

**EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD  
SOCIAL EN PENSIONES.**

NADYA DUSSICH MUÑOZ  
ALBA LILIANA SILVA PADILLA

Universidad ICESI  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
SANTIAGO DE CALI

2012

**EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD  
SOCIAL EN PENSIONES.**

**CASO DE ESTUDIO  
PROYECTO DE GRADO**

NADYA DUSSICH MUÑOZ  
ALBA LILIANA SILVA PADILLA

Director de Investigación  
IVAN MAURICIO LENIS

Universidad ICESI  
Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
ESPECIALIZACIÓN EN DERECHO LABORAL Y SEGURIDAD SOCIAL  
SANTIAGO DE CALI  
2012

## TABLA DE CONTENIDO

<b>1. RESUMEN</b>	<b>5</b>
<b>2. GUIA DEL PROFESOR</b>	<b>8</b>
2.1 RESUMEN DEL CASO	8
2.2 OBJETIVOS PEDAGÓGICOS DEL CASO	9
2.3 ¿CUÁL SERÍA LA POSIBLE RESOLUCIÓN QUE SE LE DARÍA AL CASO?	11
2.4 ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS QUE DEBE ENFRENTAR PARA SOLUCIONAR ESTO?	13
2.5 ¿QUÉ ESTRATEGIA DARÍA PARA LOGRAR ESTO?	14
<b>3 RÉGIMEN LEGAL DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ EN COLOMBIA</b>	<b>16</b>
<b>4 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE PENSIÓN DE INVALIDEZ</b>	<b>22</b>
<b>5 LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ</b>	<b>26</b>
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	<b>31</b>

## LISTA DE TABLAS

Tabla 1: Historia Laboral

15

## 1. RESUMEN

La Constitución Política de 1991 introdujo para Colombia el derecho irrenunciable a la Seguridad Social cuando expresó: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación, y control del estado... Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”, constituyendo la gran conquista institucional del Siglo XX siendo las pensiones, la salud y los riesgos profesionales los principales componentes del sistema. Sin embargo, la libertad de configuración del legislador, introdujo cambios normativos que significaron regresividad en materia de otorgamiento de la pensión de invalidez, introduciendo el requisito de fidelidad, hoy derogado y el aumento del número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50 en los tres últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez, haciendo mas difícil el acceso a esta prestación. Además, la estructuración de la invalidez se ha venido fijando por las entidades competentes contrariando lo preceptuado por el Manual Único de Calificación de la Invalidez.

El objetivo del caso de estudio es mostrar, a partir del análisis de la jurisprudencia o precedente judicial, la vulneración al derecho de la seguridad social por la negación de la prestación económica a personas en franca debilidad manifiesta y la necesidad de protegerlo a través de la acción de tutela para precaver el daño causado. Para ello se realizó un análisis de la jurisprudencia de las Altas Cortes para concluir con la postura actual de la Corte Constitucional.

**Palabras claves:** *Pensión de Invalidez, progresividad, regresividad, fecha de estructuración y seguridad social.*

## **SUMMARY:**

The Political Constitution of 1991 introduced in Colombia the right to social security which cannot be relinquished, when it announced the following: “Social security is a public service of obligatory nature, which will be offered under the direction, coordination and control of the State...It is guaranteed to all the population the right to social security which cannot be relinquished.” This was the great institutional conquest of the XX<sup>th</sup> century, since the pensions, health and labor risks, became the principal components of the system.

However, the liberty given to the legislative power introduced changes to the legal rules that were regressive in matters of obtaining the disability pension, by introducing the fidelity requirement (which has been abolished), and the increase in the number of minimum weeks of contribution, from 26 to 50 weeks, within the last 3 years before the disability is structured, making it more difficult to access to the benefit. In addition, the structuring of the disability has been established by the competent entities, going against what has been stipulated by the Disability Grading Manual.

The objective of the case of study is to show, from the analysis of the jurisprudence or law of precedent, the infringement of the social security right due to the denial of the economic benefit to people who are in a noticeable disability situation, and the need to protect them throughout a legal action in order to avoid the caused damage. To achieve this, an analysis of the jurisprudence of the High Courts has been concluding with the current position of the Constitutional Court.

**Key Words:** *disability pension, progressiveness, regressivity, structuring date of the disability, social security.*

*Llega al bufete de abogados, triste y cabizbaja, la señora Ana María Salazar, de 60 años de edad, porque le fue negada la pensión de invalidez solicitada el 25 de Noviembre 2008, no obstante ser inválida ya que cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 64.64% con F.E. 13/03/1981. Son varias las preguntas que una vez escuchado el caso, se formula al Abogado: Tiene razón el ISS al negar la pensión de invalidez? Existen presupuestos legales que permitan sustentar la controversia? Cuál sería la acción judicial a impetrar? Sería mejor que accediera a la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta su enfermedad?*

## 2. GUIA DEL PROFESOR

### 2.1 RESUMEN DEL CASO

*La señora Ana María Salazar, de 60 años de edad, le fue negada la pensión de invalidez. Refiere haber solicitado la calificación de su pérdida de capacidad laboral al Instituto de Seguros Sociales, el 25 de noviembre de 2008. Mediante dictamen No. 028 de 2009, se determinó que el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral de la señora Salazar era del 64.64 % y se estableció como fecha de estructuración de la invalidez el 13 de Marzo de 1981.*

*Por tener un buen porcentaje, informa que el 12 de mayo de 2009 solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez al Instituto de Seguros Sociales. Mediante Resolución No. 2746 de 2009, el ISS negó el reconocimiento de la pensión solicitada con el argumento de que solicitante no cumple con el requisito exigido por la Ley 860 de 2003, que establece: "Tener acreditadas 50 semanas de cotización dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir antes del 13 de Marzo de 1981, Cero -0- semanas cotizadas. No obstante, lo anterior, la misma resolución informa del derecho que tiene a la indemnización sustitutiva". Interpuestos los recursos de reposición y apelación solicitando modificar la fecha de estructuración de la invalidez al 27 de Febrero de 2007, fecha de la primera valoración por Medicina Laboral del ISS, la decisión fue confirmada.*

*La pregunta del caso es solicitar la pensión de invalidez por vía judicial o acceder a la indemnización sustitutiva, teniendo en cuenta la enfermedad severamente incapacitante de la beneficiaria. Solo a través de la vía ordinaria laboral o existe otra vía más expedita, como la Acción de tutela para solicitar la pensión de invalidez?*

## 2.2 OBJETIVOS PEDAGÓGICOS DEL CASO

El caso permite generar una discusión y un análisis crítico sobre los siguientes temas:

### **1. *Derecho a la seguridad social en Colombia***

- Los derechos sociales deben procurar su satisfacción progresiva
- Medidas restrictivas o regresivas en cuanto al ámbito de protección de los derechos sociales contradicen en principio de progresividad
- Las medidas regresivas se presumen inconstitucionales prima facie
- Aplicación de Test de Proporcionalidad y Razonabilidad en materia de regresividad de los derechos sociales.
- La seguridad social como derecho constitucional fundamental
- Todos los derechos constitucionales son fundamentales
- Protección por medio de la acción de tutela

### **2. *Estrategias de controversia para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez***

- La acción de tutela no procede para el reconocimiento de pensiones por tratarse de derechos litigiosos
- Las controversias en materia de pensiones deben solucionarse a través de la justicia ordinaria laboral o contenciosa según sea el caso.
- La jurisprudencia constitucional ha admitido la vía de la Acción de Tutela para solicitar una pensión, cuando ella adquiera el carácter de fundamental.
- La jurisprudencia constitucional ha definido criterios posibles para determinar qué debe entenderse por ésta para ser considerado sujeto de especial protección

### **3. Principio de favorabilidad en materia laboral**

- Su aplicación no impide transformaciones legislativas justificadas
- Su aplicabilidad se da en caso de coexistencia de varias disposiciones
- Aplicación de la condición más favorable o más beneficiosa
- La ley no puede menoscabar los derechos o condiciones favorables consolidadas previamente

### **4. Protección constitucional de las personas con discapacidad**

- Igualdad de derechos a personas en debilidad manifiesta
- Políticas públicas de previsión, rehabilitación e integración social de los grupos de especial protección.

### **5. La fecha de Estructuración de la Invalidez**

- Criterios técnicos vs. postulados constitucionales y legales

## **2.3 ¿CUÁL SERÍA LA POSIBLE RESOLUCIÓN QUE SE LE DARÍA AL CASO?**

1. La seguridad social es un derecho fundamental definida en los Convenios de la OIT y en los instrumentos de la ONU como un derecho fundamental<sup>1</sup>, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración Americana de los Derechos de la Persona y la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
2. Una de las contingencias que cubre el Sistema General de Pensiones, es la invalidez, con el fin de proteger a las personas que al padecer una discapacidad que mengua su capacidad laboral ven impedido el acceso a los recursos para disfrutar de una vida digna.
3. Para acceder a la pensión de invalidez, el ordenamiento colombiano ha sufrido modificaciones jurisprudenciales, por lo cual en la actualidad, es indispensable acreditar por parte de quien solicite la prestación: el haber perdido el 50% o más de la capacidad laboral, esto significa encontrarse en estado de invalidez; y haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años, inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez o al hecho causante de la misma.

---

<sup>1</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/wcms\\_067592.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/dcomm/documents/publication/wcms_067592.pdf).

4. La fecha de estructuración de la invalidez, en este caso el 13 de Marzo de 1981, de acuerdo con el análisis de la historia clínica, de Ana María Salazar coincide con la fecha del diagnóstico de la enfermedad. Sin embargo, la patología que ella padece, ha sido de evolución crónica, de larga duración, generando pérdida de capacidad laboral de forma paulatina.
  
5. De acuerdo con la calificación del Instituto de Seguros Sociales, se estableció como fecha de estructuración de la invalidez, la fecha en que se diagnosticó la enfermedad, y no cuando la pérdida de capacidad laboral fue permanente y definitiva; de acuerdo con lo establecido por el Manual Único para la calificación de la Invalidez, Decreto 917 de 1999, es decir cuando Ana María no pudo seguir desarrollando las actividades propias de su oficio o labor.

## **2.4 ¿CUÁLES SON LOS PROBLEMAS QUE DEBE ENFRENTAR PARA SOLUCIONAR ESTO?**

1. El problema más relevante, es la procedencia de la acción de tutela para solicitar el reconocimiento de pensión de invalidez.
2. La Corte Constitucional, ha establecido unos criterios para ello, y solicita que quien busca la protección, debe estar dentro de las categorías consideradas por la Corte, como de especial protección, se compruebe que no cuenta con los medios económicos para esperar hasta la culminación de un proceso ordinario y que demora, vulneraría sus derechos fundamentales y los de su familia.
3. Ana María, es una mujer de la tercera edad, en situación de debilidad manifiesta, ya que presenta un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, lo que la ubica en estado de invalidez y por las condiciones de su enfermedad, es sujeto de especial protección, siendo la acción de tutela el medio más eficaz e idóneo que el proceso ordinario, para lograr la protección de su derecho.

## **2.5 ¿QUÉ ESTRATEGIA DARÍA PARA LOGRAR ESTO?**

Teniendo en cuenta que el Instituto de Seguros Sociales, al expedir el dictamen tomó como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que se realizó el diagnóstico de la enfermedad, y es esta situación la que ha generado el estado de desprotección, se revisa concienzudamente la historia clínica y se encuentra que el día 27 de febrero 2007, Ana María fue evaluada por Medicina Laboral del ISS y se definieron las secuelas definitivas de la enfermedad.

Así las cosas, la norma aplicable será el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, vigente al momento de la fecha de estructuración, es decir, cuando se establece la pérdida de capacidad laboral de forma definitiva y permanente.

El momento siguiente, será verificar si en este caso se cumple con el requisito de haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración. La historia laboral de la señora Salazar se adjunta en la Tabla No. 1

Se evidencia que la señora Ana María Salazar, cumple con el requisito de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración de su invalidez, razón por la cual la falta de reconocimiento de la pensión solicitada resulta injustificada y constituye una violación a su derecho fundamental a la seguridad social por parte del Instituto de Seguros Sociales.

Tabla No. 1: Historia Laboral

<b>HISTORIA LABORAL</b>				
<b>Identificación Empleado</b>	<b>Nombre o Razón Social</b>	<b>Ciclo</b>	<b>Fecha de pago</b>	<b>Días Reportados</b>
25586382	Ana María Salazar	2007/02	06/03/2007	0
25586382	Ana María Salazar	2007/01	05/10/2006	0
25586382	Ana María Salazar	2006/12	05/10/2006	0
25586382	Ana María Salazar	2006/11	03/08/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/10	03/08/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/09	06/07/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/08	06/07/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/07	05/05/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/06	04/04/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/05	03/03/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/04	04/02/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/03	05/01/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/02	05/01/2006	30
25586382	Ana María Salazar	2006/01	05/11/2005	30
25586382	Ana María Salazar	2005/12	05/11/2005	30
<b>TOTAL DIAS COTIZADOS</b>		<b>360</b>		
<b>TOTAL SEMANAS COTIZADAS</b>		<b>51.42</b>		

Fuente: Instituto de Seguros Sociales

### **3 RÉGIMEN LEGAL DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ EN COLOMBIA**

La seguridad social, entendida como protección integral del ser humano contra las necesidades sociales, agrupa, de acuerdo con los diversos criterios expuestos, en un sentido amplio: La previsión social, los seguros sociales para trabajadores particulares y los servidores públicos, la asistencia pública, la salud ocupacional, la política de empleo, la política de salarios, jornadas y descansos, la sanidad pública y la política de vivienda de interés social.

La seguridad social, es una política de estado, a través de la cual se busca la atención integral de las contingencias que puedan generar un estado de carencia; busca la liberación de toda necesidad y el bienestar de la población. Se tiene como un mecanismo de redistribución del ingreso y la búsqueda del bienestar general.

Con la Ley 6ª de 1945 se creó el régimen salarial y prestacional de los trabajadores del Estado colombiano, se creó CAJANAL y se permitió la organización de cajas de previsión social (Departamentos, Municipios, Establecimientos públicos), generando multiplicidad regímenes de previsión social. A partir de allí se desarrollan normas tales como los Decretos 3135 de 1968, 1848 de 1969, 1046 de 1978, Ley 33 de 1985 y Decreto 2879 de 1985 las cuales desarrollan la materia de seguridad social en el sector público; en el sector privado se desarrollan en la Ley 90 de 1946 con la creación del Instituto Colombiano de Seguros Sociales para garantizar el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y muerte para los trabajadores.

Posteriormente, con la Constitución Política de 1991 se introdujo en Colombia el derecho irrenunciable a la Seguridad Social cuando expresó: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación, y control del estado... Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”, constituyendo la gran conquista institucional del Siglo XX<sup>2</sup>, si se tiene en cuenta que fue el constituyente de 1991 quien dio el paso de la asistencia pública al Derecho a la Seguridad Social, con el objetivo de amparar a todos los residentes del territorio colombiano y frente a las contingencias de la vejez, la invalidez y la muerte, y otros servicios complementarios, de los cuales debe ser garante el Estado. Ya en Norteamérica, en 1936 se había expedido la “Social Security Act”, auspiciada por F.D. Roosevelt, definida como una “ciencia política que, mediante adecuadas instituciones técnicas de ayuda, previsión y asistencia, tiene por fin defender o propulsar la paz y la prosperidad general de la sociedad a través del bienestar individual”, a la cual se unen países europeos y se expiden varios instrumentos durante los años 1941 y 1942, en los cuales el denominador común es la garantía a los ciudadanos de las mejores condiciones de trabajo, de progreso económico y de seguridad social. En Inglaterra, Sir William Beveridge en 1942, publica un informe con el cual pretende reorganizar los incipientes sistemas de seguridad social bajo la concepción del amparo de los riesgos.

En Colombia, este avance se evidenció con la Ley 90 de 1946 que creó el Instituto Colombiano de Seguros Sociales que sustituye al empleador en el reconocimiento de algunas prestaciones económicas, que habían sido establecidas por la Ley 6 de 1945, entre ellas la pensión de invalidez. Con relación al estado de invalidez y su protección, el tránsito normativo se remonta a finales del Siglo XIX, con la Ley 50 de 1886 que establece una combinación de jubilación e invalidez, requiriendo veinte años de servicio, inutilización del trabajador en razón de su servicio y ciertas condiciones éticas y políticas.

---

<sup>2</sup> El ABEDUL. Gaceta Constitucional Edición No. 21, Bogotá, 15 de Marzo, 1991.

El régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales de las entidades descentralizadas, establecimientos públicos o empresas industriales y comerciales del Estado, adscritos o vinculados al Ministerio de Defensa Nacional, evoluciona y encuentra su consagración en el Decreto 2701 de 1988, cuyo artículo 42 expresaba: Calificación de la invalidez: La calificación de la invalidez se hará por las autoridades médicas del respectivo organismo que preste asistencia médica al empleado o trabajador. En caso de inconformidad por parte del empleado o trabajador o de la respectiva entidad, la calificación la hará el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social” y definía que “la invalidez que determine una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un setenta y cinco por ciento (75%), da derecho a una pensión pagadera por la respectiva entidad con base en la última asignación mensual devengada.”

Conforme al mandato del Artículo 48 de la Constitución Política de 1991, se expide la Ley 100 de 1993, mediante la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, siendo el Sistema General de Pensiones, uno de sus pilares básicos, garantizando las “contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones”.

Para el procedimiento de calificación del estado de invalidez, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 consagró que “El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el Gobierno Nacional, que deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación, para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de la capacidad laboral”.

En materia de reconocimiento de la pensión de invalidez, se parte del Acuerdo 049 de Instituto de Seguros sociales, aprobado por el Decreto 758 de 1990, que en el Artículo 6, exigía 300 semanas cotizadas en cualquier época o 150 semanas dentro de los seis años anteriores al advenimiento de la invalidez, como presupuesto para el reconocimiento de dicha prestación económica.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, se introdujeron modificaciones sustanciales para acceder a este derecho, y es así como el artículo 39, tiene en cuenta como único parámetro la fecha del evento causante de la incapacidad y a partir de éste considera como requisito el haber cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez, o quien 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.

Posteriormente, la Ley 797 de 2003 en el artículo 11 modifica estos requisitos haciéndolos más gravosos, ya que para el acceso a la pensión de invalidez, exige el que se haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración o del evento y la fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, salvo en el caso de los menores de 20 años, quienes solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria y en aquellos afiliados que hayan cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, quienes solo requerirán que hayan cotizado 25 semanas en los últimos tres años. Esta norma fue declarada inexecutable por vicios de procedimiento en su formación, mediante sentencia C-1056 de Noviembre 11

de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra y el 29 de Diciembre de 2003, entra en vigencia la Ley 860, que establece requisitos similares a los de la norma derogada disminuyendo la fidelidad al sistema al 20%.

Bajo los parámetros establecidos en el Artículo 1º de la Ley 860 de 2003 se estudian numerosas solicitudes de pensión de invalidez, que a la postre fueron negadas por la exigencia del requisito de fidelidad al sistema, o por la exigencia de las 50 semanas cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez, lo que lleva a la Corte Constitucional al estudio del tema, dentro del marco de la progresividad de los derechos sociales constitucionales y su prohibición de regresividad.

Por tratarse la seguridad social, de un derecho económico, social y cultural, es inherente a él, la característica de progresividad, tema que ha sido tratado en diversos instrumentos internacionales, en los cuales se ha señalado que a la normatividad de los países en materia de derechos sociales prestacionales, no le es dable desmejorar beneficios o establecer medidas que impliquen retroceso en los niveles de protección alcanzados: El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), entre otros, la doctrina y la jurisprudencia que ha interpretado el alcance de los derechos sociales, ha señalado que toda medida que pueda considerarse regresiva, que desmejore la protección ya alcanzada por un derecho social, es contraria al mandato de progresividad y por ello su constitucionalidad debe ser examinada cuidadosamente, en especial cuando el titular de los derechos sociales corresponde a personas de especial protección, como se da en los casos de personas con discapacidad. El análisis de los dos nuevos requisitos para acceder a una pensión de invalidez, permite concluir que el incremento de 26 a 50 semanas mínimas exigidas, no implica regresividad, toda vez que también aumentó el plazo para la validez de las mismas a tres años, mientras que en el

caso de la fidelidad, la exigencia de una densidad mínima de cotizaciones, si mostró la imposición de cargas mayores a personas de especial protección. Con base en lo anterior, la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-428 de 2009 declara inexecutable el requisito de la fidelidad al sistema para acceder a la pensión de invalidez, por desconocer el principio de progresividad en materia de derechos prestacionales.

#### **4 EL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN MATERIA DE PENSIÓN DE INVALIDEZ**

La ratificación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), implica para Colombia, compromisos y obligaciones con respecto a los derechos sociales, siendo una de ellas, la prohibición de adoptar medidas de tipo regresivo.

El principio de progresividad de los derechos sociales quedó establecido en la Constitución Política en el artículo 48: “La seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.” Así mismo instrumentos internacionales han desarrollado este principio por el cual, el legislador no puede desmejorar beneficios establecidos en la normatividad. Así se pronunció el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, intérprete del PIDESC, en la Observación General No. 3: “Todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán de consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de recursos de que se disponga.” Es por ello que la jurisprudencia y la doctrina han considerado que todo retroceso frente a un nivel de protección alcanzado en materia de derechos sociales está prohibido y requiere un juicio constitucional cuidadoso, en el cual corresponde al Estado demostrar fehacientemente:

1. Que la medida establecida, busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa,
2. Que se demuestre que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida,
3. Que evaluadas diversas alternativas, la medida es necesaria para el fin propuesto,
4. Que no se afecta el contenido mínimo del derecho social comprometido
5. Que el beneficio que se pretende, es superior al costo que aparece.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional realizó los estudios de proporcionalidad y razonabilidad de los nuevos requisitos incorporados por la normatividad, para acceder a la pensión de invalidez. Fueron entonces valorados frente a la defensa del interés general, a la ampliación progresiva de la cobertura social, a la sostenibilidad financiera y al bienestar de futuras generaciones.

Aunado a ello, se tuvo en cuenta el principio de favorabilidad, que en materia laboral, implica la condición más favorable o beneficiosa frente al conflicto generado por las nuevas normas. No obstante lo anterior, también ha dejado claro la Corte, que el legislador no está obligado a mantener en el tiempo, las expectativas que tienen los ciudadanos frente a la nueva normatividad, ya que son prioritarios los intereses que permitan dar cumplimiento a los fines del Estado Social de Derecho, pero también es claro, que cuando una norma es regresiva, sobre ella pesa la presunción de inconstitucionalidad prima facie y por ello debe darse un juicio estricto de razonabilidad y proporcionalidad en el tránsito normativo, ya que un retroceso en principio cobijado por la presunción de inconstitucionalidad, puede a la postre, ser justificable.

Con base en lo anterior, la Corte Constitucional avocó el estudio de la Ley 860 de 2003, normatividad que modificó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. En ocasiones previas, la misma Corporación en estudio de tutelas seleccionadas, inaplicó por inconstitucionales los requisitos introducidos por la nueva ley ya que consideró que eran más gravosos frente a la normatividad anterior, Ley 100 de 1993. Frente a este aspecto, se analizaron los requisitos de fidelidad y de cotizar 50 semanas en los últimos tres años a la fecha de estructuración o al hecho causante de la invalidez. Se parte de la base que la población beneficiaria de una pensión de invalidez corresponde a personas con algún grado de discapacidad, acreedoras a protección especial por encontrarse en debilidad manifiesta.

Con respecto a la fidelidad, corresponde a la exigencia de una densidad de cotizaciones de al menos el 20% de las semanas posibles, dentro del tiempo transcurrido entre los 20 años y la edad en que ocurre el evento que genera la pérdida de capacidad laboral invalidante. La inclusión de este requisito buscaba la promoción de la cultura de afiliación al sistema de seguridad social en salud y como consecuencia, la sostenibilidad financiera del mismo, reducir el déficit fiscal y evitar la evasión y el fraude. En el análisis de este requisito, concluyó la Corte que limitaba el acceso al beneficio pensional a una población de especial protección y que el pretendido fin de buscar estimular la afiliación no puede menoscabar los derechos de personas ya afiliadas al sistema, bajo otras reglas, cuando debería ser una norma hacia el futuro, puesto que los ya afiliados no tendrían manera de cumplir este requisito, generando la imposibilidad de acceder a la pensión de invalidez<sup>3</sup>, especialmente en un país donde la inestabilidad laboral no le ha permitido a las personas mantener sus cotizaciones durante el tiempo, sin que el Estado hubiera implementado medidas para su evitarlo. Con estas consideraciones, el requisito de fidelidad fue declarado inexecutable por la Corte

---

<sup>3</sup> Corte Constitucional: Sentencia T-221, 2006: M.P. Rodrigo Escobar Gil.

Constitucional mediante sentencia C-428 de 2009, con ponencia del Dr. Mauricio González Cuervo.

Con relación al requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres años, también en la misma sentencia aludida, se realizó el estudio de razonabilidad y proporcionalidad, evidenciándose en este caso, que si bien es cierto se pasó de 26 a 50 semanas, también se amplió el rango temporal para hacerlas válidas, de uno a tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, lo que favoreció a población que no hubiera estado cotizando en el año anterior a la configuración de su estado de invalidez. Con base en informes estadísticos realizados por la Superintendencia Financiera, se encontró que los cotizantes en pensiones que no gozaban de empleo permanente, lograban en promedio 16.6 semanas por año<sup>4</sup>. En este caso, el análisis le permitió a la Corte concluir que a contrario sensu del requisito de fidelidad, en este caso, se favorecía a un grupo poblacional que podía estar afectado por la inestabilidad laboral y por ende, se desvirtúa la presunción de regresividad y acorde con el principio de libertad de configuración del legislador, declara exequible este requisito.

---

<sup>4</sup> Superintendencia Financiera: Octubre, 2008.

## 5 LA FECHA DE ESTRUCTURACIÓN DE LA INVALIDEZ

Si la fecha de estructuración de la invalidez define el acceso a la pensión, se debe analizar cuidadosamente la forma como se establece en los diferentes casos, si se tiene en cuenta que el estado de invalidez puede estar derivado de un accidente, de enfermedades congénitas, de enfermedades crónicas que tiene desarrollo lento y progresivo, o enfermedades sobrevivientes.

Se debe tener en cuenta lo establecido en el Decreto 917 de 1993, Artículo 3º que define la Fecha de Estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral, como “aquella en la que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.

Lo anterior significa que, en caso de enfermedades de desarrollo lento y progresivo de la enfermedad, se hace indispensable revisar hasta qué fecha el individuo ha conservado sus capacidades funcionales y cuándo se genera una pérdida de capacidad laboral equivalente al 50% o más, y para ello se debe tener en cuenta:

- a. Que no exista previamente un dictamen en el que constara la condición de invalidez.
- b. Que haya mantenido su vinculación laboral,
- c. Que haya continuado realizando aportes al sistema de seguridad social

En estos casos, se debe tener como criterio, que la pérdida de capacidad laboral se da en forma gradual y progresiva, y solo cuando se produce el retiro laboral por causa del compromiso sistémico que puede generar la enfermedad o se inicia el ciclo de incapacidades continuas, con un concepto de rehabilitación no favorable,

esto es la pérdida de capacidad laboral del 50% o más, será el momento para establecer la fecha de declaratoria de la invalidez permanente y definitiva.

Es indispensable que al momento de calificar, se verifiquen los antecedentes laborales del individuo solicitante de la calificación de invalidez y para ello se debe tener en cuenta:

- a. La historia laboral que pueda aportar el individuo,
- b. Evaluaciones de puestos de trabajo, si aplican,
- c. El informe de las Entidades Promotoras Salud o de las Entidades Administradoras de Fondos de Pensiones o de Riesgos Profesionales, donde conste la vinculación laboral,
- d. Los aportes al Sistema de Seguridad Social,
- e. La fecha de inicio de incapacidades temporales

La información anterior, permitirá establecer, hasta cuándo le fue posible continuar desarrollando sus actividades propias de su oficio o labor. El análisis de estos datos, permiten definir la fecha de estructuración de invalidez, cuando efectivamente exista una pérdida objetiva de la capacidad laboral equivalente al 50% o más, en forma permanente y definitiva, además de ser el parámetro para fijar la minusvalía ocupacional.

Al momento de establecer la fecha de estructuración de la invalidez de un paciente, es muy importante, el conocimiento de la actividad laboral que el paciente desarrollaba y el instante a partir del cual dejó de desempeñar materialmente su actividad laboral productiva:

## **6 CONOCIMIENTO DE LA ACTIVIDAD LABORAL QUE EL PACIENTE DESARROLLABA:**

Para el Médico y Psicólogo o Terapeuta Ocupacional que intervienen en la calificación, es muy importante contar con información al respecto de la actividad laboral que el paciente desarrollaba, ya que ello permite la adecuación de la Minusvalía Ocupacional, que se refiere a la “desventaja del individuo derivada de la disminución o pérdida de su capacidad laboral para desempeñar una actividad laboral remunerada para la cual el individuo ha sido capacitado y/o contratado”. En la cuantificación de este ítem, se deben tener en cuenta los aspectos socio-demográficos del individuo sujeto a calificación, y los resultados del proceso de rehabilitación integral en el trabajador, entendidos como reinserción, reubicación, readaptación y reconversión. Por ello como lo expresa el Decreto 917 de 1999, “La evaluación de la minusvalía ocupacional requiere de la comparación juiciosa entre las características y las capacidades del trabajador (perfil) y características y exigencias del puesto de trabajo o labor a desempeñar (evaluación del puesto de trabajo). Además, cuando se refiere al término ocupación, necesariamente se debe tener en cuenta la actividad laboral desarrollada por el paciente: “Ocupación es la capacidad que tiene el individuo para emplear su tiempo en forma acostumbrada teniendo en cuenta su sexo, edad, formación académica y cultural”.

## **7 EL INSTANTE A PARTIR DEL CUAL DEJÓ DE DESEMPEÑAR MATERIALMENTE SU ACTIVIDAD LABORAL PRODUCTIVA:**

Definir este momento, permite establecer, de manera objetiva, el momento de la pérdida de capacidad que impide continuar con su actividad laboral, especialmente en aquellos casos de enfermedades congénitas, crónicas o degenerativas, en las cuales, no obstante tener el diagnóstico, la enfermedad les ha permitido desarrollar actividades laborales (Trabajo habitual, definido por el Decreto 917 de 1999 como “aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social) ; en estos casos, la pérdida de capacidad laboral se da de manera gradual y progresiva, hasta generar una pérdida de capacidad laboral de 50% o más, y será en ese momento en el cual, se establezca la fecha de estructuración o de declaración de la invalidez en forma permanente y definitiva. En algunos casos, es posible que se tome como fecha de estructuración de la invalidez, aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la patología o, la que coincide con el día en que se llevó a cabo la calificación”:

La jurisprudencia ha estudiado numerosos casos en los cuales, tanto las Administradoras de Fondos de Pensiones, como las Juntas de Calificación de Invalidez, han definido como fecha de estructuración, aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad: Utilizar la aparición del primer síntoma para establecer la fecha de estructuración de la invalidez en enfermedades crónicas, degenerativas o de progresión lenta, podría vulnerar derechos al trabajador que no obstante la enfermedad, ha continuado cotizando<sup>5</sup>. Es dable utilizar esa fecha, en

---

<sup>5</sup> Sentencia T-163-2011: M.P. María Victoria Calle Correa.

los casos de enfermedades congénitas, en las cuales, desde el momento del diagnóstico es clara invalidez permanente y definitiva, que no permitió el desarrollo de actividad laboral alguna, como casos de insuficiencias motoras de origen cerebral con retardo mental severo (IMOC), en los casos en los cuales una enfermedad o un accidente afecten de manera inmediata la capacidad productiva del individuo, es decir, no pudo seguir desarrollando las actividades propias de su oficio o labor, y por ende se tendrá en cuenta ese momento para estructurar la invalidez.

## BIBLIOGRAFIA

- LOPEZ V., E.: SEGURIDAD SOCIAL. TEORIA CRÍTICA. Tomos 1 y 2. Medellín: Sello Editorial, Universidad de Medellín, 1ª Edición, 2011.
- RODRIGUEZ M., R.: ESTUDIOS SOBRE SEGURIDAD SOCIAL. Barranquilla: Grupo Editorial Ibáñez, Universidad del Norte, 2011.
- CORTÉS H., O.I.: DERECHO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, Bogotá: Ediciones del Profesional Ltda, 4ª Edición, 2011.
- ARENAS M., G.: EL DERECHO COLOMBIANO DE LA SEGURIDAD SOCIAL. Bogotá: Editorial Legis, Colombia. Marzo, 2011.
- VALLEJO C., F.: DERECHO PROCESAL DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL. PRÁCTICA FORENSE. Medellín: Librería Jurídica Sánchez R. Ltda. Colombia. Junio, 2006.
- PATIÑO B., C.A.: LA TUTELA EN PENSIONES. TEÓRICO-PRÁCTICO. Bogotá: Editorial Leyer, Colombia. Febrero, 2006.
- DUEÑAS R., O.J.: LAS PENSIONES. TEORÍA, NORMAS Y JURISPRUDENCIA. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda. 4ª Edición, Colombia. Agosto, 2010.
- CRISTANCHO M., J.P.; CRISTANCHO M., A.: Nueva Reforma Pensional. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda, Colombia. Junio, 2008.
- FERRO, M. y MONTERO, A.: Y DE MI PENSION QUÉ?. Bogotá: Intermedios Editores Ltda., Colombia, 2009.

## **OTRAS FUENTES**

### **Normatividad Colombiana:**

1. Ley 100, 1993
2. Ley 860, 2003
3. Decreto 917, 1999
4. Decreto 2463, 2001
5. Decreto 0019, 2012

### **Jurisprudencia:**

- Corte Constitucional: Sentencia T-221-2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil
- Corte Constitucional: Sentencia T-043-2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño
- Corte Constitucional: Sentencia T-752-2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto
- Corte Constitucional: Sentencia C-428-2009, M.P. Mauricio González Cuervo
- Corte Constitucional: Sentencia T-345-2009, M.P. María Victoria Calle Correa
- Corte Constitucional: Sentencia T-138-2010, M.P. Mauricio Cuervo González
- Corte Constitucional: Sentencia C-228-2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez
- Corte Constitucional: Sentencia T-163-2011, M.P. María Victoria Calle Correa
- Corte Constitucional: Sentencia T-432-2011, M.P. Mauricio González Cuervo
- Corte Constitucional: Sentencia T-594-2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio
- Corte Constitucional: Sentencia T-671-2011, M.P. Humberto Sierra Porto
- Corte Suprema de Justicia: Radicación 42029 – 30/08/2011 – M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz
- Corte Suprema de Justicia: Radicación 41970 – 12/07/2011 – M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón
- Corte Suprema de Justicia: Radicación 42166 – 19/07/2011 – M.P. Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

### **Informes**

- Superintendencia Financiera