

# LA MODIFICACIÓN DE LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN EN COLOMBIA Y SU COMPATIBILIDAD CON EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES\*

## MODIFICATION OF THE REQUIREMENTS FOR ACCESS TO PENSION PLANS IN COLOMBIA AND ITS COMPATIBILITY WITH THE PRINCIPLE OF PROGRESSIVITY AND NON-REGRESS OF SOCIAL RIGHTS

Néstor Javier Calvo Chaves\*\*  
Universidad Libre, Seccional Pereira

### RESUMEN

El principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales ha sido aplicado por la jurisprudencia colombiana, como parámetro de control de constitucionalidad en abstracto y en concreto. Dicho principio establece el reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales, económicos y culturales, e impone, por ejemplo, restricciones a la potestad de configuración normativa del legislador en la modificación de los requisitos pensionales. Este escrito recoge la jurisprudencia constitucional que ha dado aplicación al principio de progresividad frente a la modificación de los requisitos para acceder a la pensión en Colombia.

**Palabras clave:** Principio de Progresividad, Control de Constitucionalidad, Derechos Sociales, Libertad de Configuración Legislativa y Modificación de Requisitos Pensionales.

### ABSTRACT

The principle of progressivity and regressivity of social rights has been applied by Colombian jurisprudence, as the control parameter of constitutionality in the abstract and concrete. This principle establishes the recognition of benefits over and above for each one of the social, economic and cultural rights, and imposes, for example, restrictions on the power of the

---

Fecha de Recepción: Octubre 20 de 2013

Fecha de Aprobación: Noviembre 24 de 2013

\* Artículo de reflexión, resultado parcial de la revisión jurisprudencial del proyecto de investigación titulado *El principio de progresividad y no regresividad de los derechos constitucionales en el Estado Social de Derecho*, desarrollado como requisito para optar al título de Doctor en Derecho de la Universidad Libre Seccional Bogotá.

\*\* Abogado y Especialista en Derecho Administrativo y Constitucional de la Universidad Libre, Seccional Pereira. Magíster en Derecho de la Universidad de Manizales. Juez 1 Administrativo Oral de Cartago - Valle del Cauca. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Libre Seccional Pereira. Correo electrónico: nestorjaviercalvo@yahoo.com

legislature in setting regulations changing pension requirements. This paper reflects the constitutional jurisprudence has implemented the principle of progressivity against modification of the requirements for access to the pension in Colombia.

**Key words:** Principle of Progressivity, Judicial Review, Social Rights, Legislative Freedom Configuration and Modification of Pension Requirements.

## INTRODUCCIÓN

El Principio de Progresividad ha sido aplicado por la Jurisprudencia Colombiana, como parámetro de Control de Constitucionalidad en abstracto y en concreto, en la efectividad de los derechos al trabajo, a la salud, a la seguridad social en pensiones, a la educación, al acceso a la propiedad, a la vivienda, al goce del medio ambiente, de las personas con discapacidad y de los desplazados, y a la reparación integral a cargo del Estado en casos de responsabilidad extracontractual; así como también en la previsión de garantías judiciales para la exigibilidad de los derechos.

La jurisprudencia constitucional aplica el principio de progresividad y no regresividad en materia de derechos sociales, económicos y culturales en cuanto a las obligaciones que impone a las autoridades en un Estado social de derecho, las restricciones de la potestad de configuración normativa del legislador, el diseño e implementación de políticas públicas, la efectividad del derecho a la salud, la modificación de los requisitos pensionales, el recorte de los recursos públicos invertidos en la prestación del derecho a la educación superior y la protección del medio ambiente.

El Principio de Progresividad y no regresividad hace referencia al reconocimiento de prestaciones mayores y superiores en relación con cada uno de los derechos sociales, económicos y culturales; no excusa el incumplimiento del deber del Estado de asegurar, tan pronto como sea posible, coberturas universales de los contenidos mínimos

de esos derechos; e implica la presunción de inconstitucionalidad de las decisiones de las autoridades encargadas de regular el tema de los derechos sociales de retroceder frente a determinado nivel de protección alcanzado, decisiones que resultan ajustadas a la Constitución Política, cuando las autoridades demuestran que existen imperiosas razones que hacen necesario un paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional.

A raíz de diferentes decisiones judiciales que se han referido a las restricciones de la potestad de configuración normativa del legislador en la modificación de los requisitos pensionales, se ha levantado polémica frente a la administración pública, la que argumentando la insuficiencia presupuestal, ha colocado en entredicho la conveniencia de dichos fallos, llegando hasta la promoción de reformas normativas que limiten las obligaciones del Estado frente a los particulares, determinando un retroceso en lo consagrado constitucionalmente.

## ESTRATEGIA METODOLÓGICA

La investigación que se desarrolló fue de tipo descriptivo, puesto que lo que se buscó fue establecer el significado y alcances que ha otorgado la jurisprudencia constitucional al principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales frente a la modificación de requisitos para acceder a la pensión. Para el efecto, se describe la labor hermenéutica realizada por la Corte Constitucional en las sentencias de constitucionalidad y revisión

de tutelas, y por el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia en sede ordinaria y constitucional, donde se han decidido casos concretos de reconocimiento de pensiones de invalidez y sobreviviente en los que se presenta modificación del legislador en materia de requisitos, dando aplicación al Principio de Progresividad.

Se acudió a un método de investigación de análisis, donde a partir de la jurisprudencia constitucional se determinó el significado del Principio de Progresividad y no regresividad de los derechos sociales, y su aplicación en casos particulares y concretos relacionados con reconocimientos pensionales. Para efectos del análisis de la jurisprudencia sobre la materia, se tomará como metodología de trabajo la propuesta esbozada por López Medina (2006, pp. 114-151) sobre la organización y citación técnica de la jurisprudencia constitucional. En este sentido, se pretende la identificación de las subreglas jurisprudenciales relacionadas con el tema, mediante la organización de la jurisprudencia en un nicho citacional, la formación de la línea jurisprudencial y la ubicación de la ratio decidendi y los obiter dicta de las sentencias.

## RESULTADOS

El Principio de Progresividad del derecho a la seguridad social y la prohibición concomitante de la regresividad de este derecho se encuentra consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política al establecer que el Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de dicho derecho.

La Jurisprudencia Constitucional ha indicado que en razón a la índole asistencial del derecho a la seguridad social, debe ser asegurado en forma progresiva y que el servicio público diseñado para propiciar la extensión de su

cobertura se presta con base en el Principio de Progresividad contemplado en el artículo 48 de la Carta, que establece la obligación del Estado de ampliar progresivamente la cobertura de la seguridad social, comportando *“la prohibición general de establecer medidas de carácter regresivo, es decir, que impliquen desmejora o retroceso en los niveles de protección ya asegurados a los usuarios.”*

De la misma manera, se ha reiterado que el Principio de Progresividad y no regresividad de la legislación está instituido como uno de los límites al ejercicio de la potestad legislativa, aplicable en materia de seguridad social, toda vez que las medidas regresivas que disminuyan una protección alcanzada para un derecho social devienen en principio inconstitucionales.

### 1. MODIFICACIÓN DE REQUISITOS EN MATERIA DE PENSIÓN DE INVALIDEZ

Como consideración previa, se tiene que la Corte Constitucional en sentencia T-1064 de 2006 se refirió a la modificación de requisitos de acceso a la pensión de invalidez introducida por la Ley 100 de 1993 con respecto al Decreto 758 de 1990 – régimen pensional anterior -. Se señaló que la brevedad del lapso (1 año) establecido en la Ley 100 de 1993, como factor temporal de acceso a la prestación, se convertía en una medida regresiva frente a la amplitud de tiempo otorgado bajo el régimen pensional anterior que establecía el término de 6 años con una cotización de 150 semanas, por lo que se consideró que atendiendo el mandato de progresividad del Sistema de Seguridad Social, el legislador debió prever con la entrada en vigencia de la Ley 100, un régimen de transición. Para el caso concreto, considerando que la mayoría de las cotizaciones fueron realizadas en vigencia del régimen pensional anterior y

además la gravedad del estado de salud, la incapacidad física para acceder a un trabajo y la carencia de recursos económicos que le permitan garantizar un mínimo vital para una subsistencia digna por parte del actor, se procedió al reconocimiento de la pensión de invalidez aplicando sobre la Ley 100 de 1993, el régimen pensional anterior contenido en el Decreto 758 de 1990.

Ahora bien, como situación concreta en Colombia de modificación legal de los requisitos para acceder a la pensión y su compatibilidad con el principio de progresividad, se tiene que el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 e impuso el cumplimiento adicional de dos requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, por un lado, acreditar 50 semanas de cotización dentro de los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y, por otro lado, un mínimo de 20% de fidelidad al sistema entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Sobre el particular, la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia alcanzó a considerar que el derecho a la pensión de invalidez debía ser dirimido, como regla general, con base en las normas que se hallaran vigentes en el momento en que se estructurara dicho estado de invalidez, y señaló que si la invalidez se producía estando en vigencia la Ley 860 de 2003, el derecho a la pensión debía ser establecido de conformidad con los requisitos de dicha norma<sup>1</sup>. El criterio fue que el principio de progresividad no podía servir de fundamento para inaplicar la Ley 860 de 2003.

<sup>1</sup> Esta postura como más adelante entrará a explicarse, ya fue cambiada por la sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así, en la sentencia del 2 de septiembre de 2008, rad. N° 32765, indicó la Corte Suprema de Justicia:

“(…) no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema.

(…) El juicio de progresividad comparando lo que ofrece la legislación nueva respecto a la anterior, no puede responder a una mera racionalidad del interés individual que se examina, sino que en correspondencia con la naturaleza de la seguridad social, debe atender la dimensión colectiva de los derechos tanto de los que se reclaman hoy como de los que se deben ofrecer mañana.

(…) Según señalan los convenios internacionales que fundan la seguridad social, ésta debe entenderse como una economía del bienestar justa que comprenda a las generaciones presentes, pasadas y futuras. A manera de ilustración, el numeral 3° del artículo 12 del Código Iberoamericano de Seguridad Social aprobado por la Ley 516 de 1999 establece que 3. Los Estados ratificantes recomiendan una política de racionalización financiera de la Seguridad Social basada en la conexión lógica entre las diferentes funciones protectoras de ésta, la extensión de la solidaridad según sus destinatarios, y la naturaleza compensatoria o sustitutiva de rentas de sus prestaciones, que guarde la debida concordancia con las capacidades económicas del marco en que debe operar y basada en el adecuado equilibrio entre ingresos y gastos y la correspondencia, en términos globales, entre la capacidad de financiación y la protección otorgada.

(…) La deliberada voluntad del legislador en las reformas introducidas al sistema

pensional con las leyes 797 y 860 de 2003, propenden a asegurar un equilibrio financiero, de manera que los niveles de protección que hoy se ofrezcan, se puedan mantener a largo plazo.

Criterios estos que concuerdan con los desarrollos de organismos internacionales, en especial la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tiene a su cargo juzgar la responsabilidad del Estado, en asuntos como el cumplimiento del mandato del artículo 26 del Pacto de San José aprobado por la Ley 16 de 1972, que establece la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. Sobre el punto analizado manifestó esa Corte en decisión de 28 de febrero de 2003, en el caso “Cinco Pensionistas vs. Perú”, lo siguiente:

(...) Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.

La Corte Constitucional también ha considerado que las regulaciones sobre regímenes pensionales no son absolutamente inmodificables, en los siguientes términos:

“3.3.4. Así, con fundamento en el Principio de Progresividad de los derechos sociales y de no regresividad de las normas sobre seguridad social, no se puede concluir que

las regulaciones sobre regímenes pensionales sean absolutamente inmodificables. Excepcionalmente, cuando exigentes circunstancias lo ameriten y se encuentre plenamente justificado, puede proceder la revisión legislativa o constitucional de las normas pensionales en defensa del interés general, de la concreción de otros principios como la ampliación progresiva de la cobertura social o de la realización de políticas sociales y económicas para lograr la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social y asegurar el bienestar de futuras generaciones”.

En la misma decisión anterior, la Corte Constitucional declaró la inexecutable del requisito de fidelidad incluido en los numerales 1 y 2 del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por desconocer el Principio de Progresividad en materia de derechos prestacionales, al considerar que el costo social que aparejaba la modificación introducida por dicha norma era mayor que el beneficio que reportaría para la colectividad, ya que implicaba “la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.” En la referida providencia se argumentó que el establecimiento de una exigencia adicional de *fidelidad*, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez, sin advertirse una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma.

En sentencia C-727 de 2009 de la Corte Constitucional se refiere la línea jurisprudencial de dicha corporación sobre la controversia

jurídica generada por el tránsito de las normas sobre requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y su compatibilidad con el principio de progresividad de los derechos sociales.

Al respecto la Corte Constitucional afirma que “las distintas reformas legales al régimen pensional han estado dirigidas a imponer requisitos más rigurosos para acceder la prestación económica tales como (i) el aumento en el número de semanas de cotización en el periodo anterior a la estructuración de la invalidez; y (ii) la incorporación de un nuevo requisito, relativo a la fidelidad mínima al sistema de seguridad social en salud, el cual otorga un nivel de protección más favorable a aquellos trabajadores que han cotizado continuamente, desde el inicio de su vida laboral.”

Por ello indica que el aumento de los requisitos para el acceso a la pensión de invalidez, es una medida legislativa que en principio es contraria al principio de progresividad de los derechos sociales.

En varias sentencias de tutela, la Corte Constitucional constató la regresividad que implicaba la vigencia del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para efectos de acceder a la pensión de invalidez al exigir requisitos no contemplados anteriormente por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, con respecto a las condiciones de fidelidad y establecer condiciones más estrictas para acceder a dicha prestación, a través del aumento de las semanas de cotización.

Es así que en sentencia T-1291 de 2005, se inaplicó el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en el caso de una mujer cabeza de familia que había sufrido una pérdida de capacidad laboral del 69.05% -invalidez de origen común - estructurada bajo la vigencia de la nueva ley, al considerar desproporcionado que se le

impidiera acceder a la pensión de invalidez, porque a pesar de haber cotizado 162 semanas al sistema, no había aportado 50 antes de la estructuración de la invalidez, siendo la norma regresiva y contraria al principio de progresividad, al agravar las condiciones de acceso al derecho, sin establecer para el efecto un término o régimen de transición.

En sentencia T-221 de 2006, la Corte Constitucional concluyó que el requisito de fidelidad al sistema resultaba grave y desproporcionadamente regresivo para el caso de una señora de 73 años con cáncer pulmonar, a quien se le había negado la pensión de invalidez porque no contaba con el requisito que exigía haber empezado a cotizar al sistema antes de los 60 años. Para el efecto, se consideró que no existía una razón legislativa suficiente, que justificara el aumento de los requisitos para el acceso a la pensión de invalidez y que las circunstancias fácticas del caso demostraban la incapacidad de la actora para acreditar las cotizaciones faltantes en los términos de la Ley 860 de 2003.

En sentencia T-043 de 2007, MP: Jaime Córdoba Triviño, se “encontró demostrada la regresividad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para el caso de varios afiliados al sistema general de pensiones que contaban con más de 26 semanas y menos de 50 semanas cotizadas al momento de la estructuración de la invalidez, por lo que la aplicación de los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 resultaban incompatibles con los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales.”

En la sentencia T-1072 de 2007, MP: Rodrigo Escobar Gil, la Corte inaplicó la misma norma al encontrar que resultaba desproporcionada “para negar el derecho a la pensión de invalidez de un hombre de 56 años de edad a quien

se le dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 52,84%, con fecha de estructuración 2 de agosto de 2005 y quien solo alcanzó a acreditar un total de 357,43 semanas de cotización, de las 362,49 semanas exigidas al aplicar la regla de la Ley 860 de 2003.”

La Corte Constitucional en sentencia T-043 de 2007 expone el siguiente precedente:

“Del anterior recuento jurisprudencial, la Sala concluye que, como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad *prima facie*, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas”.

Con el objetivo de concluir la línea jurisprudencial construida sobre la aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido de derecho a la pensión de invalidez, la Corte Constitucional

señaló de manera puntual las subreglas constitucionales que han sido empleadas por esa Corporación al resolver las acciones de tutela interpuestas por ciudadanos que han sido orientadas a obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En primer lugar se indica que el postulado de la progresividad que regenta el alcance de los derechos económicos, sociales y culturales, “establece una regla hermenéutica dirigida a los operadores jurídicos en casos de duda y perplejidad”. Y en segundo lugar, en aquellos eventos donde la estructuración de la invalidez y su calificación hubieren ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia de la última modificación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la norma jurídica que compendia los requisitos a los cuales se encontraba condicionado el reconocimiento de la pensión de invalidez (artículo 1° de la Ley 860 de 2003) vulneraba el principio de progresividad; razón por la cual, los operadores jurídicos se encontraban “llamados a dar aplicación al texto primero en el cual fueron inscritos los requisitos para el reconocimiento de esta prestación, vale decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 de acuerdo a su redacción original.”

En sentencia T-345 de 2009, la Corte Constitucional reiteró que el requisito para acceder a la pensión de invalidez contemplado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, según el cual la fidelidad de cotización para con el sistema debe ser de al menos el 20% entre el momento en que la persona cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, era una medida regresiva en materia de derechos sociales, toda vez que con esta norma se imponían requisitos más exigentes para el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que originariamente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no contemplaba

esta obligación, pues tan sólo se requería la calificación de inválido según las normas pertinentes y un tiempo de cotización de 26 semanas anteriores al tiempo de producirse el estado de invalidez. En la referida sentencia se concluyó que mientras no hubiera un pronunciamiento del pleno de la Corte sobre la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en sede de tutela el juez podía inaplicar dicho artículo y ordenar que se aplicara la norma anterior más favorable del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, cuando se constataran circunstancias de especial vulnerabilidad.

La presunción de inconstitucionalidad de las normas que retroceden el nivel de protección de un derecho social tiene especial aplicación en materia de seguridad social, por cuanto se tiene que cuando una norma en seguridad social resulta regresiva, se presume inconstitucional, dada la necesidad de impedir al legislador establecer medidas de esta naturaleza en materia de derechos sociales como la seguridad social. “Por lo tanto, se tiene entonces, que las medidas regresivas adoptadas por el legislador pueden ser inaplicadas, pues si bien, él tiene la facultad para crear y modificar las normas que rigen la seguridad social, lo debe hacer bajo los parámetros constitucionales, más aún, cuando se busca proteger la progresividad de los derechos sociales.”

En sentencia T-062A de 2011, la Corte Constitucional concluyó que era evidente que las disposiciones en materia de invalidez se han ido volviendo cada vez más estrictas, ya que cada disposición ha establecido nuevos requisitos a los aportantes al sistema sin que se haya establecido ningún régimen de transición en relación con las pensiones de invalidez, por lo que en dichos casos lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el

caso la normativa legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez.

Si bien es cierto que, en los términos del artículo de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, las sentencias de la Corte Constitucional tienen efectos hacia el futuro, a menos que la propia corporación resuelva lo contrario, la sentencia C-428 de 2009 que declaró inexecutable el requisito del 20% de “*fidelidad*” al sistema contenido en los numerales 1 y 2 del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en principio resultaba inaplicable para los casos de estructuración de la invalidez anterior a su proferimiento (julio 1° de 2009), la Corte Constitucional consideró tal requisito siempre inconstitucional, por lo cual se inaplicó en muchas ocasiones concretas, al establecer que era abiertamente contrario al principio de progresividad que rige todo el sistema general de seguridad social. En tales casos se acudió a la excepción de inconstitucionalidad, como instrumento útil en la aplicación directa del texto superior en las controversias específicas.

Como argumento complementario a la inaplicación del requisito de *fidelidad* al sistema para los casos de estructuración de la invalidez antes de su declaratoria de inexecutable, también se acudió a la condición de sujeto de especial protección constitucional de la población con discapacidad. Para el caso, la Corte Constitucional concluyó que “desde el año 2006 existe una interpretación que resulta más favorable en la protección de los derechos fundamentales de la población discapacitada, quienes son un conjunto de personas que gozan de especial protección a la luz de los principios y de los enunciados constitucionales.” En sentencia T-796 de 2010 se había afirmado que existe una intensa afectación de derechos *ius-fundamentales* para quien luego de la calificación de disminución



de la capacidad laboral se convierte en sujeto de especial protección constitucional.

En sentencia T-453 de 2011 se reitera que la aplicación del requisito de *fidelidad* al sistema, en los eventos en que el hecho generador del derecho pensional ocurrió antes de la declaratoria de inexequibilidad, “no es jurídicamente válido, debido a que **el requisito siempre fue considerado inconstitucional** y por ello fue inaplicable, pues contrariaba ostensiblemente el principio de progresividad que rige todo el Sistema General de Seguridad Social, al consagrar reformas que disminuían derechos ganados, sin justificación para ello.” Y se sintetizó que el precedente constitucional en estos casos obliga a que (i) en todo tiempo, deviene inadmisibles exigir la “*fidelidad*”, tanto para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes como de pensiones de invalidez, y (ii) no pueden seguir excusándose las administradoras de fondos de pensiones en que el hecho generador del derecho pensional sea anterior a esos fallos de constitucionalidad, pues el carácter vinculante de la *ratio decidendi* de las decisiones de tutela se los impide.

El precedente constitucional fijado sobre el presupuesto de *fidelidad* introducido por la Ley 860 de 2003, es sintetizado en la sentencia T-482 de 2011, en los siguientes términos:

“Como se expresó ampliamente en los *fundamentos jurisprudenciales* de esta sentencia, existe una *línea de precedentes* consolidada y uniforme, en la que al revisar casos con supuestos fácticos y jurídicos similares a los que ocupa la atención de la Corte en esta oportunidad, las distintas salas de revisión del Tribunal Constitucional han concluido respecto del presupuesto de *fidelidad* de cotización para con el sistema, en líneas generales, (i) que la reforma introducida por la Ley 860 de 2003, resultaba

contraria al principio de progresividad de los derechos sociales y la prohibición de regresividad frente a las personas que se afiliaron al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la vigencia de la misma; (ii) que la modificación legislativa afectaba de forma desproporcionada e irrazonable a personas de especial protección constitucional como aquellas que estaban en condición de discapacidad y pertenecían a la tercera edad. Igualmente, (iii) puntualizaron que la reforma resultaba inconstitucional en cuanto no se avizoraba, en principio, una situación que justificara la necesidad de la medida en arreglo con los fines perseguidos por la misma y; en consecuencia (iv) aplicaron sobre el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 superior, para en su lugar dar trámite a la norma que dicha disposición había derogado, es decir al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original” (*Supra* 3.6 a 3.8).

A pesar de la anterior postura de la Corte Constitucional, con posterioridad la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en decisión del 19 de julio de 2011, reitera su criterio de que el principio de progresividad no podía servir de fundamento para inaplicar la Ley 860 de 2003 haciendo uso de los argumentos ya expuestos en sentencia de 2 de septiembre de 2008, rad. N° 32765, referidos a que si la invalidez se producía estando en vigencia la Ley 860 de 2003, el derecho a la pensión debía ser establecido de conformidad con los requisitos de dicha norma. En la decisión de reiteración, es de destacar la siguiente argumentación del salvamento de voto del Magistrado Carlos Ernesto Molina Monsalve:

“Por manera que en mi sentir, el Tribunal erró al no aplicar la progresividad, dado

que, al exigir el citado requisito de fidelidad, transgredió el señalado principio constitucional.

En efecto, se desconoció la naturaleza de esta prestación, al exigir la acumulación de un determinado capital, cuando ella debía hacerse efectiva por la invalidez del afiliado. Si bien el principio de progresividad no es un principio absoluto, cuando se restrinja el campo de aplicación de un derecho de esta índole, se impone al estado una carga argumentativa que no se dio con suficiente solidez en el caso del requisito de fidelidad impuesto por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

El principio de progresividad y no regresividad posee la naturaleza de norma jurídica, en el sentido de marcar una directriz al momento de aplicar las reglas de derecho.

Debe recordarse que la Corte Constitucional declaró la inexecutable de dicho requisito, por medio de la sentencia C-428 de 2009. Es decir, en una fecha posterior a la estructuración de la invalidez del accionante. Pero la inaplicación de la exigencia de fidelidad al sistema, que sostengo debió hacerse por el Tribunal, no se habría originado en reconocerle un efecto retroactivo a dicha sentencia, sino a la particular circunstancia, en este caso, de la patente contradicción que implicaba la exigencia del requisito aludido con respecto al principio constitucional tantas veces mencionado.

Por las razones expuestas, la Sala no debió exigir el requisito de fidelidad al sistema —que, por lo dicho, es una condición regresiva—, y en consecuencia debió dar prosperidad a los cargos sustentados por el recurrente con base en el principio de progresividad y no regresividad”.

Sin embargo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia cambió su tesis mayoritaria sobre el tema y en virtud del principio de progresividad comenzó a

inaplicar el requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez en los casos de estructuración de la invalidez en vigencia de las Leyes 797 y 860 de 2003.

En sentencia de mayo 08 de 2012, radicación No. 35319, magistrada ponente: Doctora Elsy del Pilar Cuello Calderón, se relacionó la línea jurisprudencial trazada por la sala de casación laboral sobre la aplicación del artículo 11 de la Ley 797 de 2003. Se expone que antes de la sentencia 29063 de 18 de septiembre de 2007 se mantuvo la tesis de que era el artículo 11 de la ley 797 de 2003 el que debía regir las pensiones de invalidez, por considerar que esa norma estuvo vigente entre el 29 de enero y el 11 de noviembre de 2003. Sin embargo en la sentencia 29063 de 18 de septiembre de 2007 se consideró que toda vez que el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 fue declarado inexecutable, desapareció del ordenamiento jurídico, por ende, lo estatuido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 recobró pleno vigor a partir del 12 de noviembre de 2003; específicamente, el requisito consistente en que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez, postura que se mantuvo, entre otras, en las sentencias 29688 y 27464 de 2008, así como en las de radicados 35324 y 35853 de 2009.

Posteriormente, en sentencia de 4 de noviembre de 2009, radicado 35457, se recogió esa posición, al considerar: “que las normas jurídicas que deben ser tomadas en consideración para establecer la existencia del derecho a una prestación por invalidez son las que estén vigentes en el momento en que se estructure ese estado de invalidez y que, en aplicación de esa regla, en principio, la Ley 100 de 1993 no tiene vocación para ser aplicada respecto de derechos prestacionales de afiliados cuyo

estado de invalidez se estructuró en vigencia de la Ley 797 de 2003...”.

Pero en la referida sentencia de mayo 08 de 2012 se expone que “los cambios legislativos no pueden aniquilar el derecho pensional de quien empezó a cotizar bajo la égida de una disposición garantista y ante la ocurrencia del riesgo en otra normativa mucho más exigente, ve frustrada su prestación.” Se agrega además:

“En efecto, aun cuando es verdad que existe reserva legal del Congreso en materia, no sólo de regímenes de transición, sino de toda la regulación estructural y sistémica de la seguridad social, de acuerdo con el artículo 48 de la Carta de 1991, lo cierto es que tal potestad regulatoria excluyente no se opone al papel del Juez, quien está facultado y, además, obligado, a darle el cabal sentido a las normas cuando ellas son insuficientes, oscuras o dudosas, evento en los que puede acudir a los principios generales e integradores del ordenamiento jurídico, función que ha de desempeñar dentro del Estado Social de Derecho.

El papel del Juez se hace más patente en materia de derechos sociales, como el que aquí se trae a colación, pues su materialización está intrínsecamente ligada a la preponderancia que también realice en acompañamiento de principios inspiradores dado que, por virtud de normas constitucionales y tratados internacionales, poseen una fuerza vinculante reforzada.

(...) Por esta potísima razón, el juzgador debe asumir un enfoque multidimensional de ella, a fin de armonizarla en el contexto general del orden jurídico, alejándose de su aplicación mecánica que, a su vez, evite la posibilidad de efectos manifiestamente nocivos, por injustos o absurdos. Es en este sentido, en el cual debe enmarcarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia con relación al tema reseñado y que,

a no dudarlo, emerge con contenido propio del principio protector de las normas de la seguridad social, así como de los postulados consagrados en la Constitución Política, y en particular de su artículo 53 que prohíbe el menoscabo de los derechos sociales.

En ese contexto, la aplicación de principios responde a la naturaleza irrenunciable del derecho de la seguridad social, y a los valores de solidaridad, universalidad y progresividad de su cobertura, inspiradores del sistema integral adoptado en Colombia desde la Constitución de 1991.

(...) De esta garantía de orden prestacional y, por lo mismo, sujeta a las condiciones económicas y legales de cada Nación, fluyen derechos que, una vez consolidados, no pueden ser desconocidos ni aún en estados de excepción (artículo 93 C.P.), al igual que las reglas y principios contenidos en los tratados que sobre la materia ratifique el Estado Colombiano, las cuales prevalecen en el orden interno y sirven de pauta interpretativa de la normatividad nacional. En este sentido, cabe citar la decisión de la Sala, del 8 de julio de 2008 (Rad. 30581) en la que se sostuvo:

(...) Incluso debe indicarse que el Pacto de San José que contempla el compromiso de los Estados de lograr progresivamente la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, impone una estructura programática en torno al citado derecho, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos que en su artículo 26 contempla el compromiso “para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales.

(...) Esas, entre otras razones, obligan a que el juzgador asuma una visión amplia, en la que la aplicación mecánica de la norma dé paso a la realización de los principios mínimos fundamentales, que se encuentran plasmados en la Constitución Política, que garantizan la seguridad social y la imposibilidad de su

menoscabo, lo que respalda la Ley 100 de 1993, que en su artículo 3º, no sólo dispone su ampliación, sino su progresividad, de modo que esas preceptivas deben irradiar, a no dudarlo, una prestación como la de la invalidez”.

Se concluyó que ante la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003, era aplicable el 39 de Ley 100 de 1993, en virtud del principio de progresividad.

La misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 10 de julio de 2012, reiteró su posición reciente de inaplicar el requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez, ahora con respecto a los casos de estructuración de la invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003, argumentando en esencia que la prevalencia de los instrumentos internacionales sobre el orden interno, impone al juez abstenerse de aplicar las disposiciones regresivas, aún ante situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad. Para el efecto se dijo:

“No obstante lo anterior, la nueva composición de la Sala, por mayoría de sus miembros, en sentencia de 20 de junio de 2012 rad. N° 42540, frente a una prestación de sobrevivientes pero cuyos argumentos resultan aquí plenamente aplicables, varió su criterio en lo referente a los efectos que debe surtir la declaratoria de inexequibilidad de una determinada disposición en materia de seguridad social, que haya impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores por ser abiertamente regresivo.

En esos eventos y ante la existencia de una previsión legal que desconoce el principio de progresividad el cual irradia las prestaciones de la seguridad social, el juzgador para lograr la efectividad de los postulados que rigen la materia y valores caros a un estado social de derecho consagrados en nuestra

Constitución Política, especialmente en los artículos 48 y 53, y que encuentran sustento también en la regulación internacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los tratados sobre el tema ratificados por el Estado Colombiano los cuales prevalecen sobre el orden interno, debe abstenerse de aplicar la disposición regresiva aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional máxime en casos como la pensión de invalidez, en que se trata de proteger a una población en circunstancias de vulnerabilidad y que amerita especial protección. Lo anterior significa que no se está disponiendo su inaplicabilidad general, pues frente a quienes la norma no resulte regresiva y consoliden el derecho durante el tiempo que tuvo vigor debe surtir plenos efectos”.

Con fundamento en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia concluyó que no podía exigirse para efectos de la pensión de invalidez, el cumplimiento del requisito de fidelidad de cotizaciones al sistema del 20% del tiempo transcurrido entre el momento del cumplimiento de 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, no obstante que la pérdida de capacidad laboral se estructurara estando en vigor tal exigencia, por cuanto dicha previsión era a todas luces regresiva como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009.

Por otro lado, para la determinación en el caso concreto de si el tránsito normativo regresivo para la protección de los derechos económicos, sociales y culturales resulta o no justificado constitucionalmente, el juez de tutela, con fundamento en las circunstancias fácticas y lo demostrado en el proceso, debe acudir a los siguientes criterios: i)

**Gráfica 14.** Línea jurisprudencial sobre la aplicación del requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez en los casos de estructuración de la invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003

<b>Problema jurídico:</b> ¿Es aplicable el requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez en los casos de estructuración de la invalidez en vigencia de la Ley 860 de 2003?		
<b>Tesis A</b>	<b>Distribución espacial de las sentencias según la tesis que sustenta</b>	<b>Tesis B</b>
En aquellos eventos donde la estructuración de la invalidez hubiere ocurrido con posterioridad a la entrada en vigencia de la última modificación al artículo 39 de la ley 100 de 1993, la norma jurídica que compendia los requisitos a los cuales se encontraba condicionado el reconocimiento de la pensión de invalidez (artículo 1° de la ley 860 de 2003) vulneraba el principio de progresividad; razón por la cual se debe dar aplicación al artículo 39 de la ley 100 de 1993 de acuerdo a su redacción original.	X Corte Constitucional. Sentencia T-221 de 2006. X Corte Constitucional. Sentencia T-1072 de 2007. X Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 32765. Sentencia 2 de septiembre de 2008 X Corte Constitucional. Sentencia T-938 de 2008. X Corte Constitucional. Sentencia T-217 de 2009. X Corte Constitucional. Sentencia T-345 de 2009. X Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 354576. Sentencia 4 de noviembre de 2009 X Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2011. X Corte Constitucional. Sentencia T-247 de 2011. X Corte Constitucional. Sentencia T-421 de 2011. X Corte Constitucional. Sentencia T-453 de 2011. X Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2011. X Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 42166. Sentencia 19 de julio de 2011 X Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 39766. Sentencia 2 de agosto de 2011 X Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. Rad. 42423. Sentencia 10 de julio de 2012	El derecho a la pensión de invalidez debe ser dirimido, como regla general, con base en las normas que se hallen vigentes en el momento en que se estructure dicho estado de invalidez, en consecuencia, si la invalidez se produce estando en vigencia la ley 860 de 2003, el derecho a la pensión debe ser establecido conforme con los requisitos de dicha norma.

congruencia entre las razones esbozadas por el legislador para retroceder en la protección del derecho a la seguridad social y la medida adoptada; ii) la proximidad entre la entrada en vigencia de la norma regresiva y la estructuración de la invalidez. iii) el cumplimiento de las condiciones señaladas en la norma precedente, iv) la relación estrecha e inescindible entre la afectación del mínimo vital del demandante y la pensión de invalidez; v) la desatención del Estado a una persona discapacitada y en condiciones de debilidad manifiesta.

Con respecto al tránsito legislativo en el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por las modificaciones

introducidas por la Ley 860 de 2003 en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional estableció lo siguiente:

“Esta corporación ha reiterado su criterio en relación con el tránsito legislativo sobre los requisitos para obtener la pensión de invalidez (negrilla original):

Ha señalado esta corporación dos reglas fundamentales que limitan la libertad de configuración normativa del legislador, en el ámbito bajo análisis: *i)* en desarrollo de los principios de progresividad del derecho a la seguridad social en pensiones y de favorabilidad del trabajador, la ley posterior que amplíe la cobertura del derecho, debe aplicarse en forma preferente, *ii)* en atención

a los principios de seguridad jurídica y de confianza legítima, la ley posterior que res-trinja el derecho a la pensión de invalidez o que regule los requisitos para acceder a ella en forma más estricta respecto de los que había señalado la norma que deroga, es *prima facie* inaplicable.

De lo anteriormente expuesto puede colegirse que la modificación introducida por la Ley 860 de 2003, estableció unos requisitos más estrictos para acceder a la pensión de invalidez, por cuanto aumentó el número de semanas de cotización requeridas en el artículo 39 de la Ley 100, de 26 a 50 y estableció una exigencia de ***fidelidad adicional***, resultando incompatible con los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales”.

## 2. MODIFICACIÓN DE REQUISITOS EN MATERIA DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

La Corte Constitucional también declaró la inexecutable de los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, al considerar que la exigencia de fidelidad de cotización que establecían para acceder a la pensión de sobrevivientes y que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, era una medida regresiva en materia de seguridad social, puesto que la modificación establecía un requisito más riguroso para acceder a la pensión, “desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que por el contrario, encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios.”

Ya con anterioridad, la Corte Constitucional en decisión de tutela, donde aclaró que por las circunstancias específicas del caso y la incidencia desproporcionada sobre los derechos de la tutelante, había aplicado la excepción de

inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley 797 de 2003 que modificó el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, con respecto a los requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, los que se habían hecho más estrictos con la reforma legal que creó una nueva exigencia de fidelidad de cotización al sistema e incrementó el requisito previo de las semanas de cotización de 50 en vez de 26. Ante la negativa de la entidad correspondiente frente a la petición de reconocimiento pensional, la Corte examinó en el caso concreto que existía una vulneración del principio de progresividad por presentarse un impacto desproporcionado sobre una madre cabeza de familia y sus hijos, con la aplicación de los nuevos requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, ordenándose el estudio de dicha solicitud bajo las disposiciones de la Ley 100 de 1993 en su versión originaria.

Dicha aplicación de la excepción de inconstitucionalidad antes que el requisito de fidelidad al sistema fuese declarado inconstitucional por la sentencia C-556 de 2009, se dio en vista que la jurisprudencia constitucional había encontrado que las medidas adoptadas por la Ley 797 de 2003 en materia de requisitos de acceso a dicha pensión de sobrevivientes tenían carácter regresivo. Se dijo entonces que “(d)e la lectura de los dos artículos citados, se evidencia que los requisitos implementados en la legislación posterior (Ley 797 de 2003) son más gravosos y estrictos que los contemplados en la Ley 100 de 1993, puesto que se aumentó de 26 a 50 el número de semanas aportadas dentro de los 3 años anteriores al fallecimiento y, fijó como exigencia adicional el requisito de fidelidad al sistema<sup>2</sup>.”

<sup>2</sup> Este requisito consiste en que el afiliado mayor de 20 años, debe acreditar que cotizó el 25% o el 20%

Concluye la Corte Constitucional que “se deben inaplicar los requisitos exigidos para acceder al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, como lo son la pensión de invalidez y de sobrevivientes, siempre y cuando resulten regresivos y contrarios al principio de progresividad, porque esto significa que son contrarios a la Carta Política”, reiterándose que exigir la “fidelidad” al sistema para el reconocimiento de ambas pensiones es inadmisibles, al constituir una exigencia que hace más gravoso el acceso a dichas prestaciones económicas.

### 3. MODIFICACIÓN DE REQUISITOS PENSIONALES EN RÉGIMENES ESPECIALES

Por otra parte, mediante sentencia C-432 de 2004, la Corte Constitucional declaró inexecutable el artículo 24 del Decreto 2070 de 2003, que establecía que el personal de oficiales, suboficiales y agentes de la Policía Nacional en actividad tendrían derecho a que se les pagara una asignación mensual de retiro, si a la fecha de su entrada en vigencia contaban con 18 años de servicio, norma que derogaba el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, que sólo exigía 15 años de servicio activo al momento del retiro. La Corte expresamente consideró que se debía reincorporar al ordenamiento jurídico la norma derogada que exigía sólo 15 años de servicio activo. Como quiera que el artículo 24 del Decreto 2070 de 2003 estuvo vigente entre la fecha de su promulgación y la fecha de su inexecutable, la Corte en sede de tutela señaló que como su contenido aumentó el requisito de los años de servicio activo que se

---

del tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de su defunción causada por enfermedad o por accidente, respectivamente.

deben acreditar para acceder a las mesadas pensionales de la *asignación de retiro*, de 15 a 18 años, resultaba una medida regresiva, por lo que ordenó a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, dar aplicación a los artículos 144 y siguientes del Decreto 1212 de 1990, y proceder a reconocer a favor de un ciudadano, la *asignación de retiro*, a pesar de solo haber acreditado 15 años de servicio durante la vigencia temporal del artículo 24 del Decreto 2070 de 2003.

### 4. MODIFICACIÓN EN RIESGOS PROFESIONALES

En otros casos de acusación de violación al principio de no regresividad, la Corte Constitucional halló que el cambio normativo no implicaba disminución en la protección laboral. Es así que en demanda de inconstitucionalidad se expuso que la regulación posterior a 1994 contenida en la Ley 776 de 2002 y en su momento en los artículos 40 y 42 del Decreto 1295 de 1994 era regresiva, por cuanto estipulaba una indemnización y no una pensión, para el trabajador incapacitado por la pérdida de capacidad laboral entre el 20 y el 50%, cuando el artículo 24 del Decreto 1295 de 1994, para dicho porcentaje de disminución de capacidad de trabajo prohibía el pago por indemnización, luego debía pagarse como una pensión. La Corte consideró que la regulación posterior a 1994 dispone tanto la indemnización como el derecho a mantener el vínculo laboral, por lo que no resultaba cierto que el alcance de la protección hubiese sido disminuido y la protección hubiese decrecido en la legislación laboral.

En la misma decisión se agregó:

“29.- En efecto, mientras que al amparo de los artículos 23 y 24 del Decreto 3170 de 1964, los afiliados al Seguro Social recibían una pensión cuando eran declarados

incapacitados por pérdida de la capacidad laboral entre el 20% y el 50%, la legislación actual dispone que los afiliados al Sistema General de Riesgos Profesionales, en el evento de la incapacidad entre el 5% y el 50%, no sólo tienen derecho a una indemnización, sino también a conservar vigente el vínculo laboral, lo cual supone que siguen recibiendo salario<sup>3</sup>. De lo que se concluye, que la regulación posterior al Decreto 3170 de 1964 contiene una modalidad de protección más amplia para la figura de la incapacidad permanente parcial, que incluye los casos de disminución de capacidad de trabajo entre el 20% al 50%, para los cuales antes de 1994 se estipulaba solo pensión”.

Se concluyó entonces que la modalidad de protección para la incapacidad contemplada en los artículos 7° y 8° de la Ley 776 de 2002 no era regresiva y por el contrario extendía la protección del otorgamiento de una pensión, al reconocimiento no sólo de una indemnización, sino también de la garantía de estabilidad laboral reforzada, y en subsidio de esta última, del derecho a la reubicación laboral.

<sup>3</sup> La garantía de reubicación laboral del artículo 8° de la Ley 776 de 2002, ha sido interpretada y protegida por la jurisprudencia constitucional. Se ha sostenido que: “a juicio de esta Corporación, el derecho a la reubicación no se limita al simple cambio de funciones. La salvaguarda de este derecho exige: (i) La proporcionalidad entre las labores y los cargos previamente desempeñados y los nuevos asignados; y (ii) El acompañamiento de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor (Así, lo señala el artículo 54 del Texto Fundamental, cuando determina que: “Es obligación del Estado y de los **empleadores** ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quien lo requieran (...)”) [T-1040 de 2001 y T-351 de 2003, reiteradas entre otras, en la T-062 de 2007]

## 5. INMODIFICABILIDAD DE SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS EN MATERIA PENSIONAL

La sección segunda de la sala de lo contencioso administrativo del Consejo de Estado ha señalado que en virtud del principio de progresividad, las situaciones jurídicas consolidadas en materia pensional no pueden ser modificadas por normas posteriores. Para el efecto, explica lo siguiente:

No cabe ninguna duda para sostener entonces, que todas aquellas personas con vocación de ser cobijadas por los sistemas de transición en seguridad social por encontrarse dentro de los supuestos establecidos para tal efecto, pese a no disfrutar del derecho pleno de pensión, poseen derechos ciertos a que el decreto de su derecho pensional y el tratamiento de los demás elementos que se desligan de éste, respeten la oponibilidad de una situación jurídica consolidada.

Ahora, el principio de conservación de la norma más favorable y la condición más beneficiosa en el ámbito laboral, que hace parte de los principios fundamentales del derecho del trabajo (art. 53 C.P.), establece que una nueva norma de carácter laboral o pensional no puede disminuir las condiciones favorables existentes y concretadas al abrigo de un ordenamiento anterior, las que, en la medida en que benefician al trabajador, deben ser reconocidas y respetadas por las Leyes posteriores. Así, aquellas personas que cumplen las condiciones para eventualmente beneficiarse de un régimen de transición pueden confiar legítimamente en que dicho régimen sea conservado para regular los diversos aspectos de su situación particular, incluso si todavía no han cumplido las condiciones para acceder a la pensión misma, pues si en general es problemática constitucionalmente cualquier modificación regresiva de las regulaciones pensionales por virtud del principio de progresividad, con



mayor razón son cuestionables constitucionalmente las modificaciones abruptas a un status legalmente reconocido, en desmedro de las razones sustanciales que justifican la configuración de un régimen de transición. (Salvamento de voto. SC- 754 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis)

Finalmente, la Corte Constitucional en sentencia C-228 de 2011 afirma que con respecto a la aplicación del principio de progresividad y de prohibición de regresividad en materia de pensiones, la regla es que toda modificación legal de carácter regresivo debe presumirse *prima facie* como inconstitucional cuando se trata de derechos consolidados, en donde el juicio es estricto y no se admite regresividad, y también hay lugar a la aplicación del principio de progresividad cuando se trata de “expectativas legítimas”, entendidas como aquellas probabilidades ciertas de consolidación futura del correspondiente derecho si se mantienen las condiciones establecidas en una ley determinada. Tales expectativas pueden ser modificadas legalmente si se requiere para cumplir fines constitucionales, casos en los cuales dichas medidas en vía de control de constitucionalidad estricto son sometidas a un “test de no regresividad” que examina si fueron justas, equitativas, proporcionales y razonables, estudio que proscribire los cambios de legislación arbitrarios, abruptos e inopinados en materia de pensiones.

## CONCLUSIONES

De la revisión jurisprudencial realizada, a título de conclusiones, se puede indicar que el principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales está instituido como uno de los límites al ejercicio de la potestad legislativa, aplicable en materia de seguridad social, toda vez que las medidas regresivas que disminuyan una protección alcanzada

para un derecho social devienen en principio inconstitucionales.

De igual manera de la jurisprudencia constitucional se pueden destacar las siguientes subreglas en materia de compatibilidad del principio de progresividad y no regresividad de los derechos sociales con la modificación de requisitos pensionales por el legislador: (i) cuando las disposiciones en materia de pensiones de invalidez y sobrevivientes establecen nuevos requisitos a los aportantes al sistema sin que se haya establecido ningún régimen de transición, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normativa legal vigente; y (ii) las situaciones jurídicas consolidadas en materia pensional no pueden ser modificadas por normas posteriores.

Finalmente, debe señalarse que el principio de progresividad y no regresividad de los derechos, concebido como la obligación del Estado de adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos disponibles, a fin de lograr la plena efectividad de la faceta prestacional de los derechos constitucionales, es un elemento definitorio y estructural del modelo de Estado adoptado y, por tanto, dicho principio se constituye en referente para las autoridades públicas, en ejercicio de sus funciones, para el cometido de materialización del Estado constitucional, social, democrático y ambiental de derecho consagrado en la Constitución Política de Colombia de 1991.

## REFERENCIAS

Colombia, Cfr. T-950 de noviembre 25 y T-989 de diciembre 2, ambas de 2010 y M. P. Nilson Pinilla Pinilla; T-609 de septiembre 2 de 2009, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; entre otras.

Colombia, Consejo de Estado (2012). Providencias 1992-2012 [en línea]. Recuperado hasta el 31

de octubre de 2012, de <http://www.consejodeestado.gov.co/>

Colombia, Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Consejero ponente: Gustavo Eduardo Gómez Aranguren. Bogotá D.C., cuatro (4) de agosto de dos mil diez (2010).- Radicación número: 25000-23-25-000-2004-06145-01(2533-07). Actor: Alcides Borbon Suescun. Demandado: Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales

Colombia, Corte Constitucional (2012). Relatoría [en línea]. Recuperado hasta el 31 de octubre de 2012, de <http://www.constitucional.gov.co/>

Colombia, Corte Constitucional- Sentencia T-421 de 2011. Referencia: expediente T-2922774 Acción de Tutela instaurada por José Edison Pino contra el Instituto de los Seguros Sociales. M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Colaboró: Federico Suárez Ricaurte. Bogotá, DC., diecisiete (17) de mayo de dos mil once (2011).

Colombia, Corte Constitucional. C-428 de 2009. Referencia: Expediente D-7488. Actor: Omar Alberto Franco Becerra. Demanda de Inconstitucionalidad: contra los numerales 1° y 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003. M.P. Mauricio González Cuervo.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-1141 de 2008. Referencia: expediente D-7167. Demanda de Acción Pública de Inconstitucionalidad contra el inciso primero del artículo 7 de la Ley 776 de 2002 “por medio de la cual se dictan normas sobre la organización, administración y prestaciones del Sistema General de Riesgos Profesionales”. Demandante: Ricardo Álvarez Cubillos. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D.C., diecinueve (19) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-556 de 2009. Referencia: expediente D-7569. Demanda de Inconstitucionalidad contra los literales a) y b) del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, “por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales”.

Demandante: William David Gil Tovar. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., veinte (20) de agosto de dos mil nueve (2009).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia C-727 de 2009. Referencia: expediente D-7670. Accionante: Hernán Antonio Barrero Bravo. Demanda de Inconstitucionalidad contra el artículo 1 (parcial) de la Ley 860 de 2003. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá, D. C., catorce (14) de octubre de dos mil nueve (2009).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T- 453 de 2011. Referencia: Expedientes T-2890032, T-2891206, T-2891843, T-2943126, T-2949871 y T-2957396, acumulados. Acciones de Tutela instauradas por Wilson Arturo Acosta Rodríguez contra Pensiones y Cesantías Protección S. A. (expediente T-2890032); Rodrigo Álvarez Tarazona contra el Instituto de Seguros Sociales y otro (expediente T-2891206); Juan Pablo Guzmán Vásquez contra la Secretaría de Educación de Medellín y otros (expediente T-2891843); Francisco Gustavo Posada Gómez contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2943126); Mary Yency Bernal Torres contra el Instituto de Seguros Sociales (expediente T-2949871); y Efraín Villalba Ariza contra Pensiones y Cesantías BBVA (expediente T-2957396). Procedencia: Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá; Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral; Juzgado 22 Penal del Circuito de Medellín; Tribunal Superior de Pereira, Sala Laboral; Juzgado 4° Civil del Circuito de Bucaramanga; y Juzgado 5° Penal Municipal de Bucaramanga, respectivamente. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., veintiséis (26) de mayo de dos mil once (2011).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-006 de 2010. Referencia: expedientes T – 2.390.785 y T – 2.378.613. Acción de Tutela instaurada por Franklin Lemus Gariazo y Nora Alba Meneses de Romero en contra del Instituto de Seguro Social. M.P. Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., catorce (14) de enero de dos mil diez (2010).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-043/07. Referencia: expedientes T-1411101, T-1430828 y T-1432311. Acciones de tutela pre-

sentadas por Gerardo de Jesús Restrepo Restrepo, Jesús Antonio Pareja Andrade y José David Silva Durán. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño. Bogotá, D.C., primero (1) de febrero de dos mil siete (2007).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-062A de 2011. Referencia: T-2.740.402. Accionante: Daniel Mojica González. Accionado: Instituto de Seguros Sociales (I.S.S.). M.P. Mauricio González Cuervo. Bogotá D.C., 4 de febrero de 2011.

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-104 de 2008. Referencia: expediente T-1.716.236. Actor: Pedro Maria Layton García. Demandado: Instituto del Seguro Social -Pensiones- y BBVA Horizonte – Pensiones y Cesantías. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá, D. C., ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2008).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-115 de 2011. Referencia: expediente T-2.830.322. Acción de Tutela presentada por Letty Cecilia Lázaro de Pabón contra el Instituto de Seguros Sociales. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá, D. C., veinticuatro (24) de febrero de dos mil once (2011).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-217 de 2009. Referencia: Expediente T-2108502. Acción de tutela instaurada por Rafaela Duarte Ávila contra el Instituto de Seguros Sociales. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C. veintisiete (27) de marzo de dos mil nueve (2009).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-221 de 2006. 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. M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil. Bogotá D. C., veintitrés (23) de marzo de dos mil seis (2006)

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-247 de 2011. Referencia: expediente T-2881668. Acción de Tutela instaurada por Mirian Aranzazu González, contra el Departamento de Caldas (Secretaría de Educación) y Fiduprevisora S.A.

Procedencia: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, Sala Laboral. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., siete (7) de abril de dos mil once (2011).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-482 de 2011. Referencia: expediente T-2864851. Acción de Tutela instaurada por Luis Beltrán Pérez contra el Tribunal Superior de Cali Sala Laboral y otros. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., trece (13) de junio de dos mil once (2011).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-586A de 2011. Referencia: expediente T-3030303. Acción de Tutela instaurada por Nancy Campillo Rentería, contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Reiteración de jurisprudencia. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. Bogotá, D.C., veintiocho (28) de julio de dos mil once (2011).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-641 de 2007. Referencia: expediente T-1587351. Peticionario: Luis Alfonso Garzón Riveros. Accionado: COLFONDOS S.A. M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Bogotá D.C., dieciséis (16) de agosto de dos mil siete (2007).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-755 de 2010. Referencia: expediente T-2636454. Acción de Tutela instaurada por Isabel Carolina Guzmán García, contra Citi Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá D.C., veintiuno (21) de septiembre de dos mil diez (2010).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-796 de 2010. Referencia: expediente T-2732457. Acción de Tutela interpuesta por Ana Cecilia Lambis Puello contra ING Pensiones y Cesantías y la Aseguradora Bolívar. M.P. Dr. Jorge Iván Palacio Palacio. Bogotá, D.C., primero (1°) de octubre de dos mil diez (2010).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-846 de 2009. Referencia: expedientes T- 2.331.249, T-2.337.809, T-2.342.481 y T-2.338.178. Acción de Tutela instaurada por Carmen Julia Londoño Vargas, Rosa Elvira Rodríguez de Vélez, Luz Marina Zapata Carmona y Cecilia López de García

contra el ISS y PORVENIR. Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Bogotá D.C., veinticuatro (24) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-938 de 2008. Referencia: expediente T-1935935. Acción de tutela instaurada por Daniel Darío Pérez de la Rosa, contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías. Procedencia: Juzgado 4° Civil del Circuito de Cartagena. M.P. Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil ocho (2008).

Colombia, Corte Constitucional. Sentencia T-950 de 2010. Referencia: expedientes T-2741834, T-2747283 y 2749486, acumulados. Acciones de tutela instauradas por Augusto Alfonso Peña Cruz, contra el Tribunal Superior de Manizales, Sala Laboral (expediente T-2741834); María Emilse Rubiano Ruiz, actuando mediante apoderada, contra BBVA Horizonte Pensiones (expediente T-2747283); y Luis Carlos Ricaurte Sierra, contra el Instituto de Seguros Sociales, ISS, seccional Atlántico (expediente T-2749486). Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal; Juzgado Tercero Civil del Circuito de Ibagué; y Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, respectivamente. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Bogotá, D. C., veinticinco (25) de noviembre de dos mil diez (2010).

Colombia, Corte Constitucional. T-1036 de 2008. Referencia: Expediente T-1908679. Acción de tutela instaurada por Gloria Amparo Duque contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías. M.P. Dr. Manuel Jose Cepeda Espinosa. Bogotá D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil ocho (2008).

Colombia, Corte Constitucional. T-1064 de 2006. Referencia: expediente T-1399273. Acción de tutela instaurada por Jairo Orlando Sánchez Castillo en contra de BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. Magistrada Ponente: Dra. Clara Inés Vargas Hernández. Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006).

Colombia, Corte Constitucional. T-1102 de 2008. Referencia: expediente T-1946861. Acción de tutela interpuesta por Jorge Eliécer Barragán Barragán contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional. M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Bogotá D.C., seis (6) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Colombia, Corte Constitucional. T-345 de 2009. Referencia: expediente T-2210410. Acción de tutela instaurada por Luis Alberto Vásquez Trujillo contra el Instituto de Seguro Social. M.P. Dra. María Victoria Calle Correa. Bogotá D.C., dieciocho (18) de mayo de dos mil nueve (2009).

Colombia, Corte Suprema de Justicia (2012). Informativo de Vicepresidencia 2012 [en línea]. Recuperado el 5 noviembre de 2012, de <http://190.24.134.121/webcsj/Vicepresidencia-Corte/Contenido.aspx?anno=2012>

Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de casación laboral. Julio 10 de 2012. Radicación No. 42423. M.P. Doctor Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Gustavo José Gnecco Mendoza. Acta No. 17. Rad. No. 39766. Bogotá, D.C., dos (2) de agosto de dos mil once (2011).

Colombia, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Laboral. M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz. Referencia: Expediente N° 42166. Acta N° 23. Bogotá, D. C., diecinueve (19) de julio de dos mil once (2011).

Colombia, La línea jurisprudencial a la que se hace alusión está contenida en las sentencias T-287 de 2008, T-145 de 2008, T-110 de 2008, T-104 de 2008, T-103 de 2008, T-080 de 2008, T-078 de 2008, T-077 de 2008, T-069 de 2008, T-018 de 2008, T-1072 de 2007, T-699A de 2007, T-641 de 2007, T-580 de 2007, T-043 de 2007, T-221 de 2006, y T-1291 de 2005.

López Medina, D. E. (2006). Interpretación Constitucional. 2ª. ed. Bogotá. Consejo Superior de la Judicatura.