

Sentencia T-221/06

ESTABILIDAD LABORAL EN CONTRATOS A TERMINO FIJO

Ha sostenido esta Corporación que aun en los contratos a término fijo debe respetarse el principio de estabilidad laboral consagrado en la Carta Política, de tal suerte que los trabajadores que han sido vinculados bajo esta modalidad contractual y que tengan una expectativa racionalmente fundada de permanencia en el empleo, vean dicha expectativa correspondida con la prórroga del contrato. La racionalidad se predica, para estos efectos, tanto de la viabilidad del trabajo en términos de tiempo, lugar y labores desempeñadas, entre otras condiciones, como del desempeño de las funciones en debida forma, todo lo cual permite colegir que si se sigue requiriendo la prestación de un servicio y éste se presta de manera idónea, no hay lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo con previo aviso, sin que se vulnere el principio de estabilidad laboral. Si bien es cierto que la señora se encontraba padeciendo una enfermedad pulmonar, no consta en ninguna de las manifestaciones de las partes que ello haya influido directamente en el rendimiento laboral; es decir, no existe afirmación alguna dirigida a sostener que el motivo de la desvinculación laboral fue la incapacidad de la accionante para desempeñar sus funciones. De ello se desprende que la decisión tomada por el empleador atendió únicamente a su liberalidad y por tanto, transgredió la expectativa de la trabajadora de permanecer en el trabajo. A la accionante le asistía la legítima expectativa de encontrar la renovación de su contrato toda vez que el puesto de trabajo persistía bajo las mismas condiciones de modo, tiempo y lugar con que se pactaron originariamente y ella se encontraba realizando sus labores en debida forma. No obstante, el empleador de manera inmotivada dio por terminado el contrato de trabajo en enero de 2005 dando el aviso de no prórroga que exige la Ley laboral con el término de anticipación correspondiente. Sin embargo, como ha sido expuesto, no basta con presentar dicho aviso para que el empleador quede investido de facultades legítimas para terminar la relación laboral regida por un contrato a término fijo.

DERECHO AL TRABAJO Y ESTABILIDAD LABORAL EN CONTRATOS A TERMINO FIJO-No se puede dar orden de reubicación laboral por avanzada edad y por pérdida de capacidad laboral

La Corte considera que aunque se concreta una vulneración del derecho fundamental al trabajo, existen otras piezas del elemento fáctico que permiten concluir que el restablecimiento del derecho en el sentido de impartir una orden al empleador de reubicar a la señora en su puesto de trabajo no consigue concretar la justicia material, por cuanto la accionante por su avanzada edad y su pérdida de capacidad laboral arriesgaría su salud y vida en desarrollo de la actividad laboral.

SEGURIDAD SOCIAL-Concepto

La Seguridad Social ha sido entendida por esta Corporación como el "conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna"; de igual forma, puede ser calificada como el conjunto de instituciones orientadas de manera armónica y sistemática a la realización de los derechos de las personas con miras a amparar la dignidad humana y en procura de un desarrollo integral de la persona.

SEGURIDAD SOCIAL-Derecho de segunda generación/ SEGURIDAD SOCIAL-Naturaleza asistencial o prestacional

Centrando la atención en la calidad de derecho que le es inherente a la seguridad social, debe sostenerse que éste ha sido reconocido en el Estado colombiano, así como en la legislación comparada, como un derecho de segunda generación, un derecho de naturaleza asistencial o prestacional que debe ser garantizado de manera progresiva.

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Son los que coadyuvan a la materialización del derecho

De acuerdo con el artículo 48 Superior, existen unos principios fundamentales que coadyuvan a la materialización del derecho a la seguridad social, dentro de los que se destacan la eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad.

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL

El principio de progresividad, inherente a los derechos de segunda generación y predicable del derecho a la seguridad social por expreso mandato del artículo 48 constitucional, ha sido desarrollado in extenso por la jurisprudencia de esta Corporación; así, la misma ha sostenido que "existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad.

LIBERTAD DE CONFIGURACION LEGISLATIVA EN SEGURIDAD SOCIAL-Límites

En materia de configuración legislativa en torno a la seguridad social, la Carta Política le reconoce al legislador un amplio margen de configuración política, al sostener en el artículo 48 que su prestación será de acuerdo a la Ley, radicando así en cabeza del Congreso la tarea de procurar la materialización de los principios de acuerdo a su criterio, en el entendido de que por ser un órgano colegiado y de representación política, puede materializar la voluntad general y acometer de manera progresiva los fines del Estado. Dicha libertad de configuración del legislador, no obedece a una interpretación amplia de sus facultades generales, sino al tenor de la Constitución que en su artículo 48 sostiene que la seguridad social deberá prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, "en los términos que establezca la Ley"; otorgando así una competencia específica al legislador y reconociéndole un amplio margen de libertad de configuración para regular la materia. No obstante, la libertad de configuración del legislador en ese campo no es absoluta sino que, por el contrario, encuentra límites sustanciales que delimitan su actuación en aras de proteger los principios fundantes del Estado Social de Derecho, de tal suerte que se le impone un alto grado de responsabilidad social y política.

PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN-Requisitos establecidos en Ley 100/93 y en Ley 860/03

Para tener derecho a la pensión deben reunirse los requisitos establecidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Este artículo en su versión original disponía que el acceso a la pensión se sujetaba a la calificación de la situación de invalidez aunada al cumplimiento de uno de dos 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. Ahora bien, por virtud de la reforma introducida por la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión se tornaron más estrictos, lo cual se advierte no sólo al hacer una comparación con la legislación precedente, sino también con cuerpos normativos que regulan la materia en otros países. Así, a la luz de la normatividad vigente, se exige además de la calificación de invalidez, que la persona haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez 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.

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSION DE INVALIDEZ- Inexistencia

Es preciso anotar que esta Corte, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su

versión original, destacó que a diferencia de lo ocurrido con el sistema de pensión de vejez, el legislador de 1993 no previó en materia de pensión de invalidez un régimen de transición para garantizar su reconocimiento a las personas que estaban próximas a obtenerla en el sistema anterior. Esta Corporación encontró justificado el hecho de no crear un régimen de transición para el sistema de pensión de invalidez y consideró que el legislador tomó tal determinación "muy seguramente porque la Ley 100, en cuanto amplía sustancialmente la cobertura de la prestación, puede decirse que favorece, en términos generales, a las personas afectadas con la disminución o pérdida de su capacidad laboral en porcentajes superiores al 50%". Complementa esta consideración, en el sentido de encontrar justificable la falta de creación de un régimen de transición en la pensión de invalidez. Corolario de esta posición jurisprudencial es que el legislador, al gozar de un amplio margen de configuración, puede prescindir de la creación de un régimen de transición en materia de pensiones, cuando la reforma legislativa implica una medida favorable para las personas, es decir, cuando se está en presencia de una regulación progresiva.

LEY 860/03-Impone mayores exigencias para acceder a pensión de invalidez

Resulta contrario a la lógica propia de los derechos económicos y sociales que el legislador introduzca una medida regresiva, como parece ocurrir con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión. La Corte encuentra que la norma que ha sido aplicada al caso que suscitó la presente acción de tutela es regresiva en materia de seguridad social en pensiones, por establecer una serie de requisitos que imponen mayores exigencias a los afiliados al sistema para gozar del beneficio de la pensión de invalidez. Si bien es cierto que no toda regulación más exigente puede ser catalogada como regresiva, es claro que en el presente caso, por virtud de las condiciones particulares de la accionante, que serán evaluadas en acápite posterior, la norma, aplicada al caso concreto, vulnera la vida, la subsistencia y la dignidad humana de la actora.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD-Del Artículo 39 de la ley 100/93 subrogado por el artículo 1 de la ley 860/03/**PENSION DE INVALIDEZ**-Norma que establece requisito de fidelidad/**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD**-Violación por artículo 1 de ley 860/03

Resulta claro que la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a la situación fáctica concreta de la accionante, es inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, habida cuenta de que se trata de una persona que pertenece a la tercera edad y que por fuerza de su situación económica y

social se vio compelida a ingresar tardíamente al mercado laboral y, de contera, al sistema de seguridad social. Debe recalcarse, para efectos de hacer explícita la precaria situación económica de la actora, que la vinculación de la accionante al sistema de seguridad social sucedió en edad posterior a la que el sistema de pensiones tiene como modelo de referencia para el acceso a la pensión de vejez, bajo el presupuesto de que existe una exigencia de cotización de 1000 semanas y se establece como edad mínima para acceder a la pensión de invalidez la de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, de lo cual se colige que el sistema da por supuesto que las personas deben vincularse a éste entre los 25 y los 40 años, para poder acceder al pleno de beneficios que de él se derivan, teniendo que el caso de la actora es atípico en relación con este modelo ideal de cotización al sistema, por cuanto la accionante se vinculó al mismo tan solo con posterioridad a la edad considerada para el acceso a la pensión, esto es, después de los 60 años de edad. Así las cosas, la norma tiene entre sus destinatarios a personas que deben ser sometidas a un tratamiento privilegiado por el Estado y a una protección reforzada, de tal suerte que una vulneración al principio de progresividad afectaría en gran medida a este específico grupo poblacional, tornándose la norma inconstitucional para el caso concreto y requiriéndose la actuación del juez de tutela en el sentido de amparar los derechos fundamentales vulnerados inaplicando la norma en referencia. 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.

CULTURA DE FIDELIDAD AL SISTEMA DE PENSIONES-

Resultó penalizando a personas que carecen de un hábito en ese sentido

Se desprende que la consideración para la adopción de la norma giró en torno a la premisa de construcción de una cultura de fidelidad al sistema de pensiones. Así las cosas, resulta paradójico que, so pretexto de promover la cultura de afiliación, se penalice a aquellas personas que carecen de un hábito en tal sentido. La norma jurídica en revisión establece un incentivo para los agentes en el sentido de afiliarse desde temprana edad, toda vez que solo así podrán gozar de las garantías propias en materia de seguridad social en pensiones; pero resulta contrario a la lógica jurídica que una norma posterior que establezca nuevos requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo el prurito del fomento de la cultura de afiliación, castigue a quienes se comportaron de acuerdo a la legislación imperante hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003. La cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella. No puede por tanto el legislador, pretender infundir una cultura de afiliación desprotegiendo a ciertos sectores de la población, sin crear un régimen de transición o un mecanismo similar que ampare a las personas que

bajo diferentes condiciones venían cotizando al sistema. Si bien el legislador comprendió que la reforma redundaría en beneficio de las personas de mayor edad, por cuanto tendrían más semanas cotizadas, merced a la cultura que se pretende crear con la norma, tal efecto debe ser entendido como una proyección y, por tanto, 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 ellos ya no puede recaer la pretendida "culturización". La especial protección que el Estado debe ofrecer a las personas con discapacidades y de la tercera edad se torna inocua a la luz de este precepto legal, en la medida en que se abandona a su suerte a las personas de avanzada edad que no tuvieron la fidelidad requerida por el sistema para causar a su favor la pensión de invalidez.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD CON EFECTO INTER PARTES

La Corte encuentra que para el caso concreto de la accionante, la norma contraría de forma ostensible la Carta Política y por tanto debe ser inaplicada; es pertinente, por consiguiente, dar una revisión del caso concreto para dar lugar en éste, con efecto inter partes, a la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD- Aplicación

La inaplicación que el funcionario competente haga de una norma por encontrar palmaria su incompatibilidad con la Constitución Política no excluye del ordenamiento jurídico la norma inaplicada, porque ello solo compete al juez constitucional en sede de control abstracto de constitucionalidad del precepto normativo, que se despliega como consecuencia del ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad o del control automático y previo en los casos expresamente consagrados en la Constitución. Ahora bien, la Corte ha sostenido que para que surja en el operador jurídico la facultad de aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad es menester que la incompatibilidad de la norma inaplicada con la Constitución política sea evidente. Es decir, es necesario que de una primera revisión surja para el intérprete la inequívoca conclusión de que la norma revisada se encuentra en contravía de los principios y mandatos Superiores. La administradora de fondos de pensiones, Colfondos S.A., negó la concesión de la pensión de invalidez sustentando su decisión en la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Con dicha actuación Colfondos S.A. vulneró los derechos fundamentales alegados por la accionante, toda vez que aplicó una norma que de acuerdo a los hechos concretos de la presente acción de tutela resulta ostensiblemente inconstitucional. Ello es así dado que, de acuerdo a los fundamentos expuestos en los acápites anteriores, la norma aplicada vulnera de manera directa los artículos 13, 46 y 48.

INCAPACIDAD ECONOMICA DE PERSONA ENFERMA TERMINAL A QUIEN NO SE LE RECONOCIO PENSION DE INVALIDEZ

La Corte encuentra que la accionante se encontraba en estado de debilidad manifiesta por su condición económica, dado que ella alega en la acción de tutela, sin que exista controversia al respecto, que requería del ingreso proveniente de su trabajo para mantener su propia existencia y la de personas a su cargo. Esta afirmación es de recibo por esta Corporación, en la medida en que de los hechos que fueron relatados en el trámite de la acción de tutela se desprende que la accionante no tenía ninguna persona que pudiera responder por ella. A tal conclusión se arriba bajo el entendido de que de haber tenido a quien reclamar alimentos legalmente la actora no se hubiera visto en la necesidad de trabajar a la edad de 73 años, exponiendo su salud e integridad personal.

LEY 860/03-Regulación regresiva en materia de pensión de invalidez

Retomando el punto de la vulneración de la Carta por parte de la Ley 860 de 2003 por contener una regulación que puede ser considerada como regresiva en materia de pensión de invalidez, es pertinente reiterar lo dicho en líneas precedentes en el sentido de que tal inconstitucionalidad se predica respecto del caso en concreto por cuanto la medida afecta a una persona que se encuentra dentro de un grupo poblacional objeto de protección reforzada, esto es, la señora es una persona con pérdida de capacidad laboral, por motivo del cáncer pulmonar que la aqueja, y por tal virtud, se encuentra en condiciones económicas y físicas que concretan su debilidad manifiesta, además de ser una señora que pertenece a la tercera edad, al contar con 73 años de vida.

EXCEPCION DE INCONSTITUCIONALIDAD Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN CASO DE PENSION DE INVALIDEZ

El punto de la progresividad es altamente relevante para la inaplicación de la norma por inconstitucional; la Corte ha sostenido 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 menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto. 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 prestacional”.

Referencia: expediente T-1225522

Accionante: Isolina Trillos de Pallares

Demandado: Sociedad Agrícola del Toribio S.A., Compañía Colombiana administradora de Fondos de pensiones y cesantías Colfondos S.A. e Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:
Dr. RODRIGO ESCOBAR GIL

Bogotá D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto laboral del circuito de Santa Marta y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta, dentro de la acción de tutela instaurada por Isolina Trillos de Pallares contra la Sociedad Agrícola del Toribio S.A., el Instituto de Seguro Social y Colfondos S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos

El 29 de marzo de 2005 la señora Isolina Trillos de Pallares, actuando mediante apoderado, presentó acción de tutela contra la Sociedad Agrícola del Toribio S.A., la Compañía Colombiana administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A. y el Instituto de Seguros Sociales, con motivo de la presunta vulneración de los derechos a la salud, a la vida, al trabajo y a la subsistencia, por los hechos que a continuación se sintetizan.

Reseña la accionante que por el término de ocho¹ años sostuvo una relación laboral con la Sociedad Agrícola del Toribio S.A., por virtud de contratos de trabajo a término fijo prorrogados de manera sucesiva e ininterrumpida hasta

¹ De acuerdo a las pruebas relacionadas al proceso, la relación laboral abarcó cinco años comprendidos entre enero de 2000 y enero de 2005.

enero de 2005.

Señala la actora que en vigencia del contrato de trabajo sufrió un cáncer pulmonar como enfermedad profesional que comprometió gravemente su sistema respiratorio, lo que condujo a que el empleador decidiera no otorgar nueva prórroga del contrato de trabajo, dejando de tal forma a la accionante en estado de indefensión toda vez que quedó sin ingreso salarial y sin acceso al sistema de seguridad social.

Tras haber sido desvinculada del trabajo, la accionante fue calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 58,6% por riesgo común, razón por la cual elevó petición ante Colfondos para que le fuera otorgada la pensión de invalidez, que no obstante sus condiciones le fue negada.

2. Fundamentos de la acción y pretensiones.

La accionante considera que la desvinculación laboral y la falta de reconocimiento de la pensión de invalidez son actuaciones lesivas de derechos y principios constitucionales tales como la salud, la vida, el trabajo, la solidaridad y el mínimo vital y móvil, entre otros.

Sustenta su consideración en el hecho de que es una persona de 73 años que además de soportar los quebrantos de salud propios de su edad, tiene una disminución de su capacidad laboral y debe velar por su familia, todo lo cual la hace pertenecer a un grupo especial de la sociedad merecedor de una protección reforzada.

Sustenta normativamente su acción en los artículos 11, 25, 46 y 23 Superiores, en el Código Sustantivo del Trabajo que en su artículo 62 numeral 5to, establece la imposibilidad del empleador de despedir al trabajador incapacitado y en jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se determina la estabilidad laboral en los contratos de trabajo a término fijo y se indica la procedencia de la acción de tutela en asuntos laborales respecto de enfermos terminales.

Concreta la vulneración de las normas esgrimidas en el hecho de haber sido desvinculada del trabajo, dejando de percibir remuneración mensual y no habiéndosele reconocido pensión de invalidez, por lo cual solicita que se tutelen los derechos mencionados y se ordene a la Sociedad Agrícola del Toribio S.A. reconocer el derecho al trabajo y a la seguridad social, ordenando el reintegro laboral o en su defecto el reconocimiento y pago inmediato de la pensión por invalidez.

3. Oposición a la demanda de tutela

3.1. Oposición de la Sociedad Agrícola del Toribio S.A.

La Sociedad Agrícola del Toribio S.A., mediante apoderado, se opuso a las pretensiones de la accionante, reseñando los hechos que en su parecer llevarían al juez de tutela a la indefectible conclusión de inexistencia de hechos violatorios de los mandatos constitucionales.

En primer lugar señala que entre la Sociedad demandada y la accionante existía una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término fijo, que por virtud de las prórrogas a que fue sometido, comprendió el término entre el 2 de enero de 2000 y el 1 de enero de 2005, llegando a su fin conforme a las disposiciones legales, dado que el aviso de no prórroga fue notificado en noviembre de 2004.

Manifiesta que el 14 de enero de 2005 la sociedad canceló la liquidación definitiva de prestaciones sociales y que durante todo el tiempo de vigencia del contrato cumplió con su obligación de afiliación al sistema de seguridad social.

Finalmente indica que tras la desvinculación de la accionante y luego de conocer su pérdida de capacidad laboral, la sociedad ofreció asesoría respecto del trámite necesario para acceder a la pensión de invalidez, sin que pueda dar constancia de si la actora adelantó el trámite pertinente ante la administradora de fondos de pensiones.

3.2. Comunicación de Colfondos

El representante legal de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. COLFONDOS, mediante oficio, dio respuesta al requerimiento del Juzgado Cuarto Laboral del Circuito en el sentido de comunicar si había otorgado o no la pensión de invalidez.

Para tal efecto, establece que la señora Isolina Trillos de Pallares se vinculó a Colfondos como trasladada de régimen en fecha primero de marzo de 2000, efectuando cotizaciones por concepto de pensión obligatoria en el período comprendido entre abril de 2000 y diciembre de 2004.

Señala que la Junta Regional de Calificación del Magdalena dictaminó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 58,6%, por riesgo común, indicando como fecha de estructuración de la invalidez el día 24 de septiembre de 2004. Establece que el 16 de marzo de 2005, Colfondos rechazó la solicitud de pensión que hiciera la accionante por cuanto ella no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003, norma que aplica para el caso en comento.

Para sustentar la negativa al requerimiento de pensión de invalidez, hace un recuento de las normas aplicables, destacando los requisitos para acceder a ella consagrados en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en virtud del cual se requiere que el afiliado que sea declarado inválido acredite la cotización de

cincuenta semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y la fidelidad de cotización para con el sistema de por lo menos el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Ulteriormente, se pronuncia sobre el caso concreto señalando que la señora Isolina Trillos de Pallares cumple con el requisito de las cincuenta semanas de cotización, pero no con la fidelidad requerida, razón por la cual procedió bajo el amparo legal al denegar la solicitud de pensión, informando a la accionante el derecho que le asiste a la devolución de saldos. Por ello solicita al juez que tenga en consideración los hechos señalados para arribar a la conclusión de la inexistencia de vulneración a los derechos y principios constitucionales.

Finalmente sostiene que la acción de tutela no es un mecanismo viable para dar solución al conflicto planteado, toda vez que ésta no sustituye las vías ordinarias para aclarar la controversia.

4. Pruebas que obran en el expediente

La accionante aporta los siguientes documentos:

- a. Prórroga del contrato de trabajo, del 1 de enero de 2004 hasta el 1 de enero de 2005 (folio 7).
- b. Carta de aviso de no prórroga del contrato de trabajo fechada de 1 de diciembre de 2004 (folio 8).
- c. Prórroga del contrato de trabajo del 1 de enero de 2003 hasta el 1 de enero de 2004 (folio 9).
- d. Liquidación definitiva de prestaciones sociales (folio 10).
- e. Dictamen de Junta Regional de Calificación de Invalidez en el que se establece una pérdida de capacidad laboral equivalente a 58,6% por riesgo común (folios 11 a 13).
- f. Cartas contentivas de comunicaciones entre la accionante, Colfondos y la Junta Regional de Calificación de Invalidez, conforme al proceso de solicitud de pensión de invalidez (folios 14 a 16).
- g. Historia Clínica de la accionante en la que se diagnostica hemoptisis persistente, hemoptisis activa procedente del segmento apicoposterior del lóbulo superior izquierdo, mucosa infiltrada que obstruye en un 100% la luz del bronquio del lóbulo superior izquierdo y sospecha de cáncer broncogénico lóbulo superior izquierdo (folios 17 a 23).

La Sociedad Agrícola del Toribio S.A. anexó las siguientes pruebas:

- a. Certificado de existencia y representación legal (folios 37 a 39).
- b. Copia del contrato de trabajo a término fijo pactado originalmente entre enero de 2000 y el dos de julio de 2000 (folio 40).
- c. Copias de contrato de afiliación al sistema de salud y de pensiones al Seguro Social y a Colfondos, respectivamente (folios 43 a 44).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Primera Instancia

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta, mediante providencia del catorce (14) de abril de 2005, resolvió la acción de tutela denegando las pretensiones de la accionante bajo las siguientes consideraciones.

Sostiene el juez de conocimiento que el decreto 2591 de 1991 en su artículo sexto establece como causal de improcedencia del recurso de amparo la existencia de otros recursos o medios de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Señala que no toda disputa puede ser resuelta en los estrados judiciales invocando la acción de tutela como único mecanismo de solución cuando existen procedimientos que ofrecen posibilidades suficientes para discernir cual es la solución a la controversia. Refiere, con base en jurisprudencia de la Corte, que no cabe la acción de tutela para alcanzar propósitos susceptibles de ser logrados por los procedimientos ordinarios.

Concluye que como en el caso estudiado existe el proceso ordinario laboral, no es acertado el uso de la acción de tutela y por tanto procede a rechazar la solicitud.

2. Impugnación del Fallo.

El apoderado de la señora Isolina Trillos de Payares solicita que se revoque el fallo proferido por el juzgado cuarto laboral del circuito de Santa Marta, recordando que la accionante es una señora que pertenece a la tercera edad, que se encuentra padeciendo una enfermedad terminal y que ha quedado sin el sustento necesario para atender su alimentación y servicios médicos.

Establece que Colfondos asumió el riesgo común al afiliar a la accionante sin hacer ninguna consideración respecto de su estado de salud, de lo cual se colige que al momento de surtirse la afiliación, ella se encontraba sin el padecimiento que hoy la aqueja. De otra parte, señala que Colfondos pretende abstraerse de su responsabilidad aduciendo la aplicabilidad de una norma que no tiene cabida en el caso concreto.

Finalmente considera que sí es dable la procedencia de la acción de tutela, como mecanismo transitorio, para amparar los derechos presuntamente vulnerados en el caso concreto.

3. Fallo de Segunda Instancia

La Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta

confirma la decisión del A-quo sosteniendo en igual sentido que la acción de tutela es de carácter subsidiario o residual, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Del caso concreto concluye que al accionante le asisten otros mecanismos de defensa y por tanto la acción no está llamada a prosperar, precisando que tampoco procede como mecanismo transitorio porque no se acreditaron las condiciones para ello.

III. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema Jurídico.

Corresponde a la Corte, en esta oportunidad, pronunciarse sobre la presunta vulneración de los derechos a la vida, a la salud y al trabajo por parte de las entidades demandadas, conforme a los hechos reseñados.

Para tal efecto, es pertinente que la Corporación aborde en primer lugar la situación jurídica de la accionante frente a su empleador, y en segunda instancia, la relación frente a la administradora de fondos de pensiones.

En cuanto al primer asunto objeto de análisis la Corte debe determinar la forma en que se ha entendido el principio de estabilidad en los contratos a término fijo, para establecer si a la accionante se le ha vulnerado el derecho al trabajo.

De otra parte, en materia de pensiones, deberá la Corte establecer los principios que irradian el Sistema General de Seguridad Social y concretamente al sistema de pensiones, para determinar si la negación en el otorgamiento de la pensión de invalidez constituye una violación a los principios legales y constitucionales que sirven de sustrato a la seguridad social en Colombia.

3. Estabilidad en los contratos a término fijo.

El trabajo, entendido en nuestra legislación como "*toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, que una persona natural ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo*", ha sido reconocido a partir de la Constitución de 1991 como un principio fundante del Estado Social y como un derecho fundamental y una

obligación social, objeto de una especial protección.

El constituyente estableció una serie de principios mínimos fundamentales sobre los cuales reposa la protección jurídica en materia laboral y que coadyuvan a la materialización del derecho al trabajo, dentro de los que se destacan la remuneración mínima vital y móvil, la irrenunciabilidad a beneficios mínimos y la estabilidad en el empleo.

La libertad para elegir profesión u oficio, el derecho al trabajo y la libertad de empresa, entre otros derechos de raigambre constitucional, determinan el escenario del mercado laboral en el que las personas pueden concurrir libremente para establecer vínculos laborales bajo distintas modalidades contractuales, dentro de las que se destaca la de los contratos a término fijo.

Estos contratos se sustentan en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, pero encuentran limitaciones de orden legal y de creación jurisprudencial que adecuan la configuración contractual a los fines del Estado colombiano. Así, los contratos a término fijo según el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo deben constar siempre por escrito; de lo contrario se entiende que se ha pactado un contrato de trabajo a término indefinido. De otra parte, de acuerdo con el mismo artículo, los contratos a término fijo pueden pactarse por un tiempo inferior a un año. En este caso, son renovables sucesivamente hasta por tres períodos iguales o inferiores al inicialmente pactado, al cabo de los cuales no podrán ser renovados por un término inferior a un año.

Ahora bien, por vía jurisprudencial se ha señalado que si bien los contratos de trabajo a término fijo se pactan, como su nombre lo indica, para regular la relación entre empleador y trabajador por un período limitado en el tiempo, esto no significa que el principio de estabilidad en el empleo, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, no les sea aplicable. Al respecto, la Corte ha señalado que:

"es obvio que el contrato a término fijo responde a la idea de la estabilidad del empleo, porque aun cuando las partes en el ejercicio de la autonomía de la voluntad determinan libremente, acorde con sus intereses, las condiciones de la durabilidad de la relación de trabajo, ésta puede prolongarse indefinidamente en el tiempo, más aún cuando se da la circunstancia de que subsiste la materia del trabajo y las causas que le dieron origen al contrato. En otros términos, más que la fijación de espacio de tiempo preciso en la duración inicial de la relación de trabajo, lo relevante es la expectativa cierta y fundada del trabajador de conservar el empleo en cuanto cumpla con sus obligaciones laborales y el interés del empleador, motivado en las necesidades de la empresa, de prolongar o mantener el contrato".²

² Sentencia C-588 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

Con base en esta última consideración de la Corte, debe precisarse que la disposición legal que articula la estabilidad laboral con el contrato a término fijo es el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, que en su numeral primero establece que *"si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un período igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente"*.

Una lectura preliminar de este precepto legal lleva a dos conclusiones básicas: En primer lugar, se desprende de la norma que si el empleador no presenta oportunamente aviso de no prórroga al trabajador, el contrato de trabajo se entiende prorrogado automáticamente; de otra parte, se colige del artículo en cita que al empleador y al trabajador les asiste la posibilidad legal de no prorrogar el contrato de trabajo dando aviso con un término de antelación de 30 días a la fecha de terminación del período pactado.

Esta última conclusión que se deriva de la norma es legalmente acertada y no comporta la inconstitucionalidad de la misma; no obstante, al establecer una ponderación entre el principio de la autonomía de la voluntad y el de estabilidad laboral, la Corte encuentra que el primero debe ceder frente al último. Por tanto, la interpretación del precepto en comento no puede ser de tal entidad que torne al principio de estabilidad laboral en una categoría ilusoria, sino que debe permitir su materialización.

Así las cosas, ha sostenido esta Corporación que aun en los contratos a término fijo debe respetarse el principio de estabilidad laboral consagrado en la Carta Política, de tal suerte que los trabajadores que han sido vinculados bajo esta modalidad contractual y que tengan una expectativa racionalmente fundada de permanencia en el empleo, vean dicha expectativa correspondida con la prórroga del contrato. La racionalidad se predica, para estos efectos, tanto de la viabilidad del trabajo en términos de tiempo, lugar y labores desempeñadas, entre otras condiciones, como del desempeño de las funciones en debida forma, todo lo cual permite colegir que si se sigue requiriendo la prestación de un servicio y éste se presta de manera idónea, no hay lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo con previo aviso, sin que se vulnere el principio de estabilidad laboral.

Así, en sentencia C-016 de 1998 esta Corporación sostuvo que el principio de estabilidad laboral era inherente a los contratos a término fijo cuando se configuraban los siguientes presupuestos: *"Cuando el trabajador tiene la certidumbre y la garantía de que conservará el empleo, en la medida en que subsista la materia de trabajo y él haya cumplido satisfactoriamente con sus*

obligaciones, de manera tal que el empleador, motivado por las necesidades de la empresa, deba renovar el contrato"³.

De esta manera, si subsisten las condiciones materiales del trabajo y el empleado ha cumplido con las cláusulas contractuales, no bastará con el vencimiento del término pactado para que el empleador quede investido de facultades legítimas para dar por terminada la relación laboral, toda vez que se imponen los principios de estabilidad y de primacía de la realidad sobre la forma.

Con base en el primero se garantiza la materialización de la expectativa cierta y fundada del trabajador de mantener su empleo⁴ y, con sustento en la segunda, se tiene que *“más que las palabras usadas por los contratantes para definir el tipo de relación que contraen, o de la forma que pretendan dar a la misma, importa, a los ojos del juez y por mandato expreso de la Constitución, el contenido material de dicha relación, sus características y los hechos que en verdad la determinen”*⁵.

El marco de libertad que el legislador otorga a los trabajadores y empleadores para concurrir al mercado mediante contratos que se ajusten a las expectativas y necesidades de cada caso concreto, no faculta a las partes a desconocer principios superiores que irradian la materia laboral y que compelen a los empleadores, por la naturaleza tuitiva del derecho laboral, a respetar la vocación de permanencia que pueda razonablemente desprenderse de una situación de trabajo, en la medida en que subsistan las condiciones que sirvieron de sustento a la vinculación preliminar mediante el contrato de trabajo a término fijo.

De esta forma, la interpretación adecuada que debe darse a la norma contenida en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, es aquella en virtud de la cual, bajo el amparo del principio de la estabilidad, el trabajador tiene derecho a que el contrato de trabajo le sea renovado sin solución de continuidad si no existiere una notificación con la precedencia que la Ley exige; y que en el caso de que exista dicha notificación de no prórroga ella estuviere debidamente justificada, lo cual se entiende en los eventos en que desaparecen las condiciones que le dieron origen a la relación laboral, o que persistiendo estas características, el trabajador haya bajado su rendimiento a tal punto que no cumpla con las expectativas iniciales que dieron lugar a su contratación.

Corolario de lo anterior es la interpretación que la Corte ha venido adoptando para los contratos a término fijo que consiste en que siempre que *"subsistan la materia de trabajo y las causas que lo originaron y el trabajador haya*

³ Corte Constitucional, Sentencia C-16 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁴ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-16 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-166 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

*cumplido efectivamente sus obligaciones, a éste se le deberá garantizar su renovación"*⁶.

Por lo anteriormente expuesto es dable afirmar que los contratos a término fijo aun cuando están diseñados para regir la relación laboral por el término inicialmente pactado, abren la puerta a la renovación de forma continua del vínculo jurídico mientras subsistan las condiciones que le dieron origen, de tal manera que se ampare al trabajador su derecho al trabajo y por consiguiente su mínimo vital y la vida digna; así lo ha reconocido esta Corporación:

*"El principio de la estabilidad en el empleo, que es aplicable a todos los trabajadores, independientemente de que sirvan al Estado o a patronos privados, le permite asegurar al empleado gozar de una certeza mínima en el sentido de que el vínculo laboral contraído no se romperá de manera abrupta y sorpresiva, de manera que no esté expuesto en forma permanente a perder su trabajo y con él los ingresos que permiten su propio sustento y el de su familia, por la decisión arbitraria del patrono"*⁷.

4. Caso concreto: Ineficacia de la solución por vía de restablecimiento del empleo.

La accionante, Isolina Trillos de Pallares, sostuvo por el término de cinco años una relación laboral con la Sociedad Agrícola del Toribio S.A., a través de contratos a término fijo inferiores a un año renovados de manera consecutiva hasta el año 2005.

Con la anticipación legal requerida esto es, 30 días, el empleador notificó a la accionante la no prórroga del contrato de trabajo y la consecuente terminación del mismo a partir de enero de 2005. La desvinculación del trabajo fue inesperada por parte de la señora Isolina Trillos de Pallares, dado que de acuerdo al sustento fáctico, la prórroga del contrato de manera sucesiva por el término de cinco años, la subsistencia material de las condiciones del empleo y su rendimiento acorde con las expectativas propias del empleador en relación con las funciones laborales, solidificaban la expectativa cierta y fundada de la accionante en el sentido de continuar laborando para la empresa.

Si bien es cierto que la señora Isolina Trillos de Pallares se encontraba padeciendo una enfermedad pulmonar, no consta en ninguna de las manifestaciones de las partes que ello haya influido directamente en el rendimiento laboral; es decir, no existe afirmación alguna dirigida a sostener que el motivo de la desvinculación laboral fue la incapacidad de la accionante para desempeñar sus funciones. De ello se desprende que la decisión tomada

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-16 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-40 A de 2001, M.P. Fabio Morón Díaz.

por el empleador atendió únicamente a su liberalidad y por tanto, transgredió la expectativa de la trabajadora de permanecer en el trabajo.

De esta forma, se puede concluir que a la accionante le asistía la legítima expectativa de encontrar la renovación de su contrato toda vez que el puesto de trabajo persistía bajo las mismas condiciones de modo, tiempo y lugar con que se pactaron originariamente y ella se encontraba realizando sus labores en debida forma.

No obstante, el empleador de manera inmotivada dio por terminado el contrato de trabajo en enero de 2005 dando el aviso de no prórroga que exige la Ley laboral con el término de anticipación correspondiente. Sin embargo, como ha sido expuesto, no basta con presentar dicho aviso para que el empleador quede investido de facultades legítimas para terminar la relación laboral regida por un contrato a término fijo.

En desarrollo de los principios de estabilidad laboral y primacía de la realidad sobre la forma, se impone, al empleador, el deber de conservar la relación laboral si subsisten las condiciones de trabajo que dieron lugar a la contratación inicial y si el trabajador se comporta de tal forma que satisfaga las cláusulas que rigen la relación de trabajo.

Tales circunstancias se presentan en el caso concreto por lo que se impone la conclusión de que el empleador ha vulnerado el derecho fundamental al trabajo y por tanto la Corte debe entrar a restablecer la situación determinando las medidas necesarias para garantizar el derecho y salvaguardar la vida, salud y subsistencia de la accionante, que se ven amenazados al carecer de un ingreso mensual para satisfacer sus necesidades mínimas vitales.

La Corte, sin embargo, encuentra que la condición de la señora Isolina Trillos de Pallares, en el sentido de padecer una enfermedad respiratoria grave como consecuencia del cáncer pulmonar que la aqueja, hace que el amparo del derecho fundamental al trabajo pueda ser ineficaz en el caso concreto.

Así, dado que la accionante ha sido calificada por la junta Regional de Calificación de Invalidez del Magdalena con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 58,6%, es claro que la señora Isolina Trillos del Pallares no puede continuar con la prestación de sus servicios sin que ello afecte de manera significativa su estado de salud.

Por tanto, la Corte considera que aunque se concreta una vulneración del derecho fundamental al trabajo, existen otras piezas del elemento fáctico que permiten concluir que el restablecimiento del derecho en el sentido de impartir una orden al empleador de reubicar a la señora en su puesto de trabajo no consigue concretar la justicia material, por cuanto la accionante por su avanzada edad y su pérdida de capacidad laboral arriesgaría su salud y vida en desarrollo de la actividad laboral.

Es por tanto necesario dar paso al análisis de la relación de la accionante con la administradora de fondos de pensiones, para dilucidar si existe en tal vínculo una vulneración a los derechos fundamentales de la actora y un mecanismo idóneo para salvaguardarlos y garantizar su efectividad.

5. Seguridad Social en Colombia

A partir de 1991 Colombia asume la calidad de Estado Social de Derecho, adquiriendo de esta forma un compromiso activo con los asociados en el sentido de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta Política, ejerciendo una protección, no solamente desde la arista negativa, esto es procurando que no se vulneren los derechos consagrados para las personas, sino desde el punto de vista activo, es decir, garantizando de manera universal, eficiente y progresiva la materialización de las libertades y derechos conferidos por mandato constitucional a todos los habitantes del territorio.

Así las cosas, se tiene que es papel determinante del Estado colombiano, por virtud de su definición como Estado Social de Derecho, el de garantizar la efectividad de los principios y derechos consagrados en la Carta Fundamental, con el fin de asegurar la prosperidad general de los asociados. Para tal fin, respecto de la materia que compete revisar, surge el deber del estado de garantizar la prestación de una *"Seguridad Social integral, que proteja a las personas ante las distintas contingencias que puedan menguar su estado de salud y su capacidad económica, con afectación de sus medios de subsistencia o los de su núcleo familiar"*⁸.

La Seguridad Social ha sido entendida por esta Corporación como el *"conjunto de medios de protección institucionales frente a los riesgos que atentan contra la capacidad y oportunidad de los individuos y sus familias para generar los ingresos suficientes en orden a una subsistencia digna"*⁹; de igual forma, puede ser calificada como el conjunto de instituciones orientadas de manera armónica y sistemática a la realización de los derechos de las personas con miras a amparar la dignidad humana y en procura de un desarrollo integral de la persona.

La seguridad social bebe de las fuentes de la solidaridad y el altruismo social como filosofías fundantes del Estado, guarda relación con los principios esenciales del Estado y propugna por la conservación de la calidad de vida de las personas; en este sentido, la Corte ha sostenido que *"[e]n un Estado social de derecho como el nuestro, la seguridad social adquiere una trascendental importancia pues con ella se busca no sólo la protección de la persona humana, cualquiera que sea su sexo, raza, edad, condición social, etc., sino también contribuir a su desarrollo y bienestar, con especial énfasis a las personas marginadas y a las de los sectores más vulnerables de la población"*

⁸ Ibídem.

⁹ Corte Constitucional, Sentencia T-116 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

*para que puedan lograr su integración social"*¹⁰.

De acuerdo con el artículo 48 Constitucional, la seguridad social es, de una parte, un servicio público que debe ser prestado de manera obligatoria por parte del Estado y de los particulares autorizados para tal fin y, de otra, un derecho que debe ser garantizado a todos los habitantes¹¹, de tal suerte que puede asegurarse que ella goza de doble naturaleza: *"En nuestro ordenamiento constitucional la seguridad social tiene una doble connotación. De una parte es un derecho irrenunciable de todas las personas, que adquiere el carácter de fundamental por conexidad, "en la medida en que con su vulneración resultan comprometidos otros derechos que participan de esa naturaleza" vr. gr. la salud, la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, entre otros. Y de otra, es un servicio público, de carácter obligatorio, que pueden prestar las entidades públicas o privadas, según lo establezca la Ley, bajo la dirección, coordinación y control del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (arts. 48 y 49 C.P.)"*¹².

Desde la perspectiva del servicio público, debe anotarse que la Constitución encomienda al Estado la tarea de dirigir, coordinar y controlar la prestación del servicio público de seguridad social, sin que ello implique que el Estado se erija en único prestatario del mismo, toda vez que el artículo 48 Superior en su inciso tercero sostiene que la prestación de los servicios se hará conjuntamente con los particulares, procurando la universalidad y la cobertura progresiva del mismo. En este sentido, tanto el Estado como los particulares pueden desarrollar, bajo el amparo legal, la actividad económica destinada a la prestación del servicio público de la seguridad social, obteniendo por tal razón, un beneficio propio.

No obstante, la prestación de la seguridad social no puede ser entendida únicamente como una actividad empresarial en la que concurren el Estado y los particulares, sino que debe comprenderse como una actividad solidaria desplegada por todos los asociados en procura del bienestar general; así, se concluye que *"La seguridad social es un asunto que "no sólo interesa a los fines del Estado, entendido éste como la institución organizada para lograr sus objetivos sociales, sino que debe comprometer a la sociedad en general, en la búsqueda de los objetivos de brindarle al hombre la protección contra todos los riesgos de carácter social y contra las distintas cargas familiares*

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹¹ Respecto de esta dicotomía en materia de naturaleza jurídica de la seguridad social, la Corte expuso lo siguiente con el ánimo de armonizar las aristas de la institución de la seguridad social: *"La Carta dispone la facultad del legislador para regular los contenidos de la seguridad social, entendiendo por tal, a un tiempo, un "servicio público de carácter obligatorio" y "un derecho irrenunciable". Técnicamente esta antinomia resulta irreconciliable. Sin embargo, la interpretación integradora de distintos elementos concurrentes en determinadas realidades constitucionales, permite afirmar que la seguridad social es un derecho de la persona que se materializa mediante la prestación de un servicio público de carácter obligatorio".* Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹² Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

(...).”¹³”¹⁴

Ahora bien, centrando la atención en la calidad de derecho que le es inherente a la seguridad social, debe sostenerse que éste ha sido reconocido en el Estado colombiano, así como en la legislación comparada, como un derecho de segunda generación, un derecho de naturaleza asistencial o prestacional que debe ser garantizado de manera progresiva. Así lo ha sostenido esta Corporación:

"Tal como lo entendieron el Constituyente y el Legislador, la Corte considera en principio, el derecho a la seguridad social como un derecho asistencial o prestacional que la Carta sitúa en su capítulo 2o. del título II, de los derechos sociales, económicos y culturales. Se trata de un derecho calificado por el tenor literal de la Carta como de la Segunda Generación; tiene además por su contenido material una naturaleza asistencial o prestacional que no permite su eficacia con la sola existencia de la persona titular, sino que, requiere una reglamentación que lo organice y una agencia pública o privada autorizada que le suministre los bienes y servicios que lo hacen realidad. Adicionalmente, un aspecto relacionado con la capacidad fiscal o financiera del ente encargado de la asistencia o prestación, le da a este derecho a la seguridad social un carácter temporo-espacial, reconocido por el constituyente, que en proyecciones sentadas por la propia Carta (art. 48), lo viene a diseñar con una cobertura progresiva que comprenda todos los servicios que, como parte de él, determine la Ley”¹⁵.

De acuerdo con el artículo 48 Superior, existen unos principios fundamentales que coadyuvan a la materialización del derecho a la seguridad social, dentro de los que se destacan la eficiencia, universalidad¹⁶, solidaridad¹⁷ y

¹³ Corte Constitucional, Sentencia T-116 de 1993, M.P. Hernando Herrera Vergara.

¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-125 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

¹⁶ En relación con el alcance del principio de universalidad, esta Corporación ha señalado lo siguiente: *"La universalidad implica que la cobertura deba extenderse paulatinamente a una población cada vez mayor, y que, dentro de este proceso de extensión de la cobertura no pueden aceptarse como constitucionalmente válidas las discriminaciones hacia sectores determinados de la población"*. Corte Constitucional, Sentencia SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

¹⁷ En relación con el alcance del principio de solidaridad, la Corte ha sostenido que éste implica *"La idea y las proyecciones del Estado Social de Derecho, que es característico de nuestra organización política, según lo expuesto por el artículo 1º de la Carta, y que proclama una responsabilidad estatal mucho más ligada a la obtención de resultados favorables a la satisfacción de las necesidades primigenias de la comunidad y de los asociados, dentro del orden jurídico, que al encasillamiento formal de sus actuaciones en los moldes normativos. En el actual sistema jurídico, el principio de solidaridad, contemplado en los artículos 1 y 95 de la Constitución Política, al que están obligados los particulares pero que es primordialmente exigible al Estado, si bien no bajo una concepción paternalista que establezca una dependencia absoluta. A tal concepto se ha referido esta misma Sala, indicando que tiene el sentido de un **deber**, impuesto a toda persona por el sólo hecho de su pertenencia al conglomerado social, consistente en la vinculación del propio esfuerzo y actividad en beneficio o apoyo de otros asociados o en interés colectivo"*.

progresividad, los cuales han sido desarrollados por esta Corte en los siguientes términos:

*"El servicio público se prestará, por mandato superior, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación, que definirá, como en efecto lo hace, la Ley. EFICIENCIA, es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente. UNIVERSALIDAD, es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida. SOLIDARIDAD, Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de seguridad social mediante su participación, control y dirección del mismo; los recursos provenientes del erario público en el sistema de seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables. INTEGRALIDAD. Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuye según su capacidad y recibe lo necesario para atender sus contingencias; UNIDAD, es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social; PARTICIPACION, es la intervención de la comunidad a través de los beneficios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto. Estos conceptos, sumados al de la **progresividad** que retoma el legislador en la Ley que se revisa, aportan una mejor comprensión de los alcances que de los mismos se fija en las disposiciones de la Carta sobre seguridad social"¹⁸.*

Este último principio, el de progresividad, 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

(Corte Constitucional, Sentencia T-309 de 1995, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). "Ahora bien, el significado concreto del principio de solidaridad en materia de seguridad social fue definido por el legislador indicando que en este terreno comporta "la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil", y que es deber del Estado garantizar la efectividad de la solidaridad en el Régimen de Seguridad Social "mediante su participación, control y dirección del mismo". Agregó el legislador que "los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables". (Corte Constitucional, Sentencia C-1054 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

medidas regresivas, es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados.

El principio de progresividad, inherente a los derechos de segunda generación y predicable del derecho a la seguridad social por expreso mandato del artículo 48 constitucional, ha sido desarrollado *in extenso* por la jurisprudencia de esta Corporación; así, la misma ha sostenido que "*existen unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de ese derecho que el Estado debe garantizar a todas las personas. Esto es, la **progresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de esos derechos sociales prestacionales, pero ese mandato de progresividad no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos de esos derechos, tal y como esta Corte ya lo había reconocido con anterioridad***¹⁹²⁰. (negrilla fuera de texto).

Ahora bien, en materia de configuración legislativa en torno a la seguridad social, la Carta Política le reconoce al legislador un amplio margen de configuración política, al sostener en el artículo 48 que su prestación será de acuerdo a la Ley, radicando así en cabeza del Congreso la tarea de procurar la materialización de los principios de acuerdo a su criterio, en el entendido de que por ser un órgano colegiado y de representación política, puede materializar la voluntad general y acometer de manera progresiva los fines del Estado. Así, lo ha sostenido esta Corporación:

*"Teniendo en cuenta su naturaleza de derecho prestacional, la Constitución no optó por un único modelo en esta materia sino que confió al Legislador la tarea de configurar su diseño, por ser éste el foro de discusión política y democrática por excelencia donde deben ser analizadas reposadamente las diferentes alternativas a la luz de las condiciones económicas, los esquemas institucionales y las necesidades insatisfechas (entre otros factores), teniendo siempre como norte su realización progresiva en cuanto a calidad y cobertura se refiere"*²¹

Dicha libertad de configuración del legislador, no obedece a una interpretación amplia de sus facultades generales, sino al tenor de la Constitución que en su artículo 48 sostiene que la seguridad social deberá prestarse con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, "*en los términos que establezca la Ley*"; otorgando así una competencia específica al legislador y reconociéndole un amplio margen de libertad de configuración para regular la materia.

¹⁹ Ver, entre otras, las sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero y SU-225 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁰ Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-791 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

No obstante, la libertad de configuración del legislador en ese campo no es absoluta sino que, por el contrario, encuentra límites sustanciales que delimitan su actuación en aras de proteger los principios fundantes del Estado Social de Derecho, de tal suerte que se le impone un alto grado de responsabilidad social y política. Así, ha sostenido esta Corporación que la ya referenciada libertad de configuración legislativa, *"no significa que la decisión legislativa sea completamente libre, ni que la reglamentación adoptada esté ajena al control constitucional, pues es obvio que existen límites, tanto de carácter formal (competencia, procedimiento y forma) como de carácter material (valores y principios en que se funda el Estado Social de Derecho), señalados directamente por el Constituyente y que restringen esa discrecionalidad"*²²²³.

En desarrollo de la potestad reconocida al legislador en materia de Seguridad Social, éste profirió la Ley 100 de 1993 por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, procurando realizar y conciliar los principios mencionados precedentemente. Respecto de este cuerpo normativo esta Corporación ha sostenido lo siguiente:

"La Ley 100 de 1993, por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones, define desde su preámbulo los alcances de la seguridad social integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad. En consecuencia, contiene la Ley normas sobre principios generales del sistema de la seguridad social; objeto, características, afiliación, cotizaciones, fondo de solidaridad del sistema pensional; pensión de vejez; pensión de invalidez por riesgo común; pensión de sobrevivientes; prestaciones adicionales; entidades administradoras del régimen solidario de prima media con prestación definida; régimen de ahorro individual con solidaridad; modalidades de pensión; pensiones mínimas; prestación y beneficios

²² Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-616 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-130 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

²³ Corte Constitucional, Sentencia C-791 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. Reiterando lo anterior, la Corte ha sostenido en Sentencia SU-623 de 2001, M.P. Rodrigo Escobar Gil: *"Los criterios a partir de los cuales se va ampliando progresivamente la cobertura del servicio son múltiples y si bien están limitados por aspectos normativos constitucionales, existen otros factores, económicos y demográficos, entre otros, que le compete ponderar en primer término al legislador. Dentro de este análisis le corresponde al legislador determinar qué grupos sociales requieren con mayor urgencia la cobertura para que la distribución de beneficios se haga de acuerdo con las necesidades sociales comprobadas"*.

*adicionales; entidades administrativas del régimen de ahorro individual con solidaridad; bonos pensionales; disposiciones aplicables a los servidores públicos; el sistema general de seguridad social en salud; de los afiliados al sistema; del régimen de beneficios; de la dirección del sistema y de la seguridad social en salud; de las instituciones prestadoras de servicios de salud; régimen de las empresas sociales del Estado; de los usuarios; del régimen contributivo; del régimen subsidiado; del fondo de solidaridad y garantía; de la vigilancia y control del sistema; y normas sobre transición del sistema y otras disposiciones afines o complementarias; sistema general de riesgos profesionales, accidente y enfermedad profesionales, y servicios sociales complementarios"*²⁴.

Es pertinente dar paso al estudio de la pensión de invalidez, institución propia de la seguridad social, de la cual son predicables las consideraciones anteriores.

7. Pensión de Invalidez

El Estado colombiano asume la responsabilidad de brindar especial protección a las personas disminuidas físicamente, en seguimiento de lo expresamente señalado en el inciso tercero del artículo 13 Superior que reza lo siguiente: "*El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan*".

En desarrollo de tal mandato que deviene de los principios fundantes del Estado y en especial del principio de solidaridad, que determina la naturaleza del conglomerado social e impone obligaciones activas al Estado, éste ha promovido una serie de medidas tendientes a la realización efectiva de la especial protección que recae sobre los miembros de los grupos poblacionales disminuidos en su capacidad física o económica.

Dentro de las medidas asumidas por el Estado para materializar la protección especial de este grupo poblacional, se encuentra el régimen de seguridad social que dedica amplio espacio a la configuración de un sistema dirigido a soportar las contingencias que diezman las capacidades humanas, disponiendo para tal fin de soluciones tendientes a garantizar la vida digna de tales personas. Dentro de este sistema se encuentra la pensión de invalidez, institución de gran relevancia social en la medida en que garantiza a los asociados que padecen de limitaciones significativas, el acceso a una fuente de ingreso para solventar sus necesidades vitales²⁵.

La Corte ha definido la pensión de invalidez como "*una prestación destinada a proteger los riesgos o contingencias que provocan estados de incapacidad,*

²⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-408 de 1994, M.P. Fabio Morón Díaz.

²⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

*con cargo al sistema de seguridad social, de acuerdo con las directrices del Estado y con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad previstas en la Carta Política*²⁶.

Para el caso concreto que compete estudiar en esta oportunidad, es pertinente hacer una breve revisión de la pensión de invalidez por riesgo común:

Como se indicó anteriormente, según el artículo 38 del régimen de seguridad social, "*se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral*". El estado de invalidez es declarado por una Junta Regional, en primera instancia, y por la Junta Nacional, en segunda, ajenas a la entidad prestadora, designada de acuerdo con la reglamentación expedida por el Gobierno Nacional²⁷.

Para tener derecho a la pensión deben reunirse los requisitos establecidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Este artículo en su versión original disponía que el acceso a la pensión se sujetaba a la calificación de la situación de invalidez aunada al cumplimiento de uno de dos 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.

Ahora bien, por virtud de la reforma introducida por la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión se tornaron más estrictos, lo cual se advierte no sólo al hacer una comparación con la legislación precedente, sino también con cuerpos normativos que regulan la materia en otros países²⁸. Así, a la luz de la normatividad vigente, se exige además de la calificación de invalidez, que la persona haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-951 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

²⁷ La integración, financiación y funcionamiento de las Juntas de Calificación de Invalidez se encuentran reglamentados por el Decreto 1346 de 1994.

²⁸ A la luz de una revisión normativa comparada, pueden identificarse tres requisitos para el acceso a la pensión de invalidez: i) Calificación del Estado de invalidez, que en algunos países se concreta con la pérdida de capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%), mientras que en otros se materializa con pérdida superior a las dos terceras partes de la capacidad laboral (66%); ii) Número mínimo de semanas cotizadas al sistema; iii) Densidad de cotización al sistema. En México, España, Argentina y Chile, como muestra representativa de la legislación comparada, se tiene la convergencia de uno y sólo uno de los dos últimos requisitos al primero, de tal manera que las exigencias se concretan en la calificación del estado de invalidez y a un tiempo de cotización, bien en términos absolutos, esto es un mínimo de semanas definido por el legislador, o en términos relativos, es decir, un porcentaje de semanas respecto de la edad de la persona. No obstante, en Colombia, a partir de la Ley 860 de 2003, se hacen converger los tres requisitos como requerimientos para poder gozar de la pensión, erigiéndose de tal suerte en una legislación altamente restrictiva para el acceso a la pensión de invalidez.

en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Es preciso anotar que esta Corte, al resolver una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, destacó que a diferencia de lo ocurrido con el sistema de pensión de vejez, el legislador de 1993 no previó en materia de pensión de invalidez un régimen de transición para garantizar su reconocimiento a las personas que estaban próximas a obtenerla en el sistema anterior. Esta Corporación encontró justificado el hecho de no crear un régimen de transición para el sistema de pensión de invalidez y consideró que el legislador tomó tal determinación *"muy seguramente porque la Ley 100, en cuanto amplía sustancialmente la cobertura de la prestación²⁹, puede decirse que favorece, en términos generales, a las personas afectadas con la disminución o pérdida de su capacidad laboral en porcentajes superiores al 50%"³⁰.*

Complementa esta consideración, en el sentido de encontrar justificable la falta de creación de un régimen de transición en la pensión de invalidez, en los siguientes términos:

"Ahora bien, es claro que al legislador compete fijar los contenidos de los derechos prestacionales y señalar los requisitos para acceder a ellos, atendiendo a políticas económicas y sociales orientadas a la eficiencia, a la universalidad y a la solidaridad, propias del servicio público de seguridad social, dentro del marco constitucional; de modo que resulta entendible que la Ley 100 de 1993 restrinja la cobertura para pérdidas menores al 50% de capacidad laboral y simultáneamente incremente la protección para pérdidas mayores a dicho porcentaje, mediante la disminución representativa del número de semanas necesarias para acceder a la prestación".
(Negrilla fuera del texto).

Corolario de esta posición jurisprudencial es que el legislador, al gozar de un amplio margen de configuración, puede prescindir de la creación de un régimen de transición en materia de pensiones, cuando la reforma legislativa implica una medida favorable para las personas, es decir, cuando se está en presencia de una regulación progresiva.

En sentido contrario, si el legislador crea una medida regresiva, por tratarse de derechos sociales y económicos debe procurar que la lesión que se cause a las personas pertenecientes al régimen de seguridad social sea mínima, de tal suerte que resulte lógica la creación de un régimen de transición o, en caso de que el legislador no lo considere prudente, la justificación plena de las razones

²⁹ Sobre el carácter progresivo de las protecciones que brinda la seguridad social se puede consultar la sentencia C-125 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-951 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

que lo llevan a tomar una medida regresiva en materia de derechos económicos y sociales sin la precaución de salvaguardar las expectativas legítimas de las personas de acceder a una pensión de invalidez en caso de que les sobrevenga una contingencia que merme su capacidad laboral en cuantía superior al cincuenta por ciento (50%).

Así las cosas, resulta contrario a la lógica propia de los derechos económicos y sociales que el legislador introduzca una medida regresiva, como parece ocurrir con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión.

La Corte encuentra que la norma que ha sido aplicada al caso que suscitó la presente acción de tutela es regresiva en materia de seguridad social en pensiones, por establecer una serie de requisitos que imponen mayores exigencias a los afiliados al sistema para gozar del beneficio de la pensión de invalidez.

Si bien es cierto que no toda regulación más exigente puede ser catalogada como regresiva, es claro que en el presente caso, por virtud de las condiciones particulares de la accionante, que serán evaluadas en acápite posterior, la norma, aplicada al caso concreto, vulnera la vida, la subsistencia y la dignidad humana de la actora.

Finalmente, debe recordarse que la Corte ha sostenido que en casos especiales como el que nos ocupa, en los que la asignación pensional por concepto de invalidez representa el único ingreso que garantice la vida digna de la persona que ha sufrido una pérdida de capacidad laboral significativa, el derecho a la pensión de invalidez cobra la dimensión de derecho fundamental³¹ y en tal medida el escenario de la acción de tutela se torna en el idóneo para reclamar su materialización.

En este sentido, ha sostenido la jurisprudencia de esta Corporación:

"Cuando la pensión de invalidez adquiere relevancia constitucional por su relación directa con la protección de derechos fundamentales tales como el derecho a la vida, al mínimo vital, a la integridad física, al trabajo o la igualdad,³² su reconocimiento y pago sí pueden ser

³¹ Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³² Sobre la relación de la pensión de invalidez con la protección de ciertos derechos fundamentales, ha manifestado esta Corporación: "Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de

*reclamados mediante el ejercicio de la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.*³³

*Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos. Esta penosa situación coloca a dichos individuos en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable"*³⁴.
(Negrilla fuera de texto).

8. Excepción de Inconstitucionalidad del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

a. Aproximación a la noción de inconstitucionalidad *prima facie* en materia de derechos prestacionales.

Como ha sido expuesto en los acápites anteriores, el principio de progresividad es inherente a los derechos económicos, sociales y culturales y su efectividad debe ser garantizada en el seno de un Estado Social de Derecho como el nuestro. Así las cosas, resulta claro que las normas relativas a la Seguridad Social, y en concreto al sistema de pensiones, deben guardar relación con este principio de tal suerte que una medida regresiva devendría, inicialmente, inconstitucional³⁵.

Esta doctrina ha sido prohijada por la Corte Constitucional, recibiendo la denominación de *inconstitucionalidad prima facie*, entendida ésta como la prohibición preliminar impuesta al legislador en el sentido de establecer medidas regresivas en materia de derechos prestacionales.

su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales." Corte Constitucional, Sentencia T-619 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

³³ Ver al respecto la sentencia T-156 de 2000, M.P. José Gregorio Hernández. En dicha ocasión la Corte conoció el caso de un pensionado al que Avianca le había suspendido el pago de la pensión convencional que le había reconocido, una vez el Instituto de Seguros Sociales le reconoció la pensión de jubilación a la que tenía derecho, por considerar que dicha pensión era incompatible con la convencional. Esta Corporación concedió, entonces, la tutela a los derechos fundamentales del actor, y como medida transitoria ordenó a la demandada continuar pagando las mesadas correspondientes a la pensión convencional hasta que la jurisdicción ordinaria se pronunciara definitivamente sobre la compatibilidad de las pensiones.

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-653 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³⁵ Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-624 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1165 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1489 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Si bien es cierto que el legislador tiene dentro del ámbito de sus facultades, amplia libertad de configuración legislativa en materia de derechos prestacionales y asistenciales, ella encuentra límites en relación con el principio de progresividad³⁶, de tal forma que inicialmente no le es dado establecer normas que desconozcan conquistas en materia de estos derechos.

No obstante, es factible que el legislador establezca regulaciones regresivas en tratándose de derechos sociales y económicos, cuando éstas sean razonables y proporcionales y se encuentren debidamente justificadas. En la Sentencia C-38 de 2004, la Corte se refirió a estos presupuestos señalando que, tratándose de medidas regresivas, el legislador debe acreditar que las mismas no fueron adoptadas en forma inopinada, sino que fueron el resultado de un estudio cuidadoso, en el cual se tuvieron en cuenta distintas alternativas. Además, debe establecerse que las distintas alternativas, menos lesivas en términos de protección de los derechos involucrados, no eran igualmente eficaces. Finalmente, debe poder acreditarse que la medida no sea desproporcionada, en estricto sentido, de manera que el retroceso en la protección del derecho afectado no aparezca excesivo frente a los logros obtenidos.

b. Análisis de la posible regresividad del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 a la luz de la situación fáctica concreta.

El artículo 39 del Régimen de Seguridad Social, subrogado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, consagra los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, señalando que éstos son: (i) Pérdida de la capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%), (ii) 50 semanas de cotización durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y (iii) densidad de cotización equivalente al veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que la persona cumplió 20 años y el tiempo en que se dio la primera calificación de invalidez.

Todos estos requisitos podrían ser considerados como un retroceso en el régimen de seguridad social en pensiones, en la medida en que en el sistema de pensiones bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, solo se requería para acceder a la pensión de invalidez la calificación de invalido según las normas pertinentes y un tiempo de cotización de 26 semanas anteriores al tiempo de producirse el estado de invalidez.

Así, con la Ley que rige actualmente, no solamente se aumentaron las semanas de cotización requeridas sino que se estableció un nuevo requisito consistente

³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett. *"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, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad"*.

en la fidelidad al sistema, esto es una cotización con una densidad de 20% del tiempo transcurrido entre los extremos que la Ley señala.

De otra parte, se tiene que la norma que se considera no afecta a la población en general sino que va en desmedro de las expectativas de sectores minoritarios cuales son las personas discapacitadas que merecen una especial atención por parte del Estado. Además de tales destinatarios que se desprenden del supuesto fáctico que comprende la norma, para el caso concreto que nos ocupa, sus efectos se dirigen de forma directa a una persona de 73 años, perteneciente a la tercera edad y agobiada por un cáncer pulmonar, circunstancias fácticas que deben incidir en la valoración que haga el juez de tutela del caso concreto.

En efecto, resulta claro que la aplicación del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, a la situación fáctica concreta de la accionante, es inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, habida cuenta de que se trata de una persona que pertenece a la tercera edad y que por fuerza de su situación económica y social se vio compelida a ingresar tardíamente al mercado laboral y, de contera, al sistema de seguridad social.

Debe recalcar, para efectos de hacer explícita la precaria situación económica de la actora, que la vinculación de la accionante al sistema de seguridad social sucedió en edad posterior a la que el sistema de pensiones tiene como modelo de referencia para el acceso a la pensión de vejez, bajo el presupuesto de que existe una exigencia de cotización de 1000 semanas y se establece como edad mínima para acceder a la pensión de invalidez la de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, de lo cual se colige que el sistema da por supuesto que las personas deben vincularse a éste entre los 25 y los 40 años, para poder acceder al pleno de beneficios que de él se derivan, teniendo que el caso de la actora es atípico en relación con este modelo ideal de cotización al sistema, por cuanto la accionante se vinculó al mismo tan solo con posterioridad a la edad considerada para el acceso a la pensión, esto es, después de los 60 años de edad.

Así las cosas, la norma tiene entre sus destinatarios a personas que deben ser sometidas a un tratamiento privilegiado por el Estado y a una protección reforzada, de tal suerte que una vulneración al principio de progresividad afectaría en gran medida a este específico grupo poblacional, tornándose la norma inconstitucional para el caso concreto y requiriéndose la actuación del juez de tutela en el sentido de amparar los derechos fundamentales vulnerados inaplicando la norma en referencia.

Dado que la norma establece un requisito de fidelidad, es claro que entre mayor edad tenga la persona que ha sido calificada como inválida mayor será el número de semanas que debe haber cotizado para cubrir el requisito de densidad en la cotización al sistema. Cuestión que nos lleva a concluir que la población más afectada por esta norma es la de la tercera edad, tornándose así evidente la incompatibilidad de la norma, en el caso concreto de las personas

disminuidas en su capacidad laboral y pertenecientes a la tercera edad, frente a los mandatos constitucionales, por cuanto desprotege a este grupo poblacional objeto de especial protección por parte del Estado.

En seguimiento del nuevo requisito incorporado por la Ley 860 de 2003, se tiene 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

Se pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que *“es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. 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”*³⁷, 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.

De otra parte, puede sostenerse que la norma contenida en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 carece de justificación suficiente para que la Corte encuentre razonable el retroceso en la protección del derecho a la seguridad social que ella implica frente a las personas inválidas de la tercera edad, toda vez que la norma, de acuerdo a su historia legislativa³⁸, propende por la generación de la

³⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-38 de 2004, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

³⁸ Cfr. Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 593. Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003.

cultura de afiliación al sistema y a la reducción de los fraudes al mismo, finalidad que no por ser loable deja de ser desproporcionada, en cuanto desconoce las garantías mínimas ofrecidas a las personas en general, y en concreto a las personas de la tercera edad que se encuentran padeciendo de una limitación en sus capacidades laborales.

En efecto, la Corte puede concluir, del escrutinio de la historia legislativa de la norma que reforma el reconocimiento de la pensión de invalidez, que no existió un análisis significativo para la adopción de la medida. La falta de justificación de la adopción de la reforma y la consecuente carencia de discernimiento sobre los efectos de la misma en los distintos grupos poblacionales, se pone de presente en la escueta argumentación sostenida en la exposición de motivos, reproducida y aceptada sin discusión en los cuatro debates a que fue sometido el proyecto en las Cámaras Legislativas y que dio lugar a la expedición de la Ley 860 de 2003. Dicha argumentación es del siguiente tenor:

"Artículo 2º. Condiciones para acceder a la pensión de Invalidez. Se modifican los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. El requisito no se establece en términos de semanas sino de densidad de cotización.

Para tener derecho a la pensión de invalidez causada por enfermedad común, se exige que el afiliado haya cotizado al menos el 25% del tiempo transcurrido entre los 20 años, y la edad en que ocurre el siniestro. Cuando la causa sea un accidente, el requisito es el 20% de cotización durante el mismo 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"³⁹ (Subraya fuera de texto).

De la cita precedente se desprende que la consideración para la adopción de la norma giró en torno a la premisa de construcción de una cultura de fidelidad al sistema de pensiones. Así las cosas, resulta paradójico que, so pretexto de promover la cultura de afiliación, se penalice a aquellas personas que carecen de un hábito en tal sentido. La norma jurídica en revisión establece un incentivo para los agentes en el sentido de afiliarse desde temprana edad, toda vez que solo así podrán gozar de las garantías propias en materia de seguridad social en pensiones; pero resulta contrario a la lógica jurídica que una norma posterior que establezca nuevos requisitos para acceder a la pensión de invalidez bajo el prurito del fomento de la cultura de afiliación, castigue a quienes se comportaron de acuerdo a la legislación imperante hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003.

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

La cultura de afiliación al sistema no se puede promover castigando a quienes no vienen participando de ella. No puede por tanto el legislador, pretender infundir una cultura de afiliación desprotegiendo a ciertos sectores de la población, sin crear un régimen de transición o un mecanismo similar que ampare a las personas que bajo diferentes condiciones venían cotizando al sistema.

Si bien el legislador comprendió que la reforma redundaría en beneficio de las personas de mayor edad, por cuanto tendrían más semanas cotizadas, merced a la cultura que se pretende crear con la norma, tal efecto debe ser entendido como una proyección y, por tanto, 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 ellos ya no puede recaer la pretendida "*culturización*".

La especial protección que el Estado debe ofrecer a las personas con discapacidades y de la tercera edad se torna inocua a la luz de este precepto legal, en la medida en que se abandona a su suerte a las personas de avanzada edad que no tuvieron la fidelidad requerida por el sistema para causar a su favor la pensión de invalidez.

Resulta claro para esta Corporación que la medida asumida por el legislador es desproporcionada porque para fomentar los fines expuestos, sacrifica el cuidado que merecen las personas objeto de especial protección por parte del Estado colombiano. Además de desproporcionada, la norma es injustificada porque no existió al interior del cuerpo legislativo un debate sobre la incidencia de la norma, ni consideraciones sobre medidas alternativas para acometer los mismos propósitos procurando disminuir el impacto negativo sobre la población.

Por virtud de las consideraciones expuestas, la Corte encuentra que para el caso concreto de la accionante, la norma contraría de forma ostensible la Carta Política y por tanto debe ser inaplicada; es pertinente, por consiguiente, dar una revisión del caso concreto para dar lugar en éste, con efecto *inter partes*, a la figura de la excepción de inconstitucionalidad.

c. Caso Concreto: Excepción de inconstitucionalidad.

El constituyente de 1991 declaró que la Carta política es norma de normas; así lo dispuso en el artículo 4 Superior, en los siguientes términos: "*La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales*".

De tal aserto se desprenden consecuencias significativas para el ordenamiento jurídico colombiano, una de las cuales es la institución de la excepción de inconstitucionalidad, en virtud de la cual se hace patente la escala jerárquica normativa en la que la Constitución Política es la norma fundante que irradia

el orden jurídico y de la cual emanan los demás cuerpos normativos que deben sujetarse a ésta de manera sustancial y formal.

El Consejo de Estado reconoció esta situación en la siguiente afirmación: "*La Constitución reafirmó la jerarquización del ordenamiento jurídico, del cual se desprende, como corolario lógico, el principio de que una norma superior señala el contenido, la competencia y el procedimiento para la creación de otras normas jurídicas. Son, en otros términos, los principios de validez y eficacia de la norma*"⁴⁰.

El principio de la excepción de inconstitucionalidad es un corolario de la manifestación constitucional contenida en el artículo 4º Superior, en el sentido de que la Carta es norma de normas, toda vez que se faculta a todo operador jurídico a sujetarse a los mandatos constitucionales de tal suerte que en eventos en que una norma de jerarquía inferior contradiga, en forma clara y ostensible, un presupuesto Superior, el funcionario pertinente estará en la obligación de inaplicar la norma para el caso en concreto, dando primacía a los principios y garantías constitucionales.

En este sentido ha dicho la jurisprudencia de esta Corporación:

"Dentro de la supremacía que tiene y debe tener la Constitución, esta se impone como el grado más alto dentro de la jerarquía de las normas, de manera que el contenido de las Leyes y de las normas jurídicas generales está limitado por el de la Constitución. Así pues, debe existir siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de inferior rango, y si no la hay, la Constitución Política de 1991 ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales en aquellos casos en que sea manifiesta y no caprichosa la incompatibilidad entre las mismas, por parte de las autoridades con plena competencia para ello.

*Desde luego que la norma inaplicable por ser contraria a la Constitución en forma manifiesta, no queda anulada o declarada inexecutable, pues esta función corresponde a los organismos judiciales competentes, en virtud del control constitucional asignado por la Carta Fundamental en defensa de la guarda de la integridad y supremacía de la norma de normas (artículos 237 y 241 C.P.)"*⁴¹

Como se desprende claramente de este pronunciamiento jurisprudencial, la inaplicación que el funcionario competente haga de una norma por encontrar palmariamente su incompatibilidad con la Constitución Política no excluye del ordenamiento jurídico la norma inaplicada, porque ello solo compete al juez

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sentencia de primero de abril de 1997, Número de Radicación: S-590, C.P. Juan de Dios Montes Hernández.

⁴¹ Corte Constitucional, Sentencia C-69 de 1995, M.P. Hernando Herrera Vergara.

constitucional en sede de control abstracto de constitucionalidad del precepto normativo, que se despliega como consecuencia del ejercicio ciudadano de la acción pública de inconstitucionalidad o del control automático y previo en los casos expresamente consagrados en la Constitución.

Ahora bien, la Corte ha sostenido que para que surja en el operador jurídico la facultad de aplicar la figura de la excepción de inconstitucionalidad es menester que la incompatibilidad de la norma inaplicada con la Constitución política sea evidente. Es decir, es necesario que de una primera revisión surja para el intérprete la inequívoca conclusión de que la norma revisada se encuentra en contravía de los principios y mandatos Superiores. Así ha sostenido esta Corte:

"...son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan grave entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan ostensible que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe"⁴². (Negrilla fuera de texto).

En referencia concreta del caso que suscita el presente fallo de tutela, se tiene que la accionante, Isolina Trillos de Pallares, alega la vulneración de sus derechos a la vida, la salud, el trabajo y la subsistencia por cuanto se ha negado el acceso a la pensión de invalidez, siendo que en su criterio había reunido los requisitos legales para obtener tal beneficio.

La administradora de fondos de pensiones, Colfondos S.A., negó la concesión de la pensión de invalidez sustentando su decisión en la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 subrogado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Con dicha actuación Colfondos S.A. vulneró los derechos fundamentales alegados por la accionante, toda vez que aplicó una norma que de acuerdo a los hechos concretos de la presente acción de tutela resulta ostensiblemente inconstitucional.

Ello es así dado que, de acuerdo a los fundamentos expuestos en los acápites anteriores, la norma aplicada vulnera de manera directa los artículos 13, 46 y 48.

⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-614 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

En este sentido, el precepto es vulneratorio del artículo 13 Superior toda vez que en sus incisos segundo y tercero se señala que: *“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”*.

Así las cosas, se tiene que la señora Isolina Trillos de Pallares, accionante en la presente tutela, se encuentra en situación de debilidad manifiesta en la medida en que su avanzada edad conjuntamente con su delicado estado de salud le imposibilitan desenvolverse en sociedad con plenas capacidades económicas y físicas, diezmándose de tal manera su calidad de vida y poniéndose en peligro su propia existencia.

Igualmente, la Corte encuentra que la accionante se encontraba en estado de debilidad manifiesta por su condición económica, dado que ella alega en la acción de tutela, sin que exista controversia al respecto, que requería del ingreso proveniente de su trabajo para mantener su propia existencia y la de personas a su cargo. Esta afirmación es de recibo por esta Corporación, en la medida en que de los hechos que fueron relatados en el trámite de la acción de tutela se desprende que la accionante no tenía ninguna persona que pudiera responder por ella. A tal conclusión se arriba bajo el entendido de que de haber tenido a quien reclamar alimentos legalmente la actora no se hubiera visto en la necesidad de trabajar a la edad de 73 años, exponiendo su salud e integridad personal.

De otra parte, respecto del artículo 46, la vulneración se torna ostensible, toda vez que este precepto señala que: *“El Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia”*.

En este sentido, la negativa en el otorgamiento de la pensión de invalidez deja en un estado de desprotección a la accionante y le produce una merma en su calidad y expectativa de vida, librándose a la fortuna su alimentación, cuidado en salud y sustento, por cuanto su imposibilidad de trabajar y sus escasos recursos la conminan a soportar los flagelos de la indiferencia del sistema de la seguridad social que bajo el amparo de la Ley 860 de 2003 materializan los operadores del sistema en desmedro de la calidad de vida de un sector de los afiliados.

De otra parte, la norma jurídica es violatoria del artículo 48 de la Constitución Política en la medida en que este precepto legal, como ya ha sido revisado en acápites anteriores de esta providencia, impone el principio de la progresividad en la ejecución de las políticas en materia de seguridad social.

Así, dado que se ha evidenciado la regresividad injustificada de la norma, es palmaria la contradicción de ésta con la Carta Fundamental, requiriéndose indefectiblemente su inaplicación para dar cabida a la justicia material y al restablecimiento de los derechos que hasta la fecha han sido vulnerados a la accionante por la aplicación indebida de una norma que en su caso concreto resulta inconstitucional.

Esta Corporación se ha pronunciado sobre la inaplicación de normas en materia de seguridad social, contrarias a la Constitución Política en los siguientes términos:

"En caso de que exista una disposición legal que conlleve injusticias manifiestas en su aplicación y que contradiga la naturaleza del Estado Social de Derecho Colombiano y el funcionario administrativo no aplique la excepción de inconstitucionalidad, tal actuación constituiría una vía de hecho y perdería su validez.

El funcionario que aplica la norma no solamente debe tener en cuenta durante su ejercicio el tenor literal de las Leyes. Su actuar debe verse iluminado por las reglas y principios de carácter constitucional. En referencia a este aspecto, y estudiando la materia de pensiones, dijo la Corte:

"Ese principio de reconocer la eficacia real de los derechos de las personas, y uno de esos derechos es la seguridad social en pensiones, plantea la obligación para los operadores jurídicos (entre ellos los funcionarios que tramitan las solicitudes de pensiones en el I.S.S.) de superar las simples normas reglamentarias, para poner especial cuidado en los principios constitucionales y ponderar y reflexionar sobre los valores jurídicos y los derechos fundamentales constitucionales (T-715/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero). O sea que no solamente se deben leer los reglamentos del I.S.S. sino que hay que aplicar de manera preferencial la Constitución, las Leyes de la República e interpretarlas respetándose los derechos, los principios y los valores. Por consiguiente, las Resoluciones del I.S.S. que solo tienen en cuenta la reglamentación interna de la Institución y la Ley 100 de 1993, carecen de motivación suficiente porque pasan por alto la Constitución Política y otras Leyes que pueden y generalmente son necesarias para resolver cada caso concreto"⁴³ ⁴⁴.

Retomando el punto de la vulneración de la Carta por parte de la Ley 860 de 2003 por contener una regulación que puede ser considerada como regresiva en materia de pensión de invalidez, es pertinente reiterar lo dicho en líneas precedentes en el sentido de que tal inconstitucionalidad se predica respecto

⁴³ Ver sentencia T-827/99, M.P. Alejandro Martínez Caballero

⁴⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-49 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

del caso en concreto por cuanto la medida afecta a una persona que se encuentra dentro de un grupo poblacional objeto de protección reforzada, esto es, la señora Isolina Trillos de Pallares es una persona con pérdida de capacidad laboral, por motivo del cáncer pulmonar que la aqueja, y por tal virtud, se encuentra en condiciones económicas y físicas que concretan su debilidad manifiesta, además de ser una señora que pertenece a la tercera edad, al contar con 73 años de vida.

Así, el punto de la progresividad es altamente relevante para la inaplicación de la norma por inconstitucional; la Corte ha sostenido 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 menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”*⁴⁵. *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 prestacional”*⁴⁶. (Negrilla fuera de texto).

En este sentido, esta Corporación viene afirmando que *“[e]l principio de progresividad también constituye un parámetro de valoración en el juicio de constitucionalidad, pues a menos que existan razones extraordinarias muy poderosas que justifiquen la prevalencia de otro principio, su observancia es obligatoria, primero por el Legislador y, posteriormente, cuando se adelanta el control de constitucionalidad ante la Corte”*⁴⁷. (Negrilla fuera de texto).

Por lo anterior, la Corte tutelaré los derechos de la accionante inaplicando por inconstitucional el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

En consecuencia, para la solución de la situación jurídica de la accionante, la administradora de fondos de pensiones accionada deberá dar aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, de acuerdo al texto publicado en el diario oficial No. 41.148, de 23 de diciembre de 1993, que es del siguiente tenor:

"ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

⁴⁵ Al respecto, ver entre otras, las sentencias C-251 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, SU-624 de 1999, M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-1165 de 2000, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y C-1489 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

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

⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-671 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

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

b. *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.*

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley"

Con base en tal precepto legal deberá la accionada iniciar el trámite para la adjudicación de la pensión de invalidez que corresponda.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos a la vida y la salud de la señora Isolina Trillos de Pallares y, en consecuencia, **REVOCAR** los fallos proferidos por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Santa Marta y la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Marta.

SEGUNDO: Ordenar a la Compañía Colombiana administradora de Fondos de pensiones y cesantías Colfondos S.A. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y proceda a tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común a favor de la señora Isolina Trillos de Pallares desde la fecha en que la accionante solicitó su reconocimiento; norma cuyo tenor literal es el siguiente:

"ARTÍCULO 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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

b. *Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año*

inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley"

TERCERO: Líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado Ponente

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General