

Referencia: expediente 2054991

Acción de tutela interpuesta por Fernando Antonio Marín Isaza contra el Instituto de Seguro Social.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil nueve (2009).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araújo Rentería y Clara Elena Reales Gutiérrez (E), en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

## SENTENCIA

dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de la ciudad de Pereira, en el trámite de la acción de tutela incoada por Fernando Antonio Marín Isaza contra el Instituto de Seguro Social.

### I. ANTECEDENTES.

El señor Fernando Antonio Marín Isaza interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguro Social, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a las personas de la tercera edad, a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana. La solicitud de amparo se fundamenta en los siguientes:

#### 1. Hechos.

Manifiesta que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas emitió dictamen mediante el cual calificó la pérdida de su capacidad laboral de origen común,

en un 71.03% y con fecha de estructuración de octubre 15 de 2006. Advierte que para esta última fecha se encontraba realizando los aportes al sistema de seguridad social en pensiones.

Señala que, el día 29 de agosto de 2007, solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, petición denegada a través de la Resolución No. 6649 de octubre 29 de 2007, por cuanto “pese a tener pérdida capacidad laboral del 71.03% y de acreditar 210 semanas válidas para pensión de invalidez de las cuales 117 semanas fueron cotizadas en los 3 años anteriores a la declaración de invalidez, no satisfizo la otra exigencia del artículo 1 de la ley 860 de 2003, es decir que no superó el 20% de fidelidad al sistema desde el día en que cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, pues, según esa entidad, solo registra 210 semanas -un 83% de fidelidad, pues requiere 238 semanas, que le impiden acceder a la pensión que reclama.”

Alega que resulta gravemente perjudicado por la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003, pues la misma vulnera las garantías constitucionales que en materia de seguridad social venía disfrutando, por cuanto de haberse configurado la invalidez antes de la entrada en vigencia de dicho precepto, o si la normatividad no hubiere sido objeto de modificaciones, hubiera accedido sin ningún reparo a la prestación que reclama, de conformidad a lo establecido en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su texto original.

Asimismo, asevera que la negativa del Instituto demandado lo deja en una grave situación “de indignidad, indeseable e inaceptable en un Estado Social de Derecho”, teniendo en cuenta que por su lamentable estado de salud que lo condujo hasta la declaratoria de invalidez, no cuenta con un ingreso que le permita “satisfacer las necesidades básicas del diario vivir, principalmente las de alimentación, salud, servicios públicos y vestido tanto las mías como las de mi familia”, y que incluso ha recurrido a la caridad de amigos y familiares, quienes han tratado de cubrir “en parte la alimentación y la salud”. Al respecto, afirma que en gran medida resulta una “ignominia” subsistir en tales circunstancias, las cuales estima “bochornosas y degradantes para cualquier ser humano”, en particular cuando se trata de una persona inválida.

Por lo anterior, acude a este medio, con el objeto que se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, a las personas de la tercera edad, a la seguridad social, al trabajo, al mínimo vital y a la dignidad humana. Solicita que se ordene al Instituto demandado que proceda dar aplicación al artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su texto original y expida la respectiva resolución en la cual reconozca la pensión de invalidez por riesgo común a partir del 15 de octubre de 2006, fecha de estructuración de invalidez.

#### 1. Trámite procesal.

El día 10 de julio de 2007, el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de la ciudad de Pereira ordenó correr traslado de la acción de tutela al Instituto de Seguro Social, quien no obstante, vencido el término para tal efecto, omitió dar informe acerca de la solicitud de amparo presentada en su contra.

#### 1. Pruebas.

A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente:

\* Copia del dictamen para la calificación de la pérdida de capacidad para laboral y determinación de la invalidez, proveniente del Instituto del Seguro Social de fecha junio 22 de 2007 (folios 19 y 20 del cuaderno principal).

\* Copia de la Resolución No. 6649 de fecha octubre 29 de 2007 proferida por la entidad demandada (folios 21 y 22 del cuaderno principal).

\* Copia de "relación de novedades Sistema de autoliquidación de Aportes Mensual - Pensión Informativo No válido para prestaciones económicas" del

demandante, proveniente del Instituto demandado (folios 23 al 25 del cuaderno principal).

## I. DECISIÓN JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN.

### 1. Sentencia de única instancia.

El Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de la ciudad de Pereira, mediante sentencia de fecha julio 23 de 2008, deniega el amparo solicitado.

Indica que el accionante cuenta con otros medios de defensa judicial para procurar el reconocimiento del derecho que demanda, por cuanto ello debe ser resuelto por la justicia ordinaria laboral. Trae a colación el carácter subsidiario de la acción de tutela, y aduce que el demandante debe hacer uso de los distintos mecanismos ordinarios que consagre la ley ante las respectivas autoridades.

De igual manera, señala que la controversia es de estirpe legal y por ende no puede ser abordada en sede de tutela, pues de lo contrario se “estaría invadiendo la competencia del juez natural”. Además estima que no se cumple el presupuesto de inmediatez, toda vez que la resolución mediante la cual se negó el reconocimiento de la pensión de invalidez fue proferida en agosto 29 de 2007.

## III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Esta Sala es competente para conocer el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y demás disposiciones pertinentes.

### 1. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1.- El demandante manifiesta que se determinó la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje del 71,03%. Relata que al considerar reunidos los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, solicitó el reconocimiento de dicha prestación ante el Instituto demandado, quien procedió a negarla, por cuanto no cumplía los lineamientos señalados en el artículo 1° de la ley 860 de 2003, específicamente con el requisito de fidelidad al sistema que este exige. Considera que la aplicación de dicho precepto vulnera sus garantías constitucionales en materia de seguridad social.

Asimismo, afirma que debido a su invalidez y a su edad, no puede obtener un ingreso para sufragar los gastos que demandan la satisfacción de sus necesidades y las de su familia.

El juez de única instancia deniega el amparo, al estimar que el reconocimiento de la pensión de invalidez es una controversia de naturaleza legal, la cual puede ser dirimida por la justicia ordinaria laboral. De igual manera, sustenta su decisión al considerar que no se cumple el presupuesto de inmediatez.

2.2.- Acorde con la situación fáctica planteada y la decisión adoptada por el juez de instancia en el trámite de la solicitud de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala establecer previamente la procedencia de la acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos de defensa judicial.

Sólo de llegar a la conclusión que la acción de tutela es procedente en respuesta al anterior interrogante, la Sala determinará si se vulneran los derechos fundamentales del demandante, a quién se le determinó una invalidez en un 71,03%, ante la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de la entidad accionada bajo el argumento de incumplir con la fidelidad al sistema que exige el artículo 1° de la ley 860 de 2003, norma vigente al momento de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, pese a que se ha considerado que en casos particulares la misma exige requisitos más gravosos que la norma anterior.

A efectos de dar respuesta a los problemas jurídicos planteados, la Sala previamente hará unas explicaciones acerca de la noción del derecho a la seguridad social y del principio de progresividad que irradia el derecho a la seguridad social. Posteriormente, se hablará del derecho a la pensión de invalidez como parte de la seguridad social, su tratamiento constitucional y legal; y por último, se decidirá el caso concreto.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Reiteración de jurisprudencia.

3.1. Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela es un mecanismo de protección directa, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los eventos establecidos.

La jurisprudencia de esta Corporación ha considerado que, en principio, la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento y pago de pensiones. Sobre este asunto, ha sostenido que, por su carácter excepcional, no puede reemplazar a las acciones ordinarias creadas por el legislador para resolver asuntos de naturaleza litigiosa.<sup>1</sup>

Por un lado, ha destacado la faceta prestacional que adquiere el derecho a la seguridad social, por cuanto su contenido debe ser definido en la ley. Es decir, ha estimado a la seguridad social como un derecho de connotación programática, que depende del desarrollo y la organización que efectúe el Estado.

Por otra parte, ha considerado que el reconocimiento y pago de pensiones puede ser solicitado mediante una serie de mecanismos judiciales, donde pueden verificarse la acreditación de los requisitos definidos por el legislador. Sobre este aspecto, ha señalado que en principio, la acción de tutela carecería de la entidad suficiente para desplazar a dichos mecanismos, dado su carácter residual.

No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha dispuesto que el reconocimiento y pago de la pensión puede llegar a superar el rango de un conflicto legal y adquirir plena relevancia constitucional.<sup>2</sup> Así pues, ha definido que bajo ciertas circunstancias, mediante la acción de tutela se pueden amparar los derechos fundamentales que sean vulnerados ante la falta del reconocimiento y pago de las mesadas pensionales.

En primer lugar, cuando se trata lograr el reconocimiento del derecho, la Corte, en principio, se ha limitado a proteger el derecho de petición<sup>3</sup>.

En segundo lugar, la Corte ha admitido la procedencia excepcional de la acción de tutela cuando el empleador ha efectuado de manera extemporánea los aportes pensionales, al advertir que la conducta morosa no puede incidir negativamente en el trabajador<sup>4</sup>; o cuando existe mora en el pago oportuno de las mesadas que afecta la subsistencia del actor o de su familia<sup>5</sup>.

En tercer lugar, en casos excepcionales ha concedido el amparo para el reconocimiento pensional, en aquellos eventos en los que se encuentra plenamente demostrado que el recurrente es titular del derecho que reclama, así como la urgente necesidad de reconocer el derecho pensional. En efecto, dicho enfoque ha sido adoptado por la Corporación atendiendo la situación fáctica del caso en concreto. Por ejemplo, cuando comprueba que los peticionarios se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta, dependen económicamente de la prestación reclamada y carecen de la capacidad económica para garantizarse su propia subsistencia<sup>6</sup>.

De esta forma, esta Corporación ha reconocido que su falta de reconocimiento puede conducir a la afectación de derechos fundamentales como la vida, el mínimo vital o la dignidad humana.<sup>7</sup> Si bien la Sala reconoce, conforme al ordenamiento jurídico vigente, la existencia de mecanismos de defensa judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa u Ordinaria Laboral según el caso, a fin de obtener por dichas vías el reconocimiento de la pensión, sea de vejez, invalidez o sobrevivientes; también es preciso determinar la eficacia de dichos medios de defensa judicial frente a las particulares condiciones en que se encuentran los accionantes, tal y como lo ha considerado este Tribunal:

“[L]os conflictos legales relacionados con el reconocimiento de derechos prestacionales, particularmente de carácter pensional, deben ser tramitados a través de las acciones pertinentes ante la justicia laboral ordinaria, pues se considera que son mecanismos de defensa eficaces para resolver de manera cierta, efectiva e integral este tipo de asuntos. Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal - que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación

personal de quien solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, ante este tipo de situaciones excepcionales, el conflicto planteado puede trascender el nivel legal para convertirse en un problema de rango constitucional, por lo que el juez de tutela está obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.<sup>8</sup>

Debe recordarse que dentro de las modalidades de concesión de la acción de tutela, la protección puede ser:

i. Definitiva,<sup>10</sup> cuando a pesar de la existencia de medios de defensa judiciales, los mismos no resultan idóneos o eficaces al “no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida”<sup>11</sup>, lo cual hace procedente la tutela como mecanismo principal, que puede motivarse en la relevancia constitucional que tenga el asunto según las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentre el solicitante y la condición de sujeto de especial protección constitucional.

Igualmente, la determinación de la procedencia excepcional de la acción de tutela en estos eventos exige del juez un análisis de la situación particular del actor con el fin de determinar si el medio de defensa judicial ordinario es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, o si se está frente a la ocurrencia de un perjuicio irremediable, casos en los cuales el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un asunto de carácter constitucional<sup>12</sup>.

Recuérdese que el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, dispone que

“la existencia de dichos medios [de defensa judicial] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. De la misma manera, el precedente constitucional dispone que la evaluación de los anteriores requisitos no se reduzca a un simple escrutinio procesal, pues debe tomarse en consideración las particulares circunstancias de quien reclama la protección constitucional.

De todos modos, hay que insistir que no basta valorar las especiales circunstancias del caso concreto para el otorgar el reconocimiento pensional a través de la acción de tutela, toda vez que es necesario comprobar que la falta de reconocimiento se basa en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales, se encuentra plenamente demostrado que la persona tiene el correspondiente derecho, tal y como se hizo referencia.

En suma, si bien es cierto que el juez de tutela, en principio, no es el llamado para resolver este tipo de conflictos, también lo es que la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan verse afectados cuando, pese a ser claro que el recurrente cumple los requisitos legales, la entidad niega el reconocimiento del derecho.

De igual manera, se advierte que la pensión de invalidez adquiere una gran relevancia social por cuanto la misma permite el acceso a una fuente de ingresos para solventar las necesidades básicas a los asociados que padezcan lesiones significativas que mengüen su capacidad para laborar.<sup>13</sup>

Asimismo, téngase en cuenta que en tratándose de la pensión de invalidez,<sup>14</sup> ha dicho esta Corporación que, igualmente, la acción de tutela es procedente en el evento en que los recurrentes se encuentren afectados por un cambio legislativo que establezca condiciones más gravosas al régimen anterior para el reconocimiento de dicha prestación, al considerar que la aplicación de las nuevas medidas resultan desproporcionadas en el caso concreto.<sup>15</sup>

3.2. En el asunto objeto de revisión.

En el presente asunto, el demandante asevera que atraviesa una grave situación

económica. Señala que debido a su invalidez, se encuentra desprovisto de un ingreso que le permita cubrir los gastos que demandan la satisfacción de sus propias necesidades, así como las de su familia. Al respecto, afirma “Soy una persona que está en incapacidad para proveerse una calidad de vida digna, pues por mi estado de invalidez del 71.03% y edad, no puedo obtener ingreso pecuniario alguno para sufragar los gastos que se exigen para satisfacer las necesidades básicas del diario vivir, principalmente las de alimentación, salud, servicios públicos y vestido tanto la (sic) mía como la (sic) de mi familia (...)”. Indica que por la difícil situación que afronta, ha debido recurrir a la “caridad de amigos y algunos familiares” quienes le han colaborado, en parte, con los gastos de alimentación y salud, razón por la cual considera que “es una ignominia tener que subsistir en estas circunstancias bochornosas y degradantes para cualquier ser humano”

Las anteriores aseveraciones no solo no fueron controvertidas por la entidad demandada, sino que esta guardó absoluto silencio, al no contestar el informe que le solicitó el juez de única instancia.

Téngase en cuenta que el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991 dispone que el juez puede requerir información a la autoridad demandada, cuya omisión injustificada acarreará responsabilidad. Por su parte, el artículo 20 dispone que si este informe no es rendido dentro del plazo otorgado, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano la solicitud de amparo, salvo que el funcionario judicial crea conveniente otra averiguación previa, caso en el cual decretará y practicará las pruebas que considere necesarias para adoptar la decisión de fondo.<sup>16</sup>

Así pues, la presunción de veracidad fue concebida como un instrumento para sancionar el desinterés o negligencia de la autoridad pública o particular contra quien se ha interpuesto la demanda de tutela, en aquellos eventos en los que el juez de la acción requiere informaciones y las autoridades no las rinden dentro del término judicial propuesto para tal efecto, con el fin que el trámite constitucional pueda seguir su curso, sin verse supeditado a la respuesta de las entidades accionadas.

Desde este panorama, las afirmaciones relativas a la afectación del mínimo vital del demandante correspondían ser desvirtuadas por parte del Instituto o al juez en uso de

sus facultades oficiosas para el esclarecimiento de los hechos presentados en la demanda de tutela. De esta suerte, se dará aplicación a la presunción de veracidad a la que se ha hecho referencia, como quiera que el ente demandado no otorgó informe que hubiere refutado las aseveraciones del accionante acerca de la afectación a su mínimo vital, o al menos hubiere justificado su omisión.

Aunado a lo anterior, la Sala advierte que en la copia del Dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral que le fue efectuado al demandante (folios 19 y 20 del cuaderno principal) se denota que (i) el oficio que ejercía era como agricultor; y, (ii) que la pérdida de su capacidad para laborar fue calificada en un alto porcentaje, esto es en un 73.03%. Asimismo, de la copia de la Relación de novedades al Sistema de Autoliquidación de aportes Mensual para Pensión (folios 23 al 25 del cuaderno principal) puede observarse que la base de cotización era de un salario mínimo. Las anteriores precisiones, fortalecen las declaraciones del demandante acerca de la precaria situación económica por la que atraviesa.

De esta manera, los presupuestos fácticos del asunto objeto de revisión demuestran la grave situación que enfrenta el señor Marín. Ciertamente, la mengua significativa de su capacidad para laborar -superior al 70%- y no contar con algún ingreso económico, lo sitúa en un estado de indefensión y vulnerabilidad.

Por tanto, este asunto toma relevancia constitucional, teniendo en cuenta las circunstancias de debilidad manifiesta en las que se encuentra el recurrente, lo que amerita la procedencia excepcional de la acción de tutela para la efectiva protección de sus derechos fundamentales.

Verificado que la acción de tutela se convierte en el medio expedito y oportuno para garantizar definitivamente los derechos fundamentales del señor Marín, procederá la Sala de Revisión a estudiar el fondo del presente asunto.

4. Nociones sobre el derecho a la seguridad social. Protección fundamental de los derechos de contenido prestacional. Carácter progresivo del derecho a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.<sup>17</sup>

4.1. La seguridad social tiene como objeto garantizar derechos irrenunciables mediante

la cobertura de los riesgos que afecten la salud, la capacidad económica y las condiciones de vida de toda la población.<sup>18</sup> El conjunto de medidas institucionales que la conforman debe estar dirigido a brindar a los individuos y sus familias, de manera progresiva, las garantías necesarias para hacer frente a las distintas contingencias que puedan afectar su capacidad productiva, de tal forma que obtengan los recursos suficientes para alcanzar una digna subsistencia.<sup>19</sup>

Obsérvese que el artículo 48, dispone que el Estado con la participación de los particulares deba ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, la cual puede ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley, siempre bajo la dirección, coordinación y control del Estado.<sup>20</sup>

La seguridad social, considerada como un derecho de orden prestacional, implica que el acceso al sistema se encuentre supeditado al desarrollo legislativo.<sup>21</sup> Es preciso aceptar que el Congreso tiene la facultad para regular y definir íntegramente el sistema de seguridad social, y que dentro de tales prerrogativas, se encuentra la posibilidad de establecer los requisitos y condiciones para acceder a los subsistemas y los beneficios incluidos en estos.

Así pues, la libertad legislativa en estos asuntos es relativamente amplia, pero no absoluta. Debido a la competencia general, se permite que la ley defina los procedimientos, alcances y progresos que tendrá la seguridad social.<sup>22</sup> Sin embargo, se antepone como límites inquebrantables a la determinación de esas condiciones: los mandatos previstos en la Constitución Política, y los principios que gobiernan el sistema, y, según las disposiciones de carácter internacional y el artículo 48 de la Carta desarrollado por la jurisprudencia de esta Corporación, el principio de progresividad.

Al respecto, ha señalado esta Sala que las normas que regulan la seguridad social, y en concreto, el sistema de pensiones, deben sujetarse principio de progresividad. De tal suerte que una medida regresiva es considerada, en principio, inconstitucional, toda vez que una vez se logren ciertos avances en la protección de un derecho económico, social o cultural, el mismo no puede ser desconocido posteriormente.<sup>23</sup>

De igual forma, el ejercicio legislativo en materia de seguridad social debe ir

encaminado a la ampliación de los beneficios existentes. Por tanto, esta Corte estima que todo retroceso es constitucionalmente problemático, pues ello pugnaría con el principio de progresividad.

En efecto, esta Corporación ha señalado que el principio de progresividad implica una prohibición general en la consagración de medidas regresivas que signifiquen retrocesos a los beneficios que se hubieren logrado relativos a la seguridad social. Lo anterior por cuanto el Estado debe lograr avances en la materialización de este derecho.<sup>24</sup>

Sin embargo, también ha reconocido que los Estados pueden verse sumergidos en crisis económicas, las cuales pueden justificar que no se mantengan los niveles de protección alcanzados. Por ende, la prohibición de retrocesos resulta prima facie. Sobre este aspecto, la sentencia C-038 de 2004, explicó:

“Esto significa que, como esta Corte ya lo había señalado, un retroceso debe presumirse en principio inconstitucional, pero puede ser justificable, y por ello está sometido a un control judicial más severo. Para que pueda ser constitucional, las autoridades tienen que demostrar que existen imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social.” 25

Asimismo, esta Sala, mediante sentencia T-1040 de 2008,<sup>26</sup> estimó que “En suma, cualquier disposición que resulte regresiva de los derechos prestacionales, se presume prima facie su inconstitucionalidad, salvo que ante una imperiosa necesidad, sea posible establecer que dicho retroceso obedezca criterios de razonabilidad y proporcionalidad.”

Por consiguiente, señaló que la presunción de inconstitucionalidad puede ser desvirtuada si se demuestra que la medida: (i) se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, y por tanto es respetuosa de los derechos adquiridos; y (iii) no obstante, afecta situaciones consolidadas, se contemplan mecanismos dirigidos a proteger los derechos adquiridos o legítimas expectativas, tales como los regímenes de transición.

En este contexto, y en cumplimiento del principio de progresividad, el Congreso deberá

establecer unos mínimos que no pueden ser desmejorados, hacer efectiva la ampliación de los beneficios y propender para la creación de garantías más favorables para la población, al momento de reconocer y fijar las condiciones de los derechos, beneficios y prestaciones de la seguridad social.<sup>27</sup>

4.2. Esta Corporación, en diversas oportunidades, ha examinado controversias jurídicas suscitadas por los cambios normativos que se han presentado en relación con los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, y ha determinado su compatibilidad con el principio de progresividad de los derechos sociales en casos concretos.<sup>28</sup> Al respecto, la sentencia T-1048 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández realizó un estudio acerca de cada una de ellas, poniendo de presente los principales fallos que ha proferido esta Corporación.

4.3. Recordemos que anterior a la ley 100 de 1993, el Decreto 758 de 1990, por el cual se aprobó el Acuerdo 049 de 1990, dictado por el Consejo Nacional de Seguros Obligatorios, en su artículo 6° señaló que tenían derecho a la pensión de invalidez de origen común, quienes fueren considerados como inválido permanente total, inválido permanente absoluto o gran inválido, y además hubieren cotizado para el seguro de invalidez, vejez y muerte, 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o 300 semanas en cualquier época anterior al estado de invalidez.

Por su parte, el artículo 39 de la ley 100 de 1993, en su versión original señalaba que tenían derecho a la pensión de invalidez los afiliados que siendo declarados inválidos cumplieren con los siguientes requisitos: (i) que se encontraran cotizando al régimen y lo hubieran hecho, por lo menos, veintiséis semanas al momento de producirse el estado de invalidez; o, (ii) que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubieran efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produjera el estado de invalidez.

El anterior artículo ha sido objeto de modificación en dos oportunidades. Por una parte, la ley 797 en enero 29 de 2003, estableció que tenían derecho a la pensión de invalidez, quien siendo declarado inválido por enfermedad de origen común (i) hubiere cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de

estructuración; y, (ii) además tuviere una fidelidad de cotización al sistema correspondiente al 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera estructuración. Si la invalidez se hubiere generado con ocasión a un accidente, la norma exigía 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. Por último, el párrafo del artículo 11 estipulaba que los afiliados menores de 20 años de edad sólo debían acreditar 26 semanas de cotización durante el último año inmediatamente anterior al hecho de su invalidez o su declaratoria. No obstante, esta disposición fue declarada inexecutable por esta Corporación mediante Sentencia C-1056 de noviembre 11 de 2003,<sup>29</sup> al encontrar que en su formación, se habían producido vicios.

Por otra parte, el artículo 1° de la ley 860 de 2003, que entró a regir a partir de diciembre 26 de 2003, establece que tienen derecho a la pensión de invalidez quienes una vez fueren declarados inválidos, reúnan similares condiciones a las señaladas en el artículo 11 de la ley 797 de 2003, a saber:

“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”.

Asimismo, señala en su párrafo 1° que los menores de veinte años de edad sólo deben acreditar veintiséis semanas cotizadas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o de su declaratoria. Además, el párrafo 2° dispone que cuando el afiliado cotiche por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo requerirá haber cotizado 25 semanas en los últimos

tres (3) años.

4.4. Ahora bien, teniendo en cuenta estos cambios normativos, esta Corporación ha considerado que se ha presentado una problemática en la interpretación de las anteriores disposiciones generada por cuanto el artículo 16 del Código Sustantivo de Trabajo dispone que las normas laborales, al ser de orden público, tienen efectos generales e inmediatos. En consecuencia, la norma aplicable a cada caso concreto, en principio, es aquella que se encontrare vigente al momento en que se consolida el presupuesto que hace exigible la prestación, en los casos objeto de estudio, la fecha de la estructuración de la pérdida de la capacidad laboral.

De esta manera, como las normas laborales tienen efectos irretroactivos, ello obligaría, en principio, a dar aplicación a la norma vigente al momento de la estructuración de la invalidez, pese a que las personas hubieren venido realizando sus cotizaciones según el régimen anterior.

De todos modos, recuérdese que frente a los cambios normativos que puedan presentarse en la legislación sobre pensiones, como la variación de los requisitos para acceder a su reconocimiento, toma suma importancia la necesidad de establecer un régimen de transición, el cual se justifica ante la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión previsto en la ley anterior “por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse”<sup>30</sup>, así como en el principio de la confianza legítima que guarda relación con el principio de la buena fe, por cuanto el administrado confía que la administración mantendrá, en principio, la vigencia de determinada regulación legal, sin que ello se oponga a la modificación de la legislación actual.<sup>31</sup>

Adicionalmente, adquiere especial relevancia que todo tránsito legislativo debe consultar los parámetros de justicia y equidad, y atender los principios de razonabilidad, proporcionalidad y progresividad.<sup>32</sup>

4.5. Así las cosas, por una parte, se han presentado controversias surgidas sobre la aplicación del artículo 39 de la ley 100 en su versión original y sus posteriores modificaciones, por quienes venían cotizando, inclusive con anterioridad al régimen introducido en la mencionada ley.<sup>33</sup>

4.6. Por otra parte, de igual manera se han generado discusiones acerca de la aplicación de la norma cuando las personas venían cotizando según los parámetros de la ley 100 de 1993, pero la estructuración de su invalidez acaeció de manera posterior a las modificaciones de las que ha sido objeto esta última.

Sobre este punto, valga precisar que la Corte, en algunos asuntos, al estudiar la compatibilidad entre las modificaciones legislativas y el principio de progresividad de los derechos sociales, ha considerado que las mismas han estado dirigidas a imponer requisitos más rigurosos para acceder a la prestación.<sup>34</sup>

En efecto, en ciertos eventos, ha estimado esta Corporación que los requisitos impuestos en las modificaciones al artículo 39 de la ley 100 de 1993 han sido más gravosos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto: (i) se aumentaron las semanas de cotización requeridas, teniendo en cuenta que el régimen de la ley 100 de 1993 señalaba el cumplimiento de 26 semanas de cotización al momento de producirse el estado de invalidez, en cualquier tiempo si la persona se encontraba cotizando al régimen, o si habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se estructuraba el estado de invalidez; (ii) se estableció un nuevo requisito de permanencia en el sistema a partir del artículo 11 de la ley 797 de 2003, y posteriormente, en el artículo 1° de la ley 860 de 2003; y, (iii) los cambios no han contemplado un régimen de transición para acceder a la pensión de invalidez.

Así pues, si bien las personas venían cotizando con un régimen, al momento de la estructuración de la invalidez, ya habían sido variadas las condiciones para el reconocimiento del derecho pensional, cuyas disposiciones pueden resultar más gravosas al caso particular.<sup>35</sup>

En dichos eventos, la Corte ha examinado, en cada caso concreto si (i) existen razones suficientes que expliquen la imperiosa necesidad de aplicar la norma vigente al momento de la invalidez; y, (ii) si esas disposiciones resultan razonables y proporcionadas a la situación específica que se somete a consideración del juez de tutela.

En este contexto, ha indicado que “el aumento de los requisitos para el acceso a una prestación propia de la seguridad social, que tiene por objeto amparar el riesgo

generado por la pérdida de la capacidad laboral derivada de la invalidez, es una medida legislativa que se muestra prima facie regresiva y, por ende, contraria al principio de progresividad de los derechos sociales.” 36

4.7. Por ejemplo, este Tribunal ha verificado 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 y el aumento de las semanas de cotización.<sup>37</sup>

Precisamente, la fidelidad al sistema que exige la ley 860 de 2003 es un presupuesto novedoso que no tenía ningún precedente, (salvo el artículo 11 de la ley 797 de 2003, declarado inexecutable, tal y como anteriormente se precisó). Al respecto, esta Corporación ha analizado en diversos pronunciamientos este particular requisito.<sup>38</sup> Valga precisar que se estimó regresivo de los derechos sociales en aquellas hipótesis en las personas que sufran un estado de invalidez se encontraran afectadas por el tránsito legislativo.

Téngase en cuenta que la intención del legislador con la implementación del requisito de fidelidad al sistema, como presupuesto para obtener la pensión de invalidez, obedeció a la finalidad de generar una cultura de afiliación al sistema de pensiones, y con ello una reducción a los fraudes.<sup>39</sup>

Así pues, la sentencia T-221 de 2006<sup>40</sup>, señaló que cumplir con el requisito de fidelidad era más gravoso para las personas que tuvieran más edad, toda vez que entre mayor fuere la persona, mayores serían las cotizaciones que tendrían que haber realizado para cumplir con esta hipótesis, y por tanto la población más afectada por esta norma eran las personas de la tercera edad. Estimó que ello tornaba en evidente la incompatibilidad del precepto, al desproteger a este grupo poblacional, objeto de especial protección. En consecuencia, indicó que la cultura de afiliación al sistema que propendía la norma, no podía castigar a quienes no venían participando de la misma, mas aún cuando no se creó un régimen de transición o un mecanismo que amparare a las personas que bajo distintos supuestos venían cotizando al sistema. Por ende no podía imponer una cultura de afiliación a las personas que al momento de entrar en vigencia dicha norma ya hacían parte de la tercera edad.

Igualmente en sentencia T-069 de 200841, se inaplicó el artículo 1° de la ley 860 de 2003, bajo similares argumentos, al accionante, a quien se le había estructurado su incapacidad laboral en un 68.7%, causada por enfermedad de origen común el 24 de abril de 2006, habiendo cotizado al sistema general de pensiones un total de 618 semanas. En dicha providencia se mencionó:

“En tal sentido, esta Sala observa que (i) las condiciones que ahora debe cumplir el ciudadano son más gravosas e impiden el acceso a la prestación económica reclamada; (ii) en segundo término, no hay una fundamentación suficiente sobre la cual se apoye la disminución del nivel de protección del derecho; (iii) existe una intensa afectación de los derechos de un discapacitado, quien por su edad y su condición es un sujeto de especial protección constitucional; (iv) a pesar de que el historial de cotización del ciudadano inició durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 –y de acuerdo a lo originalmente establecido en ella, el peticionario hubiera accedido de manera inmediata a la pensión de invalidez, bajo el nuevo régimen no puede acceder a dicha prestación”.

Asimismo, la sentencia T-080 de 2008,42 estimó que la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003, en relación a la exigencia del porcentaje de fidelidad al sistema, vulneraba, inclusive, los derechos del accionante de 28 años de edad, por cuanto venía efectuando sus cotizaciones antes de la modificación introducida, aún cuando su invalidez fue estructurada en su vigencia. Acotó que la aplicación del nuevo régimen hacía nugatorio el derecho, al no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema, que conforme a la ley 100 de 1993 hubiera podido reclamar, lo que conllevaba al desconocimiento del principio de progresividad inherente al derecho a la seguridad social en ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de dicha disposición. Advirtió que si unos de los fines para la exigencia de la fidelidad era impedir fraudes al sistema, en casos como el que se analizó, no solo se presumía la mala fe de los afiliados, sino que generaba que personas, que de manera sorpresiva se vieran afectadas por un estado de invalidez, quedaran desprotegidas, y por ende no pudieran acceder a una prestación, cuyo objeto, precisamente, era contrarrestar tal circunstancia. Al respecto, estimó:

“En efecto, las razones aducidas para la implementación de los requisitos consagrados en

el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 son claramente desproporcionadas, circunstancia que resulta más evidente a la luz de los elementos fácticos del presente asunto. Así, si uno de los argumentos para la exigencia de la fidelidad de cotización para con el sistema es impedir que se produzcan fraudes al mismo -consistentes por ejemplo en que una persona pueda afiliarse por un corto tiempo con el ánimo de exigir el cubrimiento vitalicio de una pensión por invalidez-, en casos como el presente 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. En este caso, además, el hecho de que el accionante haya efectuado cotizaciones durante más de un año antes de que se estructurara el estado de invalidez y que la causa de dicho estado sea una enfermedad de las denominadas catastróficas que surgen de manera imprevisible y repentina, demuestran que no existía en él ningún tipo de intención fraudulenta de acceder a prestaciones pensionales.

En este orden de ideas, resulta desproporcionado y contrario a la Constitución, particularmente al mandato de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, la aplicación rigurosa de la Ley 860 de 2003 a una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta en razón de la grave enfermedad que padece, que por tal razón no está en capacidad de desarrollar ninguna actividad laboral que le permita obtener los ingresos necesarios para solventar sus necesidades básicas y quien, en todo caso, bajo el imperio del régimen anterior al cual cotizó hubiera tenido derecho a acceder a la pensión de invalidez”.

4.8. A partir de lo anterior, se tiene que la Corte ha venido señalando que las modificaciones legislativas para el reconocimiento de la pensión de invalidez pueden afectar a quienes no cumplan los parámetros en cuya vigencia acaece la pérdida de la capacidad para laborar, precisamente, por que existe un cambio legislativo que establece condiciones más gravosas con los que se venían cotizando, sin que para tal efecto, al menos, se estimare un régimen de transición que respetare las expectativas legítimas. Evento en el cual la norma anterior puede resultar más progresiva en el caso concreto.

Por tanto, en estos asuntos, puede aplicarse directamente la Constitución Política (Art. 4°) frente a disposiciones que contraríen el principio de progresividad en los derechos sociales cuando el tránsito normativo no tenga sustento constitucional, más aún cuando estén en juego derechos fundamentales, en especial, el derecho al mínimo vital de quienes no pueden desempeñar una labor con la que puedan atender sus necesidades, y requieran de una mesada como única fuente de ingreso.

## 5. Caso concreto.

5.1. El actor manifiesta que se le determinó la pérdida de su capacidad laboral en un 71.03%, con fecha de estructuración de octubre 15 de 2006. Manifiesta que solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez al Instituto accionado, quien mediante Resolución No. 6649 de octubre 29 de 2007, resolvió denegarla. Indica que la razón de la negativa se sustentó por cuanto no cumplía el requisito de fidelidad al sistema que establece el artículo 1° de la ley 860 de 2003. Considera que dicha negativa vulnera sus derechos fundamentales y las garantías constitucionales que en materia de seguridad social venía disfrutando.

El Instituto de Seguro Social guardó absoluto silencio en el trámite de la acción de tutela presentada por el señor Marín. Ello, como se explicó anteriormente, conlleva a la aplicación de la presunción de veracidad de los hechos y pruebas presentadas por el demandante de la que trata el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, sin perjuicio a que la Sala analice su particular situación.

5.2. Así pues, del formulario de Dictamen para la calificación de la pérdida de la capacidad laboral y determinación de la invalidez de fecha junio 22 de 2007 se indica que la invalidez del actor fue estructurada en un 71.03% a partir del día octubre 15 de 2006, al padecer una afección de su sistema nervioso (folios 19 y 20 del cuaderno principal).

Asimismo, la Resolución No. 6649 de octubre 29 de 2007 proferida por el Instituto de Seguro Social señala que el demandante solicitó, en agosto 29 de 2007, el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue negada (folios 21 y 22 del cuaderno principal).

La anterior resolución invoca que el recurrente fue declarado inválido por enfermedad común a través de dictamen médico emitido en junio 22 de 2007 por la Dependencia de Medicina Laboral de la Seccional Caldas, la cual le determinó un porcentaje de 71.03% de la pérdida de su capacidad para laborar con una fecha de estructuración de octubre 15 de 2006. Luego, procede a informar lo dispuesto en el artículo 1° de la ley 860 de 2003 que modifica el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

Asimismo, de su lectura se observa la razón por la cual la entidad niega el reconocimiento de la prestación de invalidez. En la misma se señala:

“Que revisado el reporte de semanas, expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguros Sociales, se establece que el asegurado cotizó a este instituto un total de 210 semanas válidas para pensión de invalidez, esto es con anterioridad a la fecha de estructuración, de las cuales 117 SEMANAS fueron cotizadas en los tres años anteriores, por lo cual se observa que cumple con el primer requisito que exige acreditar un mínimo de 50 semanas en este período, sin que por esta sola circunstancia sea suficiente para el reconocimiento de la prestación.

Que una vez realizado el análisis de la fidelidad para con el sistema, para el caso concreto del solicitante se encuentra que requiere cumplir con una fidelidad para con el sistema, para el caso concreto del solicitante se encuentra que requiere cumplir con una fidelidad mínima equivalente a 238 semanas, encontrándose que en el periodo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez el asegurado cotizó 210 semanas que equivalen al 8.37% de fidelidad evidenciándose que no reúne la totalidad de los requisitos para acceder a la prestación solicitada.” (Negrillas en texto original).

5.3. De conformidad con la situación fáctica planteada y las pruebas allegadas, se observa que la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez al actor por parte del ente demandado se sustentó por cuanto, si bien su invalidez fue estructurada en un porcentaje superior al 50% y cotizó más de 50 semanas en los tres últimos años anteriores a la misma, no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema que contempla el artículo 1° de la ley 860 de 2003, el cual modificó el artículo 39 de la ley 100

de 1993.

Así las cosas, corresponde a la Sala determinar si se vulneraron los derechos fundamentales del demandante por la aplicación de una norma que establece requisitos para el acceso a la pensión de invalidez considerados, en particulares casos, de naturaleza regresiva de los derechos prestacionales.

Sea lo primero a indicar que la fecha de estructuración de la invalidez se estableció el 15 de octubre de 2003, fecha para la cual se encontraba vigente el artículo 1° de la ley 860 de 2003, pues este entró a regir desde el 26 de diciembre de 2003.

De igual manera, de las pruebas allegadas al expediente se advierte que el demandante venía cotizando al sistema de pensiones antes de la entrada en vigencia del artículo 1° de la ley 860 de 2003. Lo anterior se sugiere a partir de la relación de novedades al sistema de autoliquidación de aportes mensual del Instituto de Seguro Social (folios 24 al 25 del cuaderno principal). En efecto, en dicho documento se señala que el demandante:

\* En el año 1996, en marzo 06, cotizó 7 días (IBC \$33.180).<sup>43</sup>

\* En el año 2001, en julio 10, cotizó 3 días (IBC \$30.000); así como los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre (IBC \$300.000).

\* En el año 2002, cotizó los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio (IBC de enero, 300.0000; IBC de febrero a junio \$321.000).

\* En el año 2003, cotizó en marzo 05, 01 días (IBC \$11.400), así como los meses de abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre (IBC \$342.800).

\* En el año 2004, cotizó los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre (IBC de enero, \$342.800; IBC de febrero a diciembre \$368.000).

\* En el año 2005, cotizó los meses de enero, febrero, marzo, abril mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre y noviembre. (IBC de enero, \$368.000; IBC de febrero a

noviembre, \$392.000).

\* En el año 2006, cotizó 22 días en abril 08, así como los meses de mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre (IBC enero, \$307.300; IBC mayo a diciembre, \$419.000).

\* En el año 2007, cotizó los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo y septiembre (IBC enero, 419.000; IBC febrero a septiembre, \$445.300).

Desde este panorama, la Sala estima que el demandante se vio afectado por el tránsito normativo que impuso la ley 860 de 2003 para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Como se observa del historial de sus cotizaciones al sistema de pensiones, empezó a hacerlo según las condiciones previstas en la ley 100 de 1993. De manera que resulta desproporcionado que se le exija una fidelidad al sistema desde el momento en que cumplió 20 años de edad, pues el Sistema General de Pensiones del que se le exige mantenerse fiel no existía para la época en la que ingresó al mismo.

Ahora bien, téngase en cuenta que, tal y como se señaló en la parte considerativa de esta sentencia, el artículo 1° de la ley 860 de 2003, por una parte, aumenta el número de semanas de cotización para el reconocimiento de la pensión de invalidez; y por otra, añade el requisito de fidelidad al sistema, el cual se alcanza una vez se obtenga una densidad de cotización del 20% entre el lapso desde que el peticionario cumpla los veinte años de edad hasta la fecha de estructuración de la primera invalidez. Su finalidad es imponer una cultura de afiliación a la seguridad social y controlar los fraudes al sistema.

Al analizar dicha finalidad, se observa que su implementación no tiene un análisis significativo, toda vez que resulta incompatible que, so pretexto de promover la cultura de la afiliación, se castigue a quienes carecían de dicho hábito, y por tanto actuaron bajo las condiciones imperantes hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003.

Así las cosas, tal y como lo ha estimado esta Corporación “la cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella”, mucho menos cuando no se previó un régimen de transición que protegiera a las personas que ya venían cotizando al sistema de pensiones, con el que se

disminuyera su impacto negativo.

Aunado a lo anterior, obsérvese que otro de los fundamentos mediante el cual se adopta la fidelidad al sistema, como requisito necesario para la pensión de invalidez, es por cuanto se busca impedir que se produzcan fraudes al sistema de pensiones para quienes se afiliaren en corto tiempo con la intención de solicitar el acceso indefinido a la pensión de invalidez. Sin embargo, dicha finalidad, no solo presume la mala fe sino que además perturba a quienes padecen de graves enfermedades que los lleva a un estado de invalidez, y vinieren cotizando al sistema antes de la exigencia de dicho requisito, como en efecto sucede en el presente asunto.

Así las cosas, resulta desproporcionado y contrario al principio de progresividad de los derechos prestacionales la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003, puesto que la exigencia de fidelidad al sistema acarrea en el caso objeto de revisión, una regresión en el ámbito de protección de los derechos del demandante, teniendo en cuenta que su afiliación y ciertas cotizaciones, se efectuaron de cara a las condiciones previstas en la legislación anterior a la ley 860 de 2003, esto es el artículo 39 de la ley 100 de 1993, que exigía, a quienes vinieren afiliados y cotizando al sistema, tan sólo 26 semanas en cualquier tiempo antes de la estructuración de la invalidez, sin contemplar el mencionado requisito de fidelidad.

Obsérvese que para el 15 de octubre de 2005, fecha de estructuración de la invalidez, el actor ya venía efectuando sus cotizaciones al sistema de pensiones, y que incluso lo hizo en dicho mes. Recuérdese que el artículo 39 de la ley 100 en su versión original disponía que tenían derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que siendo declarados inválidos, se encontraren cotizando al régimen y lo hubieren hecho, por lo menos 26 semanas al momento de la invalidez. Así pues el demandante cotizó, antes de la estructuración de su invalidez, más de las 26 semanas exigidas, a saber: en el año 1996, 7 días; en el año 2001, cotizó 3 días el 10 de julio, y 30 días en agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre; en el año 2002, cotizó 30 días en enero, febrero, marzo, abril, mayo y junio; en el año 2003, cotizó 01 día el 05 de marzo, y 30 días en abril, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre; en el año 2004, cotizó 30 días en los meses de enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre; y, en el año 2005, cotizó 30 días en los meses de

enero, febrero, marzo, abril mayo, junio, julio, agosto, septiembre, octubre.

Asimismo, el mismo ente demandado señaló en la Resolución 6649 de octubre 29 de 2007 que el actor cotizó 210 semanas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez, de las cuales 117 se efectuaron en los últimos tres años. De esta manera, se observa que el actor cumplió mucho más de las veintiséis semanas exigidas, que frente al artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original, otorgaban el reconocimiento a la pensión de invalidez.

5.4. Por tanto, la ausencia de justificación, proporcionalidad y razonabilidad de la actuación de la entidad accionada vulnera el principio de progresividad de los derechos prestacionales, que además afecta otros derechos de rango iusfundamental. Ciertamente, la aplicación por parte del Instituto demandado de disposiciones que contrarían postulados constitucionales, así como de la jurisprudencia constitucional, vulnera los derechos del actor a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital. Lo anterior, si se tiene en cuenta la particular circunstancia en la que está inmerso el accionante.

Así las cosas, la aplicación del artículo 1° de la ley 860 de 2003 resulta desproporcionada en el presente asunto, atendiendo la especial circunstancia del demandante, pues el alto porcentaje de su invalidez le impide desarrollar una actividad que le permita sufragar sus necesidades y las de su familia. Además, el amparo a sus derechos fundamentales implicará el acceso al sistema de seguridad social en salud, y por ende, garantizará que le pueda ser brindado un tratamiento médico adecuado que atienda la grave afección que padece.

Por consiguiente, en el asunto objeto de revisión resulta indispensable que se ordene la aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante. En consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguro Social que, dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al demandante, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, desde la fecha en que el actor solicitó su

reconocimiento, sin perjuicio de la compensación a la que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

#### IV. DECISIÓN.

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

#### RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido el día julio 23 de 2008 por el Juzgado Primero Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento de la ciudad de Pereira, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Fernando Antonio Marín Isaza. En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la seguridad social, a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguro Social que dentro de las cuarenta y ocho horas (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo hubiere hecho, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al señor Fernando Antonio Marín Isaza, la pensión de invalidez respectiva, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, desde la fecha en que el actor solicitó su reconocimiento, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente, y sin perjuicio de la compensación a la que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva

Tercero.- LÍBRESE por Secretaría General las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

CLARA ELENA REALES GUTIÉRREZ

Magistrada (E)

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Sobre este punto ver las sentencias: T-138/05, T-454/04, T-425/04, T-050/04, T-812/02, T-660/99, T-577/99 y T-143/98, entre otras. Al respecto ha señalado: “El reconocimiento y pago de prestaciones sociales de tipo económico, por la clase de pretensiones que allí se discuten, persiguen la definición de derechos litigiosos de naturaleza legal (...) Resulta, entonces, ajeno a la competencia de los jueces de tutela entrar a decidir sobre los conflictos jurídicos que surjan alrededor del reconocimiento, liquidación y orden de pago de una prestación social, por cuanto para ello existen las respectivas instancias, procedimientos y medios judiciales establecidos por la ley; de lo contrario, se desnaturalizaría la esencia y finalidad de la acción de tutela como mecanismo de protección especial pero extraordinario de los derechos fundamentales de las personas y se ignoraría la índole preventiva de la labor de los jueces de tutela frente a la amenaza o vulneración de dichos derechos que les impide dictar órdenes declarativas de derechos litigiosos de competencia de otras jurisdicciones”. Sentencia T-660/99, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

2 T-860/05, T-344/05, T-043/05, T-1221/05, T-056/94, T-888/01, entre muchas otras.

3 Ver sentencias T-170 de 2000, T1166 de 2001, T-001 de 2003, T-325 de 2003, T-326 de 2003, T-422 de 2003, T-588 de 2003, SU- 975 de 2003, T-200 de 2005.

4 Ver sentencias SU-430 de 1998; T-143 de 1998; T-787 de 2002; T-1011 de 2002, T-1128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

5 Ver sentencias T-278 de 1997; T-559 de 1998; T-160 de 1997; T-009 de 1999; SU-090 de 2000.

6 Sentencia T-941 de 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández.

7 Al respecto la sentencia C-375/04 dispuso: “Pese a su estatus prestacional, en las eventualidades en las cuales el desconocimiento o vulneración de alguna de las garantías que comportan el derecho a la seguridad social ponen en cuestión derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la integridad personal, la doctrina constitucional ha sostenido la posibilidad de acudir al mecanismo sumario y expedito de la acción de tutela para hacer frente a este tipo de violaciones.”

8 En el mismo sentido, consultar la sentencia T-1083 de 2002.

9 Sobre estos requisitos Cfr. Corte Constitucional, sentencia T-1316/01. Esta sentencia sintetiza la regla jurisprudencial reiterada por la Corte a partir del análisis efectuado en la decisión T-225/93, la cual estudió a profundidad los elementos que integran las condiciones de inminencia, urgencia, gravedad e impostergabilidad propios del perjuicio irremediable. Sobre este particular, la sentencia en comento indicó: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

A).El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.

B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han

de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud señalan la oportunidad de la urgencia.

C).No basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D).La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, esta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

10 Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

11 Sentencia T-1291 de 2005.

12 Sentencia T-489 de 1999. M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano. Sobre el particular, véase también la sentencia T-326 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

13 Cfr. C-227 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Al respecto, no sobra recordar que la sentencia T-1128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, manifestó que el “derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de una persona que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no puede acceder al mercado de trabajo, de modo que el reconocimiento de dicha pensión entra a convertirse en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos dada su discapacidad.”

14 Sobre el tema, este Tribunal señaló en la Sentencia T-1251 de 2005: “[e]n conclusión, el juez de tutela deberá examinar, al momento de determinar si una acción de tutela es procedente para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, si existe un nexo entre dicha pretensión con un derecho fundamental que pueda estar siendo vulnerado, y si del análisis se deduce dicho nexo, deberá conceder el amparo aun cuando existan mecanismos judiciales, pues no resultan idóneos para la protección de los derechos fundamentales del demandante”. Asimismo, consúltese sentencias T-1128 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

15 Cfr. T-1064 de 2006, T-1291 de 2005, T-628 de 2007, T-069 de 2008, T-080 de 2008, T-104 de 2008, T-110 de 2008, entre otras.

16 En este sentido, mediante sentencia T-232 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández se señaló que “la consagración de esa presunción obedece al desarrollo de los principios de inmediatez y celeridad que rigen la acción de tutela, y se orienta a obtener la eficacia de los derechos constitucionales fundamentales y el cumplimiento de los deberes

que la Carta Política ha impuesto a las autoridades estatales (Artículos 2, 6, 121 e inciso segundo del artículo 123 C.P.)<sup>16</sup>”.

17 Esta Sala de Revisión, mediante sentencia T-1040 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández realizó un minucioso estudio acerca del principio de progresividad en la seguridad social y su incidencia en las reformas legislativas para acceder a la pensión de invalidez, precisamente en asuntos de similar contenido fáctico al expediente objeto de revisión.

18 Ver sentencia C-480 de 1998, M.P.: Fabio Morón Díaz, T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

19 Al respecto, consúltense las sentencias C-655 de 2003, T-471 de 1992, T-116 de 1993 , SU-039 de 1998, T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Al respecto, en sentencia T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández se señaló: “Lo anterior implica, como lo ha explicado esta Corporación, que el ordenamiento constitucional se ha encargado de precisar el compromiso que tienen los particulares en la realización de la seguridad social, pues al margen de atribuirle al Estado la función de dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, a éstos les asigna “el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.”<sup>20</sup> De esta manera, la seguridad social, en los términos en que ha sido concebida, no solo interesa a los fines del Estado, en el propósito de brindarle a todos los ciudadanos la protección contra las contingencias sociales y las cargas familiares, sino que compromete igualmente a la sociedad para el logro y consecución de tales objetivos.”

21 Constitución Política de Colombia, artículo 150, numeral 23. Ver sentencias:  
C-126 de 1995,  
M.P. Hernando Herrera  
Vergara; C-168 de 1995, M.P. Carlos Gaviria Díaz; T-271 de 1995, M.P. Alejandro Martínez  
Caballero; C-967 de 2003, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, entre otras.

23 Cfr. T-1048 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

24 C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero; SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, C-671 de 2002 y C-038 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-1291 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-221 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, entre otras. La Corte ha desarrollado el concepto de progresividad del Sistema de Seguridad Social, para lo cual además se ha fundamentado en la doctrina internacional más autorizada incluida en los informes del Relator, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Principios de Limburgo.

25 M.P. Eduardo Montealegre Lynett. De igual manera, en la misma sentencia se señaló que: “Sin embargo, esa regulación sobre los efectos temporales de las disposiciones laborales debe ser armonizada con el mandato de progresividad, el cual, como ya se ha explicado largamente, prohíbe prima facie, los retrocesos en la protección de los derechos sociales. Ahora bien, cuando las nuevas normas son más favorables a los trabajadores que se encuentran empleados, el efecto general e inmediato de las normas incorporadas al CST no plantea ningún problema constitucional, pues desarrolla el principio de progresividad, al dar aplicación a los contratos laborales en curso de los avances en la protección de los derechos de los trabajadores. Por el contrario, ese efecto general inmediato es constitucionalmente problemático cuando las nuevas regulaciones representan menores garantías para los trabajadores empleados, puesto que la aplicación inmediata a los contratos ya existentes hace aún más grave el retroceso en la protección de los derechos laborales. Por ello la Corte considera que no es posible aplicar mecánicamente la norma sobre efectos temporales inmediatos de las regulaciones laborales. A fin de armonizarla con el mandato de progresividad, las nuevas disposiciones que reduzcan la protección a los trabajadores pueden tener aplicación inmediata, si aparece claro que el fin constitucional que se persigue y que eventualmente podría justificar un retroceso en la protección de los derechos sociales, hace necesario aplicar la medida a los contrato en curso. En caso de que no aparezca necesaria esa aplicación, la regla de los efectos generales e inmediatos se torna inconstitucional por su afectación del principio de progresividad, y por ende los contratos existentes continúan rigiéndose por la normatividad derogada”.

26 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

27 En este sentido, se pronunció esta Corporación en la Sentencia T-221 de 2006 al

referirse a la progresividad de la seguridad social, aspecto sobre el cual señaló que “ (...) implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas, es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados.”

28 Ver entre otras, las sentencias T-974 de 2005, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-1291 de 2005, M.P. ; 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.

29 M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

30 Sentencia C-754 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

31 Cfr. T-1040 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

32 Sentencia C-789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil, y C-1049 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

33 Ver sentencias T-1064 de 2006, y T-628 de 2007, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

34 Sobre el tránsito normativo de la pensión de invalidez, ver entre otras la sentencia T-043 de 2007, T-047 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-641 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

35 En sentencia, T-1064 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, se estimó: “Además, se ha manifestado que frente a los cambios normativos que puedan presentarse respecto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición, el cual no resulta indispensable cuando la nueva normatividad implica cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social. Sin embargo, cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos

frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión<sup>35</sup>, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez”.

36 Sentencia T-043 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

37 Ver 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.

38 Al respecto, consúltese las sentencias T-259 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-1048 de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-1072 de 2007; T-069 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-080 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-104 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-110 de 2008, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-145 de 2008, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-287 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

39 Cfr. Gaceta del Congreso No. 593. Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003, página 10.

40 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

41 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

42 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

43 Entiéndase por IBC, Ingreso Base de Cotización.