la posibilidad de minimizar esa incidencia y de armonizar las expectativas ciudadanas y los cambios legislativos a través de un régimen de transición.

3.6.4. Como el legislador tiene plena competencia para modificar la ley como parte de sus atribuciones constitucionales (Art. 150 numeral 1 C.P.) y puede hacerlo dentro del margen de configuración que le es propio, es constitucionalmente legítimo que se utilice la figura del régimen de transición para evitar que una decisión relacionada con expectativas pensionales legítimas bajo la vigencia de una ley, se vea desvirtuada completamente por una ley posterior, en desmedro de quienes aspiraban a que sus derechos pudieran llegar a consolidarse bajo el régimen previo.

3.7. Jurisprudencia de tutela frente al tema del tránsito normativo que modificó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

3.7.1. La determinación sobre la regresividad de las modificaciones introducidas por el artículo 1° de 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”⁴⁴

. No obstante, el análisis realizado por esta Corporación en sede de revisión de tutela puede aportar valiosas luces sobre la aplicación a casos concretos de la normativa.

En general, cuando la Corte Constitucional inaplicó por inconstitucionales los requisitos de la Ley 860 de 2003, lo hizo considerándolos más gravosos frente a los exigidos por el artículo 39 de la ley 100 de 1993, de tal manera que “esta Corporación ha constatado la regresividad que implica la vigencia del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 para efectos de acceder a la pensión de invalidez al exigir requisitos anteriormente no contemplados por la ley, como ocurre con las condiciones de fidelidad que establece el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 y establecer condiciones más estrictas para acceder a esta prestación, a través del aumento de las semanas de cotización”⁴⁵. En general, de la jurisprudencia analizada se pueden extraer los argumentos fundamentales que se encaminan a resaltar lo gravoso de la norma frente a los accionantes.

3.7.2. Afectación que genera la Ley 860 de 2003 a una población especialmente vulnerable, en este caso la población discapacitada.

Teniendo en cuenta que la Constitución, los tratados de derechos humanos y la propia jurisprudencia de la Corte, han reconocido que las personas discapacitadas son acreedoras de una protección especial en atención a las desventajosas circunstancias que enfrentan y en aplicación de la cláusula de igualdad, las sentencias analizadas exponen la contradicción prima facie entre el endurecimiento de los requisitos de acceso de esta población a la pensión de invalidez y la necesidad de proteger y garantizar la igualdad de los discapacitados.

Aún más, la jurisprudencia identificó una población que debe afrontar una dificultad aún

mayor para acceder a la pensión de invalidez: la población discapacitada y a la vez de la tercera edad. Esto es así porque conforme se va aumentando la edad del cotizante, el requisito de fidelidad exigido por la Ley 860 de 2003, consistente en haber cotizado al menos el 20% del tiempo desde que se cumplen los 20 años les exige progresivamente más tiempo, requisito que puede llegar a hacer realmente complicado el acceso a la pensión para una persona que para el momento en que se impuso el requisito no había realizado un cotización bastante completa.

En la Sentencia T-221/2006 la Corte señaló, refiriéndose al requisito de fidelidad en la cotización al sistema, que:

“[s]e pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que “es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población”⁴⁶

, 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.

Así las cosas, encontramos que la norma, para el caso concreto, debe ser inaplicada por inconstitucional al vulnerar los artículos 13, 46 y 48 de la Carta Política relativos, en su orden, a la especial protección que merecen las personas en circunstancia de debilidad manifiesta, a la protección y asistencia que merecen las personas pertenecientes a la tercera edad, y al derecho a la seguridad social”⁴⁷

Al respecto, la sentencia señaló “que, para cumplir con la exigencia de fidelidad al sistema, las personas deben cumplir con las siguientes semanas de cotización al sistema”:

Edad en que se presenta la configuración de invalidez

Semanas de cotización requeridas

Entre 20 y 30 años

Entre 0 y 104

Entre 30 y 40 años

Entre 104 y 208

Entre 40 y 50 años

Entre 208 y 312

Entre 50 y 60 años

Entre 312 y 416

Entre 60 y 70 años

Entre 416 y 520

Entre 70 y 80 años

Entre 520 y 624

Entre 80 y 90 años

Entre 624 y 728

Lo anterior ha conducido a la Corte a aseverar que la afectación a los derechos de las poblaciones en especial estado de desprotección se aprecia como mucho más intensa y aún más, que con el cambio normativo relativo al requisito de fidelidad en la cotización se vulneran los derechos a la igualdad de las personas de tercera edad de la población discapacitada, y se desconoce el mandato de protección a las personas en debilidad manifiesta, apareciendo como una regulación que desampara precisamente a los sujetos que requieren de una mayor protección.

3.7.3. Regresividad prima facie de la norma analizada.

En general se analizó la norma bajo la luz de unos parámetros uniformes, sostenidos a lo largo del desarrollo jurisprudencial del tema, determinándose que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797 de 2003 como en la Ley 860 de 2003, “han estado dirigidas a imponer requisitos más rigurosos para acceder la prestación económica tales como (i) el aumento en el número de semanas de cotización en el periodo anterior a la estructuración de la invalidez; y (ii) la incorporación de un nuevo requisito, relativo a la fidelidad mínima al sistema de seguridad social en salud, el cual otorga un nivel de protección más favorable a aquellos trabajadores que han cotizado continuamente, desde el inicio de su vida laboral.⁴⁸

”49

, mostrándose claramente regresivas. Esta afirmación de la Corte se fundó en la comprobación de “las siguientes circunstancias: (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica de pensión por invalidez; (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”⁵⁰

Dado lo anterior, la Corte asumió que se estaba frente a una medida regresiva, y que por lo mismo debía presumirse su inconstitucionalidad, prima facie, “la cual podrá desvirtuarse cuando se logr[ara] establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o las expectativas legítimas⁵¹

”⁵²

. Sin embargo, ninguna de estas circunstancias de exclusión de la inconstitucionalidad de la norma se encontraron en la disposición para los casos concretos analizados, aspecto que se manifiesta claramente en que en ninguna de las 17 sentencias analizadas⁵³ la Corte determinó que la aplicación de la disposición para el caso concreto estaba acorde con la Constitución. Por el contrario consideró que se estaba frente a la vulneración de los postulados de la Constitución, y por ende procedió a tutelar el derecho y a ordenar que se privilegiara la disposición contenida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original.

En la Sentencia T-080/2008 se concluyó que “a pesar de que el legislador en ejercicio de su potestad de configuración puede establecer las reglas que regirán la seguridad social, el principio de progresividad limita el ámbito para el ejercicio de dicha potestad, ya que exige que no se desconozcan reconocimientos ya efectuados a favor de los afiliados, esto es, que no se contemplen medidas que resulten más restrictivas que las existentes. En este sentido, dichas medidas se presumen prima facie inconstitucionales, salvo que sea posible establecer que ellas obedecen a criterios de razonabilidad y proporcionalidad que hacen imperiosa la necesidad de dar ese paso regresivo en el desarrollo de este derecho prestacional”.

Finalmente, cabe anotar que como mecanismo para la determinación del carácter regresivo de la norma, la Corte dispuso que “deben concurrir dos circunstancias fácticas precisas [en el caso concreto]: (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”⁵⁴

4. Análisis de la demanda de la referencia.

4.1. El demandante acusa como inconstitucional el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se establecen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad o accidente, por considerarlo contrario a lo dispuesto en el

artículo 48 de la C.P., que establece el principio de progresividad que rige la cobertura del sistema de seguridad social, así como contrario al inciso 5º del artículo 53 de la C.P., que prohíbe menoscabar los derechos de los trabajadores.

En tal sentido señala que al aumentar la cantidad de semanas cotizadas requeridas para tener derecho a percibir la pensión de invalidez, de 26 a 50, y establecer un requisito de fidelidad al sistema, que exige haber cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre cuando cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de invalidez, se vulnera el ordenamiento superior.

4.2. En la exposición de motivos efectuada al proyecto de ley número 140 de 2003 Senado, 166 Cámara “por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003”⁵⁵, que finalmente culminó con la expedición de la Ley 860 de 2003, se indica que el proyecto de ley busca subsanar los defectos de forma que halló la Corte Constitucional en el trámite de las iniciativas que a la postre fueron sancionadas como Ley 797 de 2003. Destacó igualmente, la importancia que revisten las modificaciones propuestas en el proyecto al Sistema Pensional, para su sostenibilidad financiera. De otro lado, indicó que el contenido del proyecto de ley -de origen gubernamental- contempla tres propuestas a saber: (i) modificar parcialmente el régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; (ii) modificar en los mismos términos que traía el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, relativo a los requisitos que deben cumplirse para obtener la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones; (iii) derogar el parágrafo 1º del artículo 27 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, al referirse en particular a las modificaciones propuestas al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 -que versa sobre los requisitos que deben cumplirse para obtener la pensión de invalidez-, invocó como justificación la de incentivar la cultura de la afiliación a la seguridad social y controlar los fraudes. En tal sentido expuso lo siguiente:

“2. Pensión de Invalidez

Las normas originales contenidas en la Ley 797 en relación con las pensiones de invalidez o de sobrevivencia establecían que aquellas causadas por enfermedad común, se exigía 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 era un accidente, el requisito es del 20% de cotización durante el mismo período.

Sin embargo, la honorable Corte Constitucional declaró la inexecutable de la diferencia establecida entre el siniestro causado por enfermedad y por accidente, pues, en su criterio, no existen bases razonables para señalarla.

En consideración a lo dictaminado por la jurisprudencia constitucional, la norma original se modifica para unificar en el 20% la densidad de cotización para efectos del origen.

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 período.

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

4.3. En Colombia, como es de conocimiento, el sector del sistema de seguridad social en pensiones se ha convertido ‘en una bomba de tiempo’, que pone en peligro la sostenibilidad del mismo debido a un pasivo pensional ingente que genera grandes presiones presupuestales para el sistema. Aparte de lo expuesto, es un hecho irrefutable que la población no cotiza sistemáticamente, ya por la insuficiencia, inestabilidad o informalidad de la oferta laboral o por prácticas de elusión que han carecido de adecuados controles y sanciones. Atendiendo muchas de estas problemáticas, el Legislador expidió la Ley 100 de 1993 para procurar solución a los problemas financieros estructurales del sistema pensional, los cuales, en buena parte habían sido el resultado de modelos basados en bajas cotizaciones -si es que las había-, dispersión de regímenes pensionales y beneficios exagerados, dejando de lado por completo el tema de la sostenibilidad en el largo plazo como esperanza de cubrimiento prestacional para las generaciones futuras.

Sin embargo, la reforma introducida por la Ley 100 de 1993, si bien extensa y persiguiendo fines constitucionales legítimos, ha demostrado ser insuficiente frente a nuevas realidades de tipo demográfico, como son la disminución en las tasas de natalidad, fecundidad y mortalidad, combinadas con aumentos en la esperanza de vida al nacer. La anterior problemática, hace que cada día la cantidad de recursos disponibles del sistema sean menores, haciendo necesaria la aplicación de medidas que permitan la viabilidad del esquema pensional tanto a corto como a mediano y largo plazo. Sumado a lo anterior, el desequilibrio financiero del Régimen de Prima Media se ha agudizado, por cuanto la relación entre el número de pensionados y el número de afiliados cotizantes, no guarda correspondencia y los pagos de la nómina de pensiones a cargo del Presupuesto General de la Nación han venido incrementándose cada año en forma alarmante⁵⁶.

Para financiar el gasto social de pensiones, que compromete un amplio porcentaje del PIB, la Nación ha debido entonces disponer de recursos que de otra forma hubieran estado destinados a otros fines y objetivos esenciales del Estado. Y de no hacerse ajustes al régimen pensional los desequilibrios se irán agravando, con detrimento de la inversión social, de las condiciones para la generación de empleo, de la ampliación de la cobertura del Sistema y del nivel prestacional de goce de los propios pensionados, en la coyuntura y en el largo plazo.

4.4. Las leyes integrales o sectoriales de ajuste en el sistema de seguridad social pensional, a pesar de presumirse inconstitucionales, prima facie, de acuerdo con lo expuesto en precedencia, pueden demostrarse necesarias, proporcionales, conducentes

y aún convenientes desde una perspectiva global, descartándose con ello su inexecutable. Reconociendo esto, la Corte reiteradamente ha señalado que el Legislador tiene un papel protagónico en materia de regulación de la seguridad social⁵⁷

con el propósito de garantizar la viabilidad económica del sistema, la eficiencia de los principios que lo gobiernan⁵⁸

, derivando de ello las potestades de configuración de las condiciones y los mecanismos de afiliación. Además, ya se ha dicho, no se puede pretender petrificar el régimen pensional e impedirle al Congreso reducir inequidades, promover la materialización del principio de Estado Social de Derecho y propender por la sostenibilidad del sistema pensional, pues tal efecto resultaría perverso para el propio sistema.

Así, teniendo en cuenta que la Corte ha entendido que la prohibición de las regresiones no es absoluta sino que “debe ser entendida como una prohibición prima facie”, lo cual significa que “un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable”⁵⁹, debe entonces la Sala, entrar a analizar si la finalidad invocada por el legislador al expedir la Ley 860 de 2003, según la cual, con la norma se buscaba reducir el déficit fiscal y evitar la evasión y el fraude, cumple con los requisitos de razonabilidad y proporcionalidad que exige el ordenamiento Superior.

4.5. La Corte, analizando las disposiciones demandadas del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, enfrenta los siguientes interrogantes: (i) ¿Podía el legislador aumentar las semanas de cotización al sistema de 26 a 50, para adquirir el derecho a la pensión de invalidez? (ii) ¿Podía, igualmente, el legislador exigir como nuevo requisito al afiliado para obtener la pensión de invalidez, la fidelidad de cotización para con el Sistema General de Pensiones de al menos el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez?

Sea lo primero señalar que el examen que realice la Corte Constitucional no puede desconocer la libertad de configuración del Legislador, como titular de una significativa discreción en materia pensional. Sin embargo, como esta reforma debe considerarse, prima facie, regresiva en la protección de un derecho social ya que puede implicar una afectación a personas en estado de debilidad manifiesta (discapacitados), su control constitucional ha de ser aún más estricto⁶⁰. Ahora bien, el que las regulaciones acusadas sean menos favorables que aquellas que fueron subrogadas no implica su inconstitucionalidad automática, por cuanto la Constitución faculta a Legislador para realizar cambios normativos, siempre que exista una posible justificación de las disminuciones en la protección de derechos sociales. Como se expuso atrás, si bien debe existir la protección constitucional a la estabilidad de los regímenes pensionales, resulta inadmisibles aceptar la “petrificación constitucional” de los mismos.

4.6. En el presente caso, el demandante acusa como inconstitucional el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, mediante el cual se establecen los requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad o accidente (numerales 1 y 2), por considerarlo

contrario al principio de progresividad, y regresivo en relación con lo dispuesto en el artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993. Para una mayor ilustración sobre el caso a continuación se transcribe el texto de las normas en conflicto:

Artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993

Artículo 1° de la Ley 860 de 2003

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”

“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.

4.7. En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Al respecto, sostienen algunos intervinientes que este aumento -de uno a tres años- favoreció enormemente a sectores de la población que carecen de un empleo permanente y que bajo la normatividad anterior (Art. 39 de la Ley 100 de 1993) se encontraban excluidos del beneficio de la pensión vitalicia de invalidez; en efecto, si para la fecha de consolidación del estado de invalidez una persona no se encontraba cotizando pero reunía más de 26 semanas cotización correspondientes a años

anteriores, le era negado el derecho a la pensión de invalidez por no haber concentrado tales semanas en el último año.

Este aspecto es especialmente relevante si se tiene en cuenta la evidente inestabilidad del mercado laboral colombiano en el que tan sólo el 39% de las personas afiliadas al sistema pensional paga su cotización en un mes dado⁶¹

. Lo anterior implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, prima facie, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada: les exigía cotizar el 50% del tiempo trabajado en el año inmediatamente anterior al momento de la estructuración de la invalidez en caso de que no se encontraran cotizando, dejando de lado situaciones como la informalidad o el desempleo que tanto afectan a la población. En el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.

Esta circunstancia conduce a señalar que el supuesto carácter inequívocamente regresivo de la medida no es cierto y que, por el contrario, se puede derivar de su aplicación una progresión en el acceso a la pensión de invalidez al reducirse la densidad requerida para que sea concedida.

4.8. De igual manera, el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 eliminó la diferencia establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 entre afiliados que se encontraran cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran al momento de estructuración del estado de invalidez, al establecer los mismos requisitos para todos⁶², reconociendo el hecho de que a gran parte de la población cotizante la afecta la inestabilidad laboral y la informalidad. La eliminación de la distinción y la equiparación de las condiciones entre los cotizantes activos y los que han dejado de aportar, es una aplicación del principio de solidaridad y equidad, puesto que muchas de las personas dejan de pagar sus aportes debido a circunstancias completamente ajenas a su voluntad. Así, queda contradicho el carácter inequívocamente regresivo de la disposición pues no se puede generalizar la presunta afectación a toda la población, pues como se ha visto, un amplio porcentaje de la misma puede beneficiarse de la aplicación de lo dispuesto en la Ley 860 de 2003.

Así, ante las hipótesis de aplicación que permiten inferir la favorabilidad, se dará aplicación al principio de libertad de configuración del legislador en materia de pensiones, y una interpretación favorable de la duda frente a la supuesta regresividad de la norma, a manera de ejecución del principio in dubio pro legislatore.

4.9. Ahora bien, la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con la modificaciones introducidas en los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante. En la norma - numerales 1 y 2-, se estipuló la demostración de su fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas 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”.

El establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez. En este caso no hay población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, y no se advierte una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia de revisión de tutela señaló:

“Al analizar la comentada finalidad, la Corporación concluyó que en relación con las personas de la tercera edad no había existido “un análisis significativo para la adopción de la medida” que, a la postre, desconoce sus garantías mínimas, pues “resulta paradójico que, so pretexto de promover la cultura de la afiliación” y mediante la exigencia de un requisito que contempla un incentivo “para los agentes en el sentido de afiliarse desde temprana edad, toda vez que sólo así podrán gozar de las garantías propias en materia de seguridad social en pensiones”, se penalice “a aquellas personas que carecen de un hábito en tal sentido” y que “se comportaron de acuerdo a la legislación imperante hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003”⁶³

Así las cosas, la Corte ha estimado que “la cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella” y que tampoco se puede pretender infundirla “desprotegiendo a ciertos sectores de la población, sin crear un régimen de transición o un mecanismo similar” para proteger “a las personas que bajo diferentes condiciones venían cotizando al sistema”, motivos por los cuales, el requisito de fidelidad al sistema debe ser entendido como una proyección que “no es predicable respecto de las personas que al momento de entrar en vigencia la norma ya hacían parte de la tercera edad, toda vez que sobre ellas ya no puede recaer la pretendida culturización”⁶⁴

En conclusión, la medida adoptada por el legislador “sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección”, es desproporcionada y carece de justificación, porque en el seno del Congreso de la República “no se adelantó un debate sobre la incidencia de la norma”, ni se consideró la posibilidad de adoptar “medidas alternativas para acometer los mismos propósitos procurando disminuir el impacto negativo sobre la población”⁶⁵

, de todo lo cual se desprende que desconoce el principio de progresividad.”⁶⁶

Lo anterior permite apreciar como éste requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del anterior caso analizado, respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de

semanas requeridas. A pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas de las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad. En muchos casos, los afiliados de la tercera edad que padecen de discapacidad van a encontrarse con una barrera infranqueable de acceso al beneficio, pues muchos de ellos ya no podrán cumplir el nuevo requisito consagrado en la norma, a pesar de cotizar el 100% de los periodos restantes. Se aprecia la desprotección a la población incapacitada más vulnerable, como es la perteneciente a la tercera edad. Igualmente debe resaltarse que para “promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude”, existen otras alternativas de tipo administrativo, que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas.

En cuanto al propósito de evitar el fraude, la jurisprudencia de tutela ha señalado que “es claro que la búsqueda de dicha finalidad a partir de una exigencia como la señalada, además de presumir la mala fe de los afiliados, genera que personas que en forma imprevista y sorpresiva se han visto afectadas en su salud por una grave enfermedad o por un accidente que los lleva a un estado de invalidez, queden desprotegidas y no puedan acceder a un beneficio establecido precisamente para evitar esta situación”⁶⁷: De manera que la norma, contrario a impedir fraudes al sistema, termina presumiendo la mala fe de todos los afiliados, sometiéndolos a un requisito que puede hacer nugatorio el beneficio de la pensión de invalidez.

Derivado de las anteriores consideraciones, puede decirse que el costo social que apareja la modificación introducida por el requisito de fidelidad incluido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 es mayor que beneficio que reportaría para la colectividad. En efecto, como se expuso anteriormente, implica la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.

Las anteriores consideraciones llevan a concluir que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1 como en el 2, deben ser declarados inexecutable puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma.

4.10. Con fundamento en lo expresado anteriormente, la Corte procederá a declarar exequibles los apartes demandados del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, excepto frente al requisito de fidelidad, que se declarará inexecutable tanto en el numeral 1 como en el 2 de la norma, por desconocer el principio de progresividad en materia de derechos prestacionales, de acuerdo con el análisis precedente.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero. Declarar EXEQUIBLE el numeral 1 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “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”, la cual se declarará INEXEQUIBLE.

Segundo.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “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”, la cual se declara INEXEQUIBLE.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional, cúmplase y archívese el expediente.

(...).»

1 Artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

2 Ponencia para primer debate al proyecto de ley No. 056 de 2002 Senado y 055 de 2002 Cámara. En: Gaceta del Congreso No. 508 del 15 de noviembre de 2002, pág. 7.

3 Para tener derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivencia causada por enfermedad común, se exigía 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 del 20% de cotización durante el mismo período.

4 El texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 era el siguiente: “ARTICULO 39. Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 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 párrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

5 El texto del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 era el 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 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.

6 Por último, el parágrafo del artículo 11 estipulaba que para el caso de los afiliados menores de 20 años de edad, sólo debían acreditar la cotización por 26 semanas durante el último año inmediatamente anterior al hecho de su invalidez o su declaratoria.

7 “ARTICULO 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

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.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.”

8 En particular el Art. 26 del Pacto, que señala que los Estados están comprometidos a “lograr progresivamente” la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, “en la medida de los recursos disponibles”.

9 Sobre la relevancia constitucional de la doctrina de los organismos internacionales de derechos humanos, ver, entre otras, las sentencias C-406 de 1996, C-10 de 2000, C-671 de 2002 y C-04 de 2003.

10 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9.

11 Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general Nº 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

12 Sentencia C-038/2004

13 C507 de 2008, C-038 de 2004 C-177 y C-035 de 2005, C-673/01, entre otras.

14 La doctrina sobre la prohibición prima facie de las medidas que constituyan un retroceso frente al nivel de protección ya alcanzado en materia de derechos sociales

prestacionales es ampliamente aceptada por la jurisprudencia y doctrina internacionales de derechos humanos. En particular, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, que es el intérprete autorizado del PIDESC, y cuyos criterios son entonces relevantes para determinar el contenido y alcance de los derechos sociales (CP Art. 93)¹⁴, ha señalado en varias oportunidades que las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”¹⁴.

15 Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997. Fundamento 8, SU-624 de 1999, C-1165 de 2000, C-1489 de 2000 y C-671 de 2002.

16 Observación General N° 3, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

17 La Corte, en Sentencia C-507 de 2008 definió ciertos casos en los que una medida sobre derechos económicos sociales y culturales, debe entenderse como regresiva: (1) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; (2) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al respectivo derecho; (3) cuando disminuye o desvía sensiblemente los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho. En este último caso la medida será regresiva siempre que la disminución en la inversión de recursos se produzca antes de verificado el cumplimiento satisfactorio de la respectiva prestación (por ejemplo, cuando se han satisfecho las necesidades en materia de accesibilidad, calidad y adaptabilidad).

18 Cfr. Sentencia C-507 de 2008.

19 Cfr. Sentencias C-1064 de 2001 C-671 de 2002, C-931 de 2004.

20 Sentencia C-991 de 2004. En el mismo sentido T-025 de 2004.

21 Sentencia C-931 de 2004.

22 Ver salvamento de voto a la Sentencia C-754 de 2005.

23 Estado Social y Administración Pública. Edit. Civitas, Monografías, 1983.

24 Cfr. Sentencia C-038 de 2004.

25 Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-122 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell y Eduardo Cifuentes Muñoz, C-315 de 1997, M. P. Hernando Herrera Vergara. En especial ver la sentencia C-481 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero sobre el valor constitucional del control de la inflación, así como sobre la coordinación de la política monetaria con la política macroeconómica general.

26 Por ejemplo, en la C-053 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz, al pronunciarse sobre un artículo de la Ley 331 de 1996 correspondiente al presupuesto para la vigencia fiscal de 1997 que regulaba los aumentos salariales de algunos trabajadores oficiales, el cual fue parcialmente declarado inexecutable, la Corte dijo: “Lo anterior implica que quienes son responsables de su programación, aprobación y ejecución, el gobierno y el legislador, paralelamente han de propender a la realización de dos objetivos fundamentales: de una parte mejorar las condiciones de trabajo y bienestar de los funcionarios a su servicio estableciendo salarios y prestaciones sociales justos y competitivos en el mercado, y de otra, disminuir el déficit que en el presupuesto ocasionan dichos gastos de funcionamiento, aspiraciones que en principio pueden parecer contradictorias, pero que en el contexto del Estado social de derecho han de encontrar un espacio propicio para su materialización simultánea”.

27 Sentencias C-540 de 2001, C-579 de 2001, Sentencia C-1017 de 2003.

28 ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales:

Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores.

29 Corte Constitucional. Sentencia C-023/1994

31 Corte Constitucional, Sentencia T-043/2007

32 Sentencia C-030-09.

33 Ver entre otras: Sentencia C-1489 de 2000, M. P, Alejandro Martínez Caballero; C-671 de 2002, M. P, Eduardo Montealegre Lynett; C-1027 de 2002, M. P, Clara Inés Vargas Hernández; C-516 de 2004, M. P, Jaime Córdoba Triviño.

34 Sentencia C-714 de 1998 M. P. Fabio Morón Díaz

35 En la Sentencia C-168 de 1995, la Corte se refirió a los derechos adquiridos de las simples expectativas, así:

“[L]a jurisprudencia al igual que la doctrina, distingue los derechos adquiridos de las simples expectativas, y coinciden ambas en afirmar que los primeros son intangibles y por tanto, el legislador al expedir la ley nueva no los puede lesionar o desconocer. No sucede lo mismo con las denominadas “expectativas”, pues como su nombre lo indica, son apenas aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho; en consecuencia, pueden ser modificadas discrecionalmente por el legislador.

“Nuestro Estatuto Superior protege expresamente, en el artículo 58, los derechos adquiridos y prohíbe al legislador expedir leyes que los vulneren o desconozcan, dejando por fuera de esa cobertura a las llamadas expectativas, cuya regulación compete al legislador, conforme a los parámetros de equidad y justicia que le ha trazado el propio Constituyente para el cumplimiento de su función.

(..) “Entonces, mientras no se realicen íntegramente los presupuestos, condiciones o requisitos que la misma norma contempla para adquirir el derecho, mal puede hablarse de “derecho adquirido”; lo que existe es una simple esperanza de alcanzar ese derecho algún día, es decir, una “expectativa”, y como se ha reiterado, la Constitución no las protege. Sin embargo, considera la Corte que las ‘expectativas’ pueden y deben ser objeto de valoración por parte del legislador quien en su sabiduría, y bajo los parámetros de una anhelada justicia social, debe darles el tratamiento que considere acorde con los fines eminentemente proteccionistas de las normas laborales”.

36 Sentencia C-613/96 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) F.J. No. 9.

37 CSJ Sala Plena. Sentencia 115 del 26 de septiembre de 1991. M. P. Jaime Sanin Greiffestein.

38 En relación con la diferencia entre derechos adquiridos o situaciones jurídicas consolidadas y expectativas legítimas o expectativas de derecho, la Corte ha dicho: “Dicho principio está íntimamente ligado a los derechos adquiridos, que son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y, por lo mismo, han instituido en favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado. De ahí que sea válido afirmar que una ley posterior no puede afectar lo que de manera legítima se ha obtenido bajo la vigencia de una ley anterior. “Los derechos adquiridos se diferencian de las meras expectativas, que son aquellas esperanzas o probabilidades que tiene una persona de adquirir en el futuro un derecho que, por no haberse consolidado, puede ser regulado por el legislador según las conveniencias políticas que imperen en el momento, guiado por parámetros de justicia y de equidad que la Constitución le fija para el cumplimiento cabal de sus funciones.” (resaltado y subrayado fuera de texto) Sentencia C-926 de 2000 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

39 Sentencia C-147 de 1997 M. P. Antonio Barrera Carbonell.

40 Sentencia C-926 de 2000 M. P. Carlos Gaviria Díaz.

41 Sentencia C-789 de 2002. M. P. Rodrigo Escobar Gil.

42 Sobre el particular, dijo la Sentencia C-314 de 2004 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra) que el principio de confianza legítima protege algunas expectativas fundadas en la buena fe, así: “No obstante lo anterior, en diversos pronunciamientos de esta Corporación ha acogido la doctrina según la cual el legislador, en respecto por el principio de buena fe, debe atender a la confianza legítima que el legislador en ciertos casos ha generado en los ciudadanos, respecto del régimen jurídico que será aplicado a determinada actividad. No se trata, por supuesto, de que esta confianza impida el tránsito de legislación, pues tal conclusión llevaría a la petrificación del orden jurídico, sino de la necesaria previsión de los efectos de ese tránsito respecto de las situaciones jurídicas concretas que, aunque no estén consolidadas ni hayan generado derechos adquiridos, si han determinado cierta expectativa válida, respecto de la permanencia de la regulación”

43 Sentencia C-168 de 1995. M. P. Carlos Gaviria Díaz. En la Sentencia C-613 de 1996. M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz se dijo expresamente que: “...el régimen de transición no constituye un derecho adquirido o algo parecido, sino la expectativa legítima que tiene una persona de acceder a una pensión de vejez con los requisitos previstos en él, sin que ello implique renuncia del legislador a modificar las condiciones y requisitos en la forma como se otorga una pensión, en razón a que el legislador con fundamento en su libertad de configuración normativa frente al tema de los requisitos pensionales, no está obligado a mantener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado...”.

44 Corte Constitucional. Sentencia T-103/08

45 Corte Constitucional. Sentencia T-069/2008. Ver además entre otras, las sentencias T-974 de 2005, M. P. Jaime Araujo Rentería; T-1291 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández ; T-221 de 2006, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-043 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño; T-699 A, de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-580 de 2007, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; y T-628 de 2007, M. P. Clara Inés Vargas Hernández.

46 Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

47 Corte Constitucional, Sentencia T-221/2006

48 Sobre el tránsito normativo de la pensión de invalidez, ver entre otras la Sentencia T-043 de 2007, M. P. Jaime Córdoba Triviño.

49 Corte Constitucional. Sentencia T-069/2008

50 Entre otras, ver: Corte Constitucional. Sentencias T-018/2008 y T-080/2008

51 Sobre el principio de progresividad y el desarrollo legal de los derechos sociales existe una sólida jurisprudencia elaborada en sede de control abstracto de constitucionalidad. Así, en la Sentencia C-671 de 2002, al estudiar la constitucionalidad

del artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000, “por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional”, la Corte dispuso que la norma resultaba constitucional condicionadamente, puesto que si bien ésta pretendía alcanzar un fin legítimo como era proteger la especialidad y viabilidad financiera del sistema de salud de la fuerza pública a través de la exclusión de un grupo poblacional de su cobertura, dicha medida era desproporcionada porque implicaba un retroceso en la protección del derecho a la salud de esta población. En la Sentencia C-931 de 2004, que analizó la constitucionalidad de la Ley anual de presupuesto para el 2004, la Corte estudió, entre otros aspectos, la norma que dejaba de reajustar las transferencias a favor de las universidades públicas. Estimó que la medida resultaba prima facie inconstitucional, como quiera que introducía un retroceso en un derecho social debido a que el congelamiento de los recursos otorgados a las instituciones públicas de educación superior obligaba a limitar el acceso a ese nivel de educación. La norma fue declarada exequible de forma condicionada. En la Sentencia C-991 de 2004 la Corte asumió el estudio de constitucionalidad de la Ley 812 de 2002 que fijó un límite temporal a la protección laboral reforzada, dentro de procesos de renovación de la administración pública, a favor de sujetos de especial protección constitucional. La Corte declaró la inexecutable de la disposición al constatar la regresividad de la medida y establecer, paralelamente, que a pesar de que ésta perseguía un fin constitucional legítimo como era la eficiencia del gasto estatal, y era necesaria, como quiera que no existía otro instrumento a través del cual se pudiera lograr igual o mayor realización del fin de la eficiencia, encontró que la medida era desproporcionada, por cuanto afectaba en alto grado la estabilidad laboral reforzada de los sujetos de especial protección constitucional. En la Sentencia C-789 de 2002 la Corte analizó la constitucionalidad del artículo 36 incisos 4 y 5 de la Ley 100 de 1993, norma que excluía del régimen de transición para acceder a la pensión a aquellas personas de determinada edad que decidieran voluntariamente cambiarse de sistema de cotización. La Corte declaró la exequibilidad condicionada del precepto al estimar que la expectativa de acceder a una pensión se torna legítima cuando más cerca está la persona de cumplir con los requisitos para su reconocimiento. Bajo esta óptica una modificación que haga más exigente el acceso a este derecho social deberá estar plenamente justificada. En la Sentencia C-038 de 2004, la Corte estudio la constitucionalidad de la Ley 798 de 2002, norma que modificó varias disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo en aras de la flexibilización del mercado laboral y el incremento de las tasas de empleo. La Corte consideró que la norma era regresiva, y sobre ella pesaba en consecuencia, una presunción de inconstitucionalidad prima facie. Sin embargo encontró que a pesar de que efectivamente establece un retroceso en materia laboral, esta era una disposición justificada y proporcional por cuanto busca promover la generación de nuevos empleos y fomentar el crecimiento económico. En todos estos casos, la Corte reiteró su doctrina consistente en que cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que, prima facie, estén prohibidas este tipo de medidas. Se trata de una presunción que debe ser desvirtuada mediante la demostración de su justificación, adecuación y proporcionalidad para alcanzar un propósito constitucional de particular

importancia.

52 Corte Constitucional. Sentencia T-018/2008

53 Sentencias T-287/2008, T-145/2008, T-110/2008, T-104/2008, T-103/2008, T-080/2008, T-078/2008, T-077/2008, T-069/2008, T-018/2008, T-1072/2007, T-699A/2007, T-641/2007, T-580/2007, T-043/2007, T-221/2006, y T-1291/2005

54 Corte Constitucional. Sentencia T-103/2008

55 En la Gaceta del Congreso No. 667 del 9 de diciembre de 2003, se publicó la PONENCIA PARA PRIMER DEBATE Al proyecto de ley NUMERO 140 DE 2003 Senado, 166 Camara "por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y Ley 797 de 2003."

56 Según informes de las autoridades competentes, para el año 2010 se prevé un déficit de 9 billones de pesos

57 Ver, entre muchas otras, las sentencias C-130 de 2002, C-616 de 2001, C-1489 de 2001, C-542 de 1998 y C-111 de 1997.

58 Ver Sentencia C-967 de 2003.

59 Cfr. Sentencia C-038 de 2004.

60 Con base en lo anterior, es conveniente resaltar que la Corte ha precisado que el juicio de proporcionalidad en el caso de una medida regresiva debe ser particularmente estricto cuando la medida afecte los derechos sociales de personas o grupos de personas especialmente protegidos por su condición de marginalidad o vulnerabilidad. Así se ha establecido que "si en términos generales los retrocesos en materia de protección de los derechos sociales están prohibidos, tal prohibición prima facie se presenta con mayor intensidad cuando se desarrollan derechos sociales de los cuales son titulares personas con especial protección constitucional (sentencias C-673 de 2001, C-025 y C-991 de 2004). Ahora bien, el hecho de que las regulaciones acusadas sean menos favorables que aquellas que fueron subrogadas no implica automáticamente su inconstitucionalidad, por cuanto la Carta autoriza que el Legislador realice esos cambios normativos, siempre que exista una posible justificación de disminuciones en la protección de derechos sociales y el principio de proporcionalidad.

62 Salvo para los jóvenes menores de 20 años de edad, que se invalidaran, para quienes se estableció un tratamiento especial (parágrafo 1º, artículo 1º Ley 860 de 2003) y para 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 (parágrafo 2º, artículo 1º Ley 860 de 2003).

63 Corte Constitucional. Sentencia T-221/2006

64 Ibídem.

65 Ibídem.

66 Corte Constitucional. Sentencia T-104/08

67 Corte Constitucional. Sentencia T-080/2008