

Sentencia T-103/08

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para reconocimiento y pago y cambio introducido por Ley 860/03

El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, recogido en la ley 100 de 1993 definió en el artículo 39 los requisitos que debe acreditar todo trabajador para lograr obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Este artículo fue modificado por la ley 797 de 2003, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056/03. Posteriormente, la ley 100 de 1993 fue nuevamente modificada por la ley 860 de 2003 que entró en vigencia a partir del 26 de diciembre de 2003 y que cambió las condiciones previstas para acceder a la pensión de invalidez.

PENSION DE INVALIDEZ DE PERSONA DIABETICA-Caso en que padece neuropatía diabética y pérdida de capacidad laboral del 53%

PENSION DE INVALIDEZ-Se negó su reconocimiento por no reunir el requisito de fidelidad al sistema de pensiones

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Aplicación a la pensión de invalidez

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago

ACCION DE TUTELA-Procedencia por cuanto se cumplen los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez/ACCION DE TUTELA-Aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993

LEY 860/03-Impone mayores exigencias para acceder a pensión de invalidez/LEY 860/03-Regulación regresiva en materia de pensión de invalidez

La Corte ha concluido que el nuevo régimen resulta prima facie contrario al principio de progresividad de los derechos sociales. Sin embargo, la comprobación de la regresividad de la medida adoptada por la ley 860 de 2003 es propia de un juicio de constitucionalidad abstracto, por lo que el juez de tutela carece de competencia para realizar una declaración en este sentido. En consecuencia, la Corte dispuso que no era suficiente constatar las

dificultades sobre la regresividad de la medida, sino que era necesario que concurren otras circunstancias de orden fáctico que deben verificarse en los casos concretos. En este sentido, la Corte ha indicado que debe comprobarse que la aplicación de la medida que aparece prima facie regresiva resulta efectivamente desproporcionada. Para este efecto, dispuso que deben concurrir dos circunstancias fácticas precisas: (1) la proximidad temporal entre la fecha de la estructuración de la invalidez y la entrada en vigencia del nuevo régimen que incrementó los requisitos para acceder a la prestación y, (2) el cumplimiento de los requisitos legales consagrados en el régimen de la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

PENSION DE INVALIDEZ-Caso en que el ISS negó el reconocimiento con base en la modificación que hizo la Ley 860/03/PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD-No sólo por la negativa de la pensión en aplicación de la Ley 860/03 puede entenderse que la actuación del ISS resulta arbitraria o desproporcionada/PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Caso en que la estructuración de la invalidez y el cambio normativo se produjo con una proximidad cierta de un día/PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Caso en que la demandante cumple con los requisitos del régimen anterior

El ISS negó el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en la modificación que introdujo la ley 860 de 2003 al régimen de pensiones por invalidez, el cual era el régimen aplicable, dado que la estructuración de la invalidez se produjo el 27 de diciembre del mismo año, fecha para la cual ya estaba vigente el mencionado régimen. La Corte en su jurisprudencia tiene establecido que la ley 860 de 2003 incrementó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Asimismo, la modificación legal no previó un régimen de transición para introducir este aumento. Además, se encuentra demostrado que este cambio legislativo afecta de manera considerable a las personas de la tercera edad. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que no por el simple hecho de que la negación de la pensión se de con base en la aplicación de la ley 860 de 2003 puede entenderse que la actuación de la entidad accionada resulta arbitraria o desproporcionada. Como lo ha expresado la Corte, es necesario que en el caso concreto se logre establecer que existe una proximidad cierta entre el momento de la estructuración de la invalidez y el cambio normativo. Al respecto, en el presente caso se tiene que la autoridad competente certificó que la invalidez se estructuró el 27 de diciembre de 2003 y la entrada en vigencia de la ley 860 de 2003 se dio el 26 de diciembre del mismo año, por lo tanto, se tiene que el día

inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez entró en vigencia el nuevo régimen, de tal forma que se tiene una proximidad cierta de 1 día, por lo cual la Corte da por cumplido este requisito. Asimismo, como lo estableció la Corte anteriormente, debe acreditarse que la Señora cumple con los requisitos exigidos en el régimen anterior para el reconocimiento de la pensión de invalidez. De tal forma que debe la Corte verificar si se cumplen con los requisitos de la ley 100 de 1993 en su versión original.

La Corte encuentra que el ISS vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en la ley 860 de 2003, debido a que la aplicación de este régimen al caso concreto resulta desproporcionado. Por lo tanto, se ordenará al ISS para que proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de la accionante con base en el régimen consagrado en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original.

Referencia: expediente T-1.770.827

Acción de tutela presentada por María Doris Benavides Valencia contra el Instituto de Seguros Sociales ISS.

Magistrado Ponente:

Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D.C., ocho (8) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

en el trámite de revisión de los fallos del Juzgado Once Penal del Circuito de Cali y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal que resolvieron la acción de tutela interpuesta por María Doris Benavides Valencia contra el Instituto de Seguros Sociales ISS.

I. ANTECEDENTES

1. La acción de tutela

1. El 25 de abril de 2006 María Doris Benavides Valencia solicitó al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. El 21 de febrero de 2007 el ISS negó el reconocimiento de la pensión con base en las siguientes consideraciones: según el dictamen médico de la Junta Regional de Invalidez, la señora María Doris presentó una pérdida de la capacidad laboral del 53% por “neuropatía diabética” con fecha de estructuración el 27 de diciembre de 2003. Con base en esta información, el ISS explicó que el régimen aplicable era la ley 860 de 2003 que entró a regir a partir del 26 de diciembre de 2003. De tal forma concluyó que la señora María Doris cuenta con 27 semanas cotizadas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez, sin que alcance a cumplir con lo requerido por la ley 860/03 pues se exige cotizar 50 semanas durante el periodo mencionado. Asimismo, el ISS señaló que no cumple con el requisito del 20% de fidelidad de cotización al sistema que requería tener cotizadas 370 semanas desde que la Señora María Doris cumplió 20 años de edad hasta la fecha de la primera calificación de la invalidez y la peticionaria cuenta con un total de 297 semanas cotizadas.

Manifestó la Señora María Doris que la anterior decisión del ISS vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la protección especial de las personas inválidas y de la tercera edad. Argumentó que la vulneración está dada por un error en la fecha de inicio de sus incapacidades que determinan la estructuración de la invalidez. Según la accionante, sus incapacidades iniciaron el 3 de mayo de 2003 y en esa medida los 180 días continuos de incapacidad se cumplían el 3 de noviembre del mismo año. Por lo anterior, para la accionante el régimen aplicable es el artículo 39 de la ley 100 de 1993, y no la ley 860 de 2003 porque para el momento de la estructuración de la invalidez dicha ley no estaba aún vigente.

La Señora María Doris explicó que actualmente cuenta con 60 años de edad y por su enfermedad no puede trabajar, lo que la imposibilita para obtener los recursos para su

atención médica y demás necesidades básica. Solicita en la acción de tutela el reconocimiento de la pensión de invalidez como mecanismo transitorio mientras acuden ante la jurisdicción laboral.

2. Decisiones judiciales objeto de revisión

2.1 Primera Instancia

El Juzgado Once Penal del Circuito de Cali, Valle a través de sentencia del 31 de julio de 2007 negó el amparo solicitado. Consideró el juez de instancia que la entidad accionada denegó erradamente la pensión de invalidez. Así lo manifestó el juez: “(...) que atendiendo el craso error en que incurrió el Instituto de Seguros Sociales al expedir la resolución No. 02032 del 21 de febrero de 2007 que denegó equivocadamente a ella la pensión de invalidez (...)”.

Pero para el juez de primera instancia para el caso en estudio existen otros medios de defensa judicial que pueden ser empleados por la accionante. Además no se evidencia una situación de perjuicio irremediable que haga procedente el amparo como mecanismo transitorio, explicó el juez que: “(...) pese a sus lamentables limitaciones físicas, ha podido sobrellevar la situación y por ende, si superó sin contratiempos ese difícil tiempo, es por cuanto de alguna manera puede hacerlo sin sucumbir, obteniendo por otros medios los recursos propios de su subsistencia, ya que las condiciones que sobrellevó en el pasado, son las mismas que ahora trata de aducir (...)” “

Por otra parte, el juez de instancia da cuenta que en el caso en estudio no se tiene claridad sobre el régimen aplicable sin que sea competente el juez de tutela para definir la controversia que se presenta. Explicó el juez: “(...) demasiado controversial al asunto sometido a la acción de tutela, que como se advierte es menester realizar el estudio comparativo de unas y otras normas para determinar a quién le asiste la razón, asunto reservado exclusivamente al juez competente (...)”

2.2 Segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de decisión Penal confirmó la decisión del juez de instancia con base en las mismas consideraciones.

I. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1. La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de tutela de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

Problema Jurídico

2. Con base en los antecedentes anteriormente sintetizados, la Corte deberá establecer si para el caso concreto se vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante María Doris Benavides Valencia. En este caso la Corte se ocupará de estudiar la actuación de la entidad accionada que negó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de la accionante. En especial la Corte se concentrará en las fuentes normativas que presentó la entidad para negar el reconocimiento, pues si bien estaban vigentes al momento en que se estructuró la invalidez, establece unos requisitos que resultan ser más exigentes para el reconocimiento de la pensión de invalidez en comparación con la ley 100 de 1993 y que prima facie, comportaría una medida de carácter regresivo en materia de derechos sociales.

Para resolver el problema jurídico planteado la Corte partirá su análisis reiterando los presupuestos procesales para la procedencia de la acción de tutela cuando se trata del reconocimiento y pago de pensiones. Posteriormente y con base en el precedente consolidado sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez, el cambio normativo introducido por la ley 860 de 2003 y su relación con el principio de progresividad de los derechos sociales se pasará a resolver el problema de fondo anteriormente expuesto.

Reconocimiento y pago de pensiones. Postulados procedimentales para su procedibilidad.
Reiteración de Jurisprudencia.

3. En principio, según lo dispuesto por la reiterada jurisprudencia de esta Corporación, la acción de tutela es improcedente para el reconocimiento y pago de pensiones¹, básicamente por dos razones. En primer lugar, porque la seguridad social no es reconocida como un derecho fundamental autónomo, sino como un derecho social que no tiene aplicación

inmediata, y en esa medida, le compete al legislador definir su contenido que permita establecer las condiciones bajo las cuales puede ser adjudicado. Para la Corte la seguridad social es un derecho de carácter programático que depende del desarrollo prestacional y organizacional que desarrolle el Estado y la acreditación por parte del trabajador de los requisitos definidos por el legislador.

La segunda razón, de tipo procedimental, tiene que ver con el desarrollo legal de mecanismos judiciales para solicitar el reconocimiento y pago de pensiones, que ante el carácter residual de la acción de tutela, en principio, el amparo carece de la entidad suficiente para desplazar a los mecanismos especializados desarrollados por el legislador.

4. No obstante lo anterior, la jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha dispuesto que el reconocimiento y pago de la pensión puede llegar a superar el rango de un conflicto legal y adquirir plena relevancia constitucional. Según la jurisprudencia que aquí se reitera², la Corte ha definido que bajo ciertas circunstancias que deberán reflejarse en el caso bajo examen, la acción de tutela puede llegar a amparar los derechos fundamentales que sean vulnerados ante la falta del reconocimiento y pago de las mesadas pensionales.

La Corte ha reconocido que si bien se trata de un derecho que carece del carácter de fundamental, su falta de reconocimiento puede conducir a la afectación de otros derechos que sí son fundamentales, como la vida, el mínimo vital o la dignidad humana³. Pero para que la acción de tutela sea procedente no basta con que se verifique la conexidad con un derecho fundamental. Como lo ha dispuesto en distintas oportunidades esta Corporación, en el caso concreto deberán verificarse los siguientes presupuestos:

- i. Que la acción de tutela se presente como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.
- ii. Que la falta del reconocimiento de la pensión afecte un derecho fundamental.
- iii. Que la negativa del reconocimiento de la pensión se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en

caso de que sea un particular que presta este servicio público.

En relación con el primer requisito, ante la presencia de otros mecanismos de defensa judicial dispuestos para el reconocimiento y pago de las pensiones, debe verificarse que la tutela se muestra como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable en contra del accionante.

Con el fin de constatar la inminencia de un perjuicio iusfundamental irremediable, la doctrina constitucional consolidada prevé que para comprobar este requisito debe acreditarse en el caso concreto que:⁴ (i) se esté ante un perjuicio inminente o próximo a suceder, lo que exige un grado suficiente de certeza respecto de los hechos y la causa del daño; (ii) el perjuicio debe ser grave, esto es, que conlleve la afectación de un bien susceptible de determinación jurídica, altamente significativo para la persona; (iii) se requieran de medidas urgentes para superar el daño, las cuales deben ser adecuadas frente a la inminencia del perjuicio y, a su vez, deben considerar las circunstancias particulares del caso; y (iv) las medidas de protección deben ser impostergables, lo que significa que deben responder a condiciones de oportunidad y eficacia, que eviten la consumación del daño irreparable.

De la misma manera, el precedente constitucional dispone que la evaluación de los anteriores requisitos no se reduce a un simple escrutinio fáctico, sino que debe tomar en consideración las circunstancias particulares del accionante que resulten relevantes para la determinación del perjuicio. Esto resulta particularmente especial cuando se trata de aquellos sujetos que la Constitución ha dispuesto que gozan de una especial protección, pues ésta circunstancia tiene una incidencia directa sobre la intensidad en el análisis que debe hacerse sobre la procedencia de la acción de tutela, ya que para la Corte la debilidad manifiesta de este grupo poblacional obliga a un tratamiento preferente en términos de acceso a la administración de justicia.

Frente al segundo requisito, la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, como ya se explicó, debe verificarse que exista un nexo de conexidad entre la negación del derecho prestacional y la afectación directa a un derecho fundamental como el mínimo vital, la vida o la integridad personal.

Finalmente es necesario verificar que la falta del reconocimiento de la pensión se origine en actuaciones que resulten manifiestamente ilegales o inconstitucionales. Si bien el juez de

tutela no es competente para resolver este tipo de conflictos, cuando se está ante la presencia de un error evidente, pese a estar plenamente demostrado que la persona tiene el correspondiente derecho, la acción de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales que puedan estar afectados.

Requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez y el cambio normativo introducido por la ley 860 de 2003. Reiteración de jurisprudencia.

5. El precedente consolidado de esta Corporación ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el problema jurídico que ha sido planteado en el presente caso, por lo tanto, a continuación se presentará una breve síntesis de las reglas jurisprudenciales que ya han sido definidas por esta Corporación⁵.

6. El Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, recogido en la ley 100 de 1993 definió en el artículo 39 los requisitos que debe acreditar todo trabajador para lograr obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez⁶. Este artículo fue modificado por la ley 797 de 2003, la cual fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-1056/03. Posteriormente, la ley 100 de 1993 fue nuevamente modificada por la ley 860 de 2003 que entró en vigencia a partir del 26 de diciembre de 2003 y que cambió las condiciones previstas para acceder a la pensión de invalidez⁷.

7. Como ha explicado la Corte, el amparo será procedente cuando la negativa en el reconocimiento de la pensión de invalidez esté sustentada en una norma que, prima facie, fuera contraria al principio de progresividad de los derechos sociales. Para el caso que se analiza la Corte ha constatado que de la comparación de los requisitos dispuestos por la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez, de cara a las modificaciones introducidas por la ley 860 de 2003, se obtiene lo siguiente:

(1) el nuevo régimen establece unos requisitos más exigentes que la legislación anterior. En efecto, se constató que el nuevo régimen exige: i) un número mayor de semanas para obtener el reconocimiento de la pensión; ii) que el cotizante se encuentre afiliado al sistema; iii) que exista una fidelidad mínima de afiliación⁸.

(2) Que las modificaciones introducidas afectan de forma considerable y con mayor intensidad a las personas de la tercera edad o que se encuentran en situación de discapacidad, quienes son consideradas como sujetos de especial protección constitucional⁹.

(3) Que las modificaciones introducidas no contemplan medidas alternativas como un régimen de transición, que permitan aminorar la afectación desproporcionada que sufren quienes al momento de la modificación legal se encuentran cotizando¹⁰.

8. Con base en las anteriores consideraciones la Corte ha concluido que el nuevo régimen resulta prima facie contrario al principio de progresividad de los derechos sociales. Sin embargo, la comprobación de la regresividad de la medida adoptada por la ley 860 de 2003 es propia de un juicio de constitucionalidad abstracto, por lo que el juez de tutela carece de competencia para realizar una declaración en este sentido. En consecuencia, la Corte dispuso que no era suficiente constatar las dificultades sobre la regresividad de la medida, sino que era necesario que concurren otras circunstancias de orden fáctico que deben verificarse en los casos concretos. En este sentido, la Corte ha indicado que debe comprobarse que la aplicación de la medida que aparece prima facie regresiva resulta efectivamente desproporcionada. Para este efecto, dispuso que deben concurrir dos circunstancias fácticas precisas: (1) la proximidad temporal entre la fecha de la estructuración de la invalidez y la entrada en vigencia del nuevo régimen que incrementó los requisitos para acceder a la prestación y, (2) el cumplimiento de los requisitos legales consagrados en el régimen de la ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Estudio del caso concreto.

9. Para el caso sometido a revisión se hará el siguiente análisis: en primer lugar se someterán a verificación las reglas jurisprudenciales anteriormente expuestas acerca de la procedencia de la acción de tutela cuando se trata del reconocimiento y pago de acreencias laborales que en este caso es la pensión de invalidez. Una vez superada esta primera etapa de análisis, se pasará a verificar si en el caso concreto la aplicación de la ley 860 de 2003 resulta desproporcionada y por lo tanto se vulnera el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante.

10. De las pruebas que obran en el expediente se obtiene que la accionante cuenta

actualmente con 60 años de edad y que padece de “neuropatía diabética” que le produjo una pérdida de la capacidad laboral del 53% según el dictamen médico elaborado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez. Como se explicó en las consideraciones de esta sentencia, la evaluación del perjuicio irremediable debe dar cuenta de las especiales condiciones del peticionario, que para este caso reúne dos circunstancias que ameritan una especial protección constitucional, al tratarse de una persona de la tercera edad y que debido a su enfermedad se encuentra incapacitada para su desempeño laboral. Adicionalmente, como lo manifiesta la accionante en su acción de tutela se trata de una persona de escasos recursos que requiere tratamiento médico para la enfermedad que padece y demás necesidades básicas. Por lo anterior encuentra la Corte que en el caso se acredita la existencia de un perjuicio irremediable y por lo tanto se cumple con el primer requisito de procedencia de la acción de tutela.

Asímismo, la Corte tiene establecido que existe una presunción acerca de la existencia del perjuicio irremediable y a su vez, la afectación cierta a un derecho fundamental cuando se niega el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que ante la pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, para la Corte, dicha situación deja en un estado de indefensión al accionante que no puede acceder a la oferta laboral por causa de su invalidez. En adición a lo anterior, del expediente no se desprende que la accionante cuente con otras fuentes de ingresos o posea bienes de fortuna que le permitan cubrir los costos de su enfermedad y su sustento mínimo. De tal forma que la Corte encuentra acreditados los requisitos procedimentales de la existencia de un perjuicio irremediable y la conexidad con un derecho fundamental.

11. Finalmente, queda por establecer si la actuación del ISS al negar la pensión de invalidez puede ser considerado como un acto contrario a la Constitución o la ley que vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante.

Como se explicó en los antecedentes de esta providencia, el ISS negó el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en la modificación que introdujo la ley 860 de 2003 al régimen de pensiones por invalidez, el cual era el régimen aplicable, dado que la estructuración de la invalidez se produjo el 27 de diciembre del mismo año, fecha para la cual ya estaba vigente

el mencionado régimen.

Como quedó consignado, la Corte en su jurisprudencia tiene establecido que la ley 860 de 2003 incrementó los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Asimismo, la modificación legal no previó un régimen de transición para introducir este aumento. Además, se encuentra demostrado que este cambio legislativo afecta de manera considerable a las personas de la tercera edad. No obstante, la jurisprudencia constitucional ha enfatizado que no por el simple hecho de que la negación de la pensión se de con base en la aplicación de la ley 860 de 2003 puede entenderse que la actuación de la entidad accionada resulta arbitraria o desproporcionada.

Como lo ha expresado la Corte, es necesario que en el caso concreto se logre establecer que existe una proximidad cierta entre el momento de la estructuración de la invalidez y el cambio normativo. Al respecto, en el presente caso se tiene que la autoridad competente certificó que la invalidez se estructuró el 27 de diciembre de 2003 y la entrada en vigencia de la ley 860 de 2003 se dio el 26 de diciembre del mismo año, por lo tanto, se tiene que el día inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez entró en vigencia el nuevo régimen, de tal forma que se tiene una proximidad cierta de 1 día, por lo cual la Corte da por cumplido este requisito.

Asimismo, como lo estableció la Corte anteriormente, debe acreditarse que la Señora María Doris cumple con los requisitos exigidos en el régimen anterior para el reconocimiento de la pensión de invalidez. De tal forma que debe la Corte verificar si se cumplen con los requisitos de la ley 100 de 1993 en su versión original. Para esto se parte de lo expuesto en la resolución que negó la pensión de invalidez, en dicha oportunidad el ISS manifestó: "(...) el asegurado ha cotizado al régimen de invalidez vejez y muerte de forma interrumpida, a partir del 01 de septiembre de 1968 hasta el 20 de diciembre de 2003, un total de 292 semanas, las cuales 27 semanas corresponden a los últimos 3 años inmediatamente anterior a la fecha de la estructuración de la invalidez (...)" Del anterior análisis se desprende que la accionante cumple con los requisitos exigidos por la ley 100 de 1993. En primer lugar se encontraba afiliada al momento de producirse la invalidez, cuenta con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% y finamente de acuerdo con el reporte del ISS, supera en número las 26 semanas mínimas exigidas por la ley 100 de 1993.

Por lo anterior, la Corte encuentra que el ISS vulneró el derecho fundamental al mínimo vital de la accionante al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez con base en la ley 860 de 2003, debido a que la aplicación de este régimen al caso concreto resulta desproporcionado. Por lo tanto, se ordenará al ISS para que proceda al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a favor de la accionante con base en el régimen consagrado en el artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original.

III. DECISIÓN

RESUELVE

Primero. REVOCAR los fallos del Juzgado Once Penal del Circuito de Cali con fecha del 31 de julio de 2007 y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, Sala de Decisión Penal del 21 de septiembre de 2007 y en su lugar CONCEDER la tutela del derecho fundamental al mínimo vital de la accionante María Doris Benavides Valencia.

Segundo. ORDENAR al representante legal del Instituto de Seguros Sociales de la Seccional Valle del Cauca para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente decisión, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y proceda a tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común a favor de la accionante María Doris Benavides Valencia, desde la fecha en que la accionante solicitó su reconocimiento; norma cuyo tenor literal es el siguiente:

“Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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

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

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

Tercero: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

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

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Magistrado Ponente

RODRIGO ESCOBAR GIL

Magistrado

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

1 Sobre este punto ver: T-138/05, T-454/04, T-425/04, T-050/04, T-812/02, T-660/99, T-577/99, T-143/98 entre otras.

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

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

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

encontramos con lo siguiente:

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

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

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

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

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

5 Sobre este mismo problema jurídico la Corte se ha pronunciado en las sentencias: T-1291/05, T-221/06, T-043/07, T-259/07, T-580/07, T-641/07, T-669A/07.

6 El artículo 39 de la ley 100 de 1993 en su versión original estableció los siguientes requisitos: “Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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

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

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

7 Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Parágrafo 1º. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

Parágrafo 2º. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

8 Sobre esta regla la sentencia T-043/07 señaló: “De la comparación de la Ley 100 de 1993 y su modificación, la Ley 860 de 2003, se obtiene que ésta última establece, como anteriormente se expresó, una serie de requisitos más estrictos para acceder a la pensión de invalidez. En efecto, la modificación elevó el número de semanas cotizadas que en la ley 100 original era de 26 semanas en cualquier tiempo para afiliados y para los no afiliados 26 en el año inmediatamente anterior al de la invalidez. Por el contrario, la nueva ley exige haber cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Además, el nuevo régimen eliminó la hipótesis de la no afiliación⁸, por lo tanto, quién pretende acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez no sólo debe encontrarse afiliado sino que también debe acreditar una fidelidad de afiliación al sistema del 20% contabilizado a partir de que el peticionario cumple 20 años hasta el momento de la estructuración de la invalidez. Por lo tanto, se constata que la Ley 860 de 2003 al incrementar los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en relación con la legislación anterior, Ley 100 de 1993, restringe el acceso a la pensión de invalidez por cuanto

hace más exigentes sus requisitos de reconocimiento, siendo entonces una medida de carácter regresivo.”

9 Al respecto la Sentencia T-221/06 realizó el siguiente análisis: “En seguimiento del nuevo requisito incorporado por la Ley 860 de 2003, se tiene que, para cumplir con la exigencia de fidelidad al sistema, las personas deben cumplir con las siguientes semanas de cotización al sistema:

Edad en que se presenta la configuración de invalidez

Semanas de cotización requeridas

Entre 20 y 30 años

Entre 0 y 104

Entre 30 y 40 años

Entre 104 y 208

Entre 40 y 50 años

Entre 208 y 312

Entre 50 y 60 años

Entre 312 y 416

Entre 60 y 70 años

Entre 416 y 520

Entre 70 y 80 años

Entre 520 y 624

Entre 80 y 90 años

Entre 624 y 728

Se pone de manifiesto, entonces, que la norma puede lesionar en forma significativa a las personas mayores, porque les exige un tiempo más alto de fidelidad al sistema. De esta manera, si bien es cierto que la Corte Constitucional ha sostenido que “es claro que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social implica per se un retroceso en este campo. Por ejemplo, un incremento en la cotización en seguridad social no es en sí mismo un retroceso pues no disminuye las protecciones ya alcanzadas por la población”⁹, en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad.

10 Sobre la falta de un régimen de transición la Corte realizó las siguientes consideraciones al respecto en la sentencia T-580/07: “Así las cosas, resulta contrario a la lógica propia de los derechos económicos y sociales que el legislador introduzca una medida regresiva, como parece ocurrir con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión. La Corte encuentra que la norma que ha sido aplicada al caso que suscitó la presente acción de tutela es regresiva en materia de seguridad social en pensiones, por establecer una serie de requisitos que imponen mayores exigencias a los afiliados al sistema para gozar del beneficio de la pensión de invalidez.” En este mismo sentido la sentencia T-1291/05 expone: “(...) con la entrada en vigencia de las nuevas condiciones legales, treinta días antes del acaecimiento de la invalidez, a la peticionaria se le hace imposible acceder a la prestación ya que no cumple con uno de los requisitos señalados en la norma. Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, dicho escenario deja ver que para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma– para que se

acceda al derecho.”