

SENTENCIA T-1030/08

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ COMO PARTE DE LA SEGURIDAD SOCIAL-Tratamiento constitucional y legal

El derecho a la pensión de invalidez puede ser fundamental cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el trabajo y el mínimo vital. Así, en aquellos casos en los que la omisión de pago o de reconocimiento del derecho prestacional pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona en estado de invalidez, procede la acción de tutela. En efecto, se ha estimado que someter a un litigio laboral a una persona con disminución de su capacidad laboral, que le impide acceder al trabajo y, por ende, a una fuente de ingreso, resulta desproporcionado. Por esta razón, la Corte ha concedido en diversas oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, o transitoria, de personas cuyos derechos a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por omisión atribuible a las entidades demandadas. Ello por cuanto la pensión de invalidez representa un derecho esencial e irrenunciable, de cuyo disfrute depende la supervivencia de aquellas personas que han visto menguada o disminuida su capacidad laboral, por razones ajenas a su voluntad.

PENSION DE INVALIDEZ-Aplicación del principio de progresividad/ PENSION DE INVALIDEZ-Reglas constitucionales

Esta Corporación en sentencia T-043 de 2007, elaboró una serie de reglas constitucionales, con el propósito de identificar unas pautas jurisprudenciales aplicables a la protección constitucional de los derechos fundamentales vulnerados por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en razón del tránsito normativo operado con ocasión de la expedición de la Ley 860/03, el cual se muestra “injustificadamente regresivo.” Al realizar el análisis, se encuentra incompatibilidad entre las normas legales aplicables al caso y “el principio de progresividad de los derechos sociales” y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez. La regresividad se precisa en que: i) impone requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; ii) no está fundada en razones suficientes que faculten al Congreso para

disminuir el nivel de protección; iii) afecta con mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; iv) no contempla medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición. Así mismo, ha precisado esta Corporación que para la procedencia del amparo constitucional deberán comprobarse las circunstancias de índole fáctica, como presupuesto de protección de los derechos fundamentales invocados por la vía de tutela, así: (1) En cada caso deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales es un asunto que, de manera general, compete a la jurisdicción ordinaria. (2) Debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles, en términos de vulneración del derecho fundamental, en el mínimo vital del afiliado. (3) Deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. (4) Finalmente, deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto. Y son criterios indicadores de tal afectación: (i) La cercanía en el tiempo, entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación y, (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión "original", para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo.

Referencia: expediente T-1.944.577

Accionante: José del Carmen Blanco Ramírez

Accionado: Instituto de Seguro Sociales -Seccional Cundinamarca-.

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia del Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá del 8 de mayo de 2008.

Magistrados de la Sala Quinta de Revisión: Mauricio González Cuervo, Marco Gerardo Monroy Cabra y Nilson Pinilla Pinilla.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

José del Carmen Blanco Ramírez instauró acción de tutela¹ para el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, vida y protección especial del discapacitados, basado en que el Instituto de Seguros Sociales -Seccional Cundinamarca-, le negó pensión de invalidez aduciendo que, si bien presenta una pérdida de capacidad laboral del 56.80%, no cumple con el requisito de fidelidad al sistema. La solicitud de amparo va dirigida a que el ISS le reconozca y pague la pensión de invalidez, así como las mesadas adicionales, intereses por mora e indexación, desde el mismo momento en que se determinó la pérdida del 56.80 % de la capacidad laboral.

2. Respuesta de la entidad demandada

La Asesora de la Vicepresidencia de Pensiones del Seguro Social de la Seccional Cundinamarca dio respuesta a la acción de tutela² donde informa que las razones para negar la prestación solicitada fueron expuestas en la Resolución No. 46481 de 2006 que negó la pensión de invalidez al interesado y concede la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. Dicha decisión fue confirmada mediante la Resolución No. 20928 de 2007.

3. Hechos relevantes y medios de prueba.

3.1. Estado de la invalidez-. Mediante dictamen del Instituto de Seguros Sociales -Seccional Cundinamarca del 11 de Agosto del año 2006, el señor José del Carmen Blanco Ramírez, fue considerado persona inválida al haber perdido más del 50% de su capacidad laboral. Como fecha de estructuración de la invalidez se fijo el 9 de marzo de 2006.

3.2. Negativa del reconocimiento-. El 2 de Noviembre del año 2006 el demandante presentó solicitud de pensión de invalidez ante el ISS. Mediante Resolución No. 46481 del 2 de noviembre de 2006, la entidad accionada niega la pensión aduciendo que se bien el actor cumple con el porcentaje de pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50% y con el requisito de las cincuenta (50) semanas de cotización dentro de los últimos tres (3) años

inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no cumple con el requisito de fidelidad de cotización al sistema.

3.3 Recurso-. El día 22 de enero del año 2007 el actor presentó recurso de reposición contra la Resolución No. 046481 de 2006, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante la Resolución No. 0020928 del 23 de mayo de 2007.

3.4. Derechos Fundamentales invocados-. Como derechos fundamentales vulnerados invoca los artículos 11 y 25 de la Constitución Política y los Tratados Internacionales que versan sobre Derechos Humanos y la especial protección a los discapacitados.

3.5. Pruebas documentales; i) copia de la cédula de ciudadanía del actor, ii) Copia de las Resoluciones No. 046481 del 2 de noviembre de 2006 y No. 20928 del 23 de mayo de 2007, por medio de las cuales el ISS Seccional Cundinamarca, le niega el derecho a la pensión de invalidez; iii) copia del Certificado de Medicina Laboral del Instituto de Seguros Sociales - Seccional Cundinamarca-, en donde se establece el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del señor José del Carmen Blanco Ramírez originada en enfermedad común (insuficiencia renal crónica terminal por diabetes); iv) copia de la autoliquidación de aportes, donde se observan las cotizaciones realizadas por el actor; 3 v) declaración extrajuicio de la señora Diana Marcela Blanco Moreno, hija del demandante quien bajo la gravedad de juramento declara que su padre no está vinculado laboralmente con entidad pública o privada, no recibe ninguna clase de ingresos, no está pensionado y por ende ella -quien es estilista de profesión-, paga la EPS de su padre quien sufre diabetes.4

4. Decisión objeto de revisión (Fallo del Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá)

El juez de instancia negó el amparo, al estimar que la resolución del presente asunto corresponde a la Jurisdicción Ordinaria Laboral y por tanto la acción de tutela no es el escenario pertinente, para resolver este tipo de pretensiones. Añadió que dentro del proceso no se vislumbra un perjuicio irremediable.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las decisiones proferidas en el asunto de la referencia, en desarrollo de las facultades conferidas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 al 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto del 8 de julio de 2008, proferido por la Sala de Selección de Tutelas Número 7 de esta Corporación.

2. Problema Jurídico

Para el caso en estudio, el estado de invalidez del actor originado en enfermedad común se estructuró en vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que además de la pérdida de incapacidad laboral superior al 50% estatuye un mínimo de 50 semanas de cotización anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y fidelidad al sistema de al menos 20% del tiempo transcurrido entre el día en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la calificación del estado de invalidez. El ISS, negó la pensión solicitada por no cumplirse con el último de los requisitos (fidelidad al sistema). Se debate entonces en el asunto, la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en aquellos casos en que, como consecuencia de una modificación de carácter legal, se imponen requisitos más exigentes para la consecución de dicha prestación.

Para resolver el problema jurídico, la Sala se referirá a los siguientes temas: i) la protección especial del discapacitado en el ordenamiento constitucional; ii) procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez; iii) la aplicación del principio de progresividad en sede de tutela en el caso específico del derecho a la seguridad social en su contenido específico de derecho a la pensión de invalidez y; iv) si para el caso, la acción de tutela es procedente y en consecuencia se debe inaplicar el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y, consecuente con lo anterior, exigir que se reconozca la pensión de invalidez que solicitó el demandante a pesar de que no cumple con todos los requisitos legales para ello, o por el contrario se debe negar el amparo solicitado.

2.1. La protección especial del discapacitado en el ordenamiento constitucional.

2.1.1. La Constitución Política de 1991, establece en varias de sus disposiciones una protección especial para todas aquellas personas que por su condición económica, física o

mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta (CP, art 13, inciso 2º). A su vez, la Constitución dispone que el Estado “adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”. (CP, art 47)

2.1.2. De lo afirmado resulta claro entonces, que por mandato de la Constitución se impone al Estado: (i) la obligación de otorgar un trato diferente y de tomar las medidas necesarias y favorables para que las personas con discapacidad física o mental puedan ejercer sus derechos en condiciones de igualdad con los demás, a fin de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Política (art. 2 CP); (ii) la obligación de proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta, sancionando los abusos o maltratos que contra ellas se cometan (art. 13 CP); y (iii) el deber de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran (arts. 47, 54 CP)⁵.

2.1.3. En ese orden de ideas se puede afirmar que es una obligación del Estado, tomar las decisiones de carácter legislativo, judicial, administrativo o de otra índole que sean necesarias a fin de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas impedidas, compromiso de rango constitucional que la jurisprudencia ha denominado “deber positivo de trato especial”. Además, las autoridades deben obrar frente a ellos de manera especialmente diligente, interpretando el alcance de sus propias funciones con un criterio eminentemente protector, de tal forma que se materialice la intención del Constituyente de garantizar el goce de sus derechos constitucionales fundamentales.⁶

2.1.4. Los preceptos constitucionales a que se ha hecho mención, que imponen al Estado una especial protección a favor de las personas discapacitadas, se encuentran desarrollados en diferentes disposiciones de orden interno. También están los principios de derecho internacional, los tratados y convenios que reconocen derechos humanos, ratificados por el Congreso, tal y como lo establecen los artículos 9º y 93 de la Carta Política, en armonía con la jurisprudencia constitucional.⁷

2.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia

2.2.1. La jurisprudencia constitucional⁸ ha indicado que la acción de tutela no procede para el reconocimiento de derechos pensionales, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal, cuya competencia se halla a cargo de la justicia laboral o contenciosa administrativa, según el caso. No obstante lo anterior, ha admitido que en situaciones excepcionales el derecho al reconocimiento de una pensión, en particular la de invalidez, pueda ser protegido por vía de tutela cuando por las circunstancias del caso concreto adquiere carácter de fundamental. Ello, por cuanto la pensión de invalidez, si bien es un derecho de creación legal, encuentra fundamento en la Carta Política (arts. 25, 48 y 53)⁹.

En tales casos se requiere demostrar que el mecanismo constitucional es idóneo para proteger al titular del derecho, bien porque no existan otros medios de defensa judicial tan efectivos como la tutela o porque se trate de proteger derechos fundamentales con carácter urgente, pues de no hacerlo se generaría un perjuicio irremediable.¹⁰

2.2.2. Ahora bien, el derecho a la pensión de invalidez puede ser fundamental cuando se encuentra en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el trabajo y el mínimo vital. Así, en aquellos casos en los que la omisión de pago o de reconocimiento del derecho prestacional pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona en estado de invalidez, procede la acción de tutela. En efecto, se ha estimado que someter a un litigio laboral a una persona con disminución de su capacidad laboral, que le impide acceder al trabajo y, por ende, a una fuente de ingreso, resulta desproporcionado. Por esta razón, la Corte ha concedido en diversas oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva¹¹, o transitoria¹², de personas cuyos derechos a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por omisión atribuible a las entidades demandadas¹³. Ello por cuanto la pensión de invalidez representa un derecho esencial e irrenunciable¹⁴, de cuyo disfrute depende la supervivencia de aquellas personas que han visto menguada o disminuida su capacidad laboral, por razones ajenas a su voluntad.¹⁵

2.3. Aplicación del principio de progresividad en sede de tutela. El derecho a la seguridad social en su contenido específico de derecho a la pensión de invalidez.

De conformidad con lo expuesto, el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez gravita entre dos extremos de relevancia constitucional. Por un lado, el derecho de

la persona inválida de gozar de un ingreso mensual que le permita reemplazar el salario que percibía anteriormente y, de otro lado, el interés del Estado y de la sociedad de obtener los recursos económicos necesarios para proveer de este recurso a todas las personas que se encuentran en una situación de debilidad manifiesta provocada por el estado de invalidez.

Acorde con lo señalado, las leyes de seguridad social, pueden diseñar los requisitos y condiciones para acceder al derecho a la pensión de invalidez. Sin embargo cabe aclarar que la libertad de configuración normativa del legislador para desarrollar el derecho a la seguridad social en pensiones no es absoluta, pues está limitada por el cumplimiento de reglas y principios constitucionales que se imponen de manera preferente y obligatoria y exigen tanto del legislador como del operador jurídico para el caso concreto, la garantía y defensa de la efectividad de derechos de rango constitucional. De suerte que en todos aquellos casos en los que existe una contradicción directa y evidente entre el querer legislativo y la voluntad constituyente, debe prevalecer esta última para exigir la eficacia del principio de supremacía constitucional.

Con el propósito de ponderar esos dos extremos en tensión a los que se hizo referencia anteriormente, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido reiterativa en señalar dos reglas fundamentales que limitan la libertad de configuración normativa del legislador, así: (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 restrinja 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, puede, en principio, ser inconstitucional¹⁶. (iii) La Corte¹⁷ igualmente ha dicho que, en casos de leyes regresivas en materia de seguridad social en pensiones, la carga de la prueba sobre la validez constitucional de la norma se invierte, pues, contrario a la regla general en la que la ley se presume constitucional, en estos casos corresponde al legislador demostrar razones suficientes que expliquen y justifiquen constitucionalmente la regresión¹⁸ y que demuestren además, que la norma restrictiva es razonable y proporcional en el caso concreto.¹⁹

Con estos precedentes, se realizará un breve análisis de las disposiciones legales que desarrollan la figura de la pensión de invalidez, para ver si en esta materia ha operado el

fenómeno de la regresión en materia de seguridad social en pensiones.

En este punto, cabe aclarar, que si bien los fines de la modificación legislativa son perfectamente legítimos (la medida fue adoptada con el objetivo de promover la “cultura de afiliación” y “aminorar el número de fraudes al sistema de seguridad social”), de todas formas crea una situación desventajosa en relación con los cotizantes del sistema, que tendrían acceso a disfrutar de la pensión de invalidez, pero debido a la expedición de una nueva ley, se ven alejados de la posibilidad de gozar de dicha prestación; y si bien no es factible predicar que tengan un derecho adquirido, su situación se vio agravada al exigírsele la fidelidad al sistema y mayor número de semanas de cotización.

Al analizar los cambios presentados en la redacción del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, la Corte²⁰ llegó a la conclusión en la Sentencia T-221 de 2006 que no se encontraba una explicación que justificara la existencia de motivos inapelables que de manera forzosa impusieran medidas regresivas. En tal medida señaló que la norma resultaba desproporcionada, por cuanto hacía más difícil el acceso a la prestación a un sector poblacional que merece especial consideración. De igual manera, precisó que la justificación sobre la cual debe descansar este tipo de medidas está llamada a satisfacer una particular carga de argumentación que permita desvirtuar la presunción de inconstitucionalidad que se cierne sobre ellas, y que realizado el análisis respectivo, ese apoyo argumentativo se echaba de menos, por lo cual en esa ocasión empleó la excepción de inconstitucionalidad, procediendo a inaplicar la Ley 860 de 2003. Con base en el criterio expuesto en la Sentencia T-221 de 2006 mencionada, se concedió la solicitud de pensión de invalidez a una persona de 73 años que padecía cáncer pulmonar. En dicha ocasión se refirió de manera específica al requisito de fidelidad al sistema, señalando que la aplicación de tal exigencia hacía más gravoso el acceso a esta prestación a las personas de mayor edad, lo cual se oponía, en principio, al mandato de protección de tercera edad²¹. De igual manera, la Corte en sentencia T-1291 de 2005 concedió el amparo de una madre cabeza de familia quien, debido a la ocurrencia de un accidente, padecía una incapacidad del 69.05%. La petición de reconocimiento de la pensión de invalidez había sido negada por la respectiva administradora de pensiones debido a que la ciudadana no cumplía la totalidad de los requisitos contenidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

En esa oportunidad la Corte señaló que si bien la decisión adoptada por la entidad

demandada se ajustaba formalmente al texto de la ley, se revelaba contraria al texto constitucional y al principio de progresividad que informa el desarrollo del derecho a la seguridad social. Por esta razón, aplicó la excepción de inconstitucionalidad, dando paso a la aplicación de la regulación previa a la Ley 860 de 2003. Al respecto, precisó lo siguiente:

“Por tratarse de un caso de invalidez por ‘riesgo común’ acaecido el 28 de enero de 2004, la AFP aplicó a la discapacidad y minusvalía de Adriana María Jaramillo Ríos el numeral 1 del artículo transcrito. Con base en éste concluyó que ella no cumple con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años y negó la prestación.

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social²². En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 ‘original’ (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Ríos sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija, Luisa Fernanda Gutiérrez Jaramillo.”

Aparte de lo anterior, esta Corporación en sentencia T-043 de 2007, elaboró una serie de reglas constitucionales, con el propósito de identificar unas pautas jurisprudenciales aplicables a la protección constitucional de los derechos fundamentales vulnerados por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en razón del tránsito normativo operado con ocasión de la expedición de la Ley 860/03, el cual se muestra “injustificadamente regresivo.” Al realizar el análisis, se encuentra incompatibilidad entre las normas legales aplicables al caso y “el principio de progresividad de los derechos sociales” y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez. La regresividad se precisa en que: i) impone requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; ii) no está fundada en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; iii) afecta con mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; iv) no contempla medidas adicionales que busquen evitar la

afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

Así mismo, ha precisado esta Corporación que para la procedencia del amparo constitucional deberán comprobarse las circunstancias de índole fáctica, como presupuesto de protección de los derechos fundamentales invocados por la vía de tutela, así: (1) En cada caso deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales es un asunto que, de manera general, compete a la jurisdicción ordinaria. (2) Debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles, en términos de vulneración del derecho fundamental, en el mínimo vital del afiliado. (3) Deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. (4) Finalmente, deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto²³. Y son criterios indicadores de tal afectación: (i) La cercanía en el tiempo, entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación y, (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión “original”, para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo.

3. Caso concreto.

3.1. El señor José del Carmen Blanco Ramírez solicita a través de este mecanismo el reconocimiento de su pensión de invalidez. Dentro del material probatorio que obra en el expediente, se encuentra acreditado que el actor padece de una incapacidad laboral del 56.80%, por enfermedad de origen común, la cual fue estructurada el día 9 de marzo de 2006. Tal calificación consta en el “dictamen sobre porcentaje de pérdida de capacidad laboral” que fue llevada a cabo por la Sección de Medicina Laboral -Pensiones- del Seguro Social, Seccional Cundinamarca. Igualmente, se encuentra probado que la razón por la cual la demandada negó el reconocimiento de la pensión de invalidez solicitada por la demandante consiste en que, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, dicha petición no cumplía con todos los requisitos establecidos en esa disposición.

3.2. El ISS señaló, que si bien el afiliado había cotizado 124 semanas requeridas dentro de los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, no acreditaba el 20% de cotizaciones que se exigen desde el momento en que éste cumplió 20 años hasta la fecha de estructuración -fidelidad de cotización al sistema-. A ese respecto, sostiene que luego de realizarse el estudio correspondiente, se concluye que en el período comprendido entre el 10 de marzo de 1997 y el 9 de marzo de 2006, el afiliado cotizó 376 semanas, de las cuales 124 fueron cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez y que para la fidelidad debía acreditar 399 semanas y solo cuenta con 376.

3.3. De acuerdo a lo anterior, la demandada concluyó que al no haberse cumplido con todos los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003, la pensión de invalidez del asegurado debía ser negada y en ese orden de ideas concede la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez. Aparte de lo anterior, aclara que si bien en el reporte de semanas cotizadas, cuya fecha de proceso es del 13 de marzo de 2007, figura cotizando para el período comprendido entre abril a julio de 2000, no puede tenerse en cuenta ese ciclo porque fue cancelado el 25 de enero de 2007, o sea con posterioridad a la fecha en la que fue reconocida la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

3.4. El problema jurídico central propuesto en la acción de tutela de la referencia, hace referencia en la aplicación de una disposición legal -artículo 1° de la Ley 860 de 2003- que prima facie, según se analizó anteriormente, se opone al principio de progresividad. Ahora bien, una vez analizado en el asunto el conjunto de requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional²⁴, esta Sala estima que, para el caso se encuentran cumplidos los mismos para la procedencia de la acción de tutela en la medida que: (i) las condiciones que debe cumplir el actor son más gravosas e impiden el acceso a la prestación económica reclamada; (ii) no hay una fundamentación suficiente sobre la cual se apoye la disminución del nivel de protección del derecho a la pensión de invalidez; (iii) existe una afectación fuerte de los derechos del discapacitado, en cuanto sujeto de especial protección; (iv) existe cercanía -inferior a tres años- entre el momento en que se estructuró la invalidez del actor -esto es, el 9 de marzo de 2006- y la fecha en la cual se realizó la modificación normativa que impone condiciones más gravosas para el reconocimiento de la prestación dado que la Ley 860 -29 de diciembre de 2003-.

3.5. De no haber existido una modificación al texto original del artículo 39 de la Ley 100 de

1993, el peticionario hubiera accedido a la pensión de invalidez. En efecto, en caso de aplicarse la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, al momento de la estructuración de la invalidez, el solicitante hubiera tenido derecho al reconocimiento de la pensión, pues el número de semanas cotizadas por el accionante supera ampliamente la cifra requerida por la Ley 100 de 1993, que era de 26 semanas.

3.6. El señor Blanco Ramírez es un persona que padece de insuficiencia renal crónica y diabetes mellitus, por lo que requiere el reconocimiento de su pensión de invalidez con el fin de que se garantice sus derechos a una vida digna y a la seguridad social.

3.7. Según declaración extrajuicio rendida por la señora Diana Marcela Blanco Moreno, hija del demandante, su padre no está vinculado laboralmente con entidad pública o privada, no recibe ninguna clase de ingresos, no está pensionado, y es ella quien paga la EPS de su padre quien sufre de diabetes.²⁵

3.8. De acuerdo con lo expresado, y teniendo en cuenta que la Ley 860 de 2003 contiene una regulación que puede ser considerada como regresiva en materia de pensión de invalidez, debe inaplicarse al caso concreto, por cuanto la medida afecta a una persona que se encuentra dentro de un grupo poblacional objeto de protección reforzada. Así, la Sala, siguiendo los precedentes fijados por la Corte a los que se hizo mención anteriormente, procederá a aplicar la excepción de inconstitucionalidad con el objetivo de ofrecer alcance concreto a los principios constitucionales -dentro de los cuales se encuentran aquellos inscritos en el bloque de constitucionalidad- sobre protección al trabajo, amparo al derecho a la seguridad social y progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales. La norma a aplicar, en consecuencia, es la contenida en el artículo 39 de la ley 100 de 1993, tal como fue expedida, cuyo texto dice:

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

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

b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo

menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

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

III. DECISION

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Cincuenta y Tres Penal del Circuito de Bogotá del 8 de mayo de 2008. En consecuencia, TUTELAR el derecho fundamental a la seguridad social del señor José del Carmen Blanco Ramírez.

SEGUNDO.- ORDENAR al Instituto de Seguro Sociales -Seccional Cundinamarca-, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contado a partir de la notificación de esta providencia, dé aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, y proceda reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor del señor Blanco Ramírez desde la fecha en que el accionante solicitó su reconocimiento.

TERCERO .- Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El 21 de abril de 2008.

2 Folio 26 del expediente.

3 Fls. 6-17 del expediente.

4 Declaración rendida ante la Notaria 18 de Bogota. Folio 33 del expediente.

5 Sentencias T-043 de 2005, T-220 de 2007.

6 Sentencia T-719 de 2003.

7 En la sentencia T-061 de 2006 se dijo: “La jurisprudencia sostiene que para otorgar la debida protección a las personas afectadas con limitaciones, el Estado deberá i) procurar su igualdad de derechos y oportunidades frente a los demás miembros de la sociedad, ii) adelantar las políticas pertinentes para lograr su rehabilitación e integración social de acuerdo a sus condiciones y iii) otorgarles un trato especial, pues la no aplicación de la diferenciación positiva da lugar a la desigualdad.

8 Ver entre otras la Sentencia T-580 de 2007.

9 Sentencias T-860 de 2005, T-043 de 2005, T-1251 de 2005, T-056 de 1994, T-888 de 2001, entre muchas otras.

10 Según la jurisprudencia constitucional el perjuicio irremediable se caracteriza, por lo siguiente: (i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y (iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Ver entre otras la Sentencia T-757 de 2007 M.P. Manuel José Cepeda

Espinosa.

11 Sentencia T-860 de 2005, T-817 de 2001 y SU-1023 de 2001, entre otras.

12 Sentencia SU-1354 de 2000.

13 En este punto es oportuno mencionar que la Corte ha diferenciado entre, dos aspectos distintos a saber: i) Cuando se presenta como mecanismo principal, debe examinarse que no exista otro medio judicial o aún si existe éste no resulte idóneo para el caso concreto. ii) Cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable.

14 La pensión de invalidez es un derecho de creación legal, pero que encuentra fundamento en la Constitución Política (arts. 25, 48 y 53).

15 Ver entre otras la sentencia T-184 de 2007.

En la Sentencia C-038 de 2004 señaló que el principio de progresividad se encuentra desprovisto de cualquier contenido meramente retórico, lo cual supone la inconducencia de su empleo como excusa para eludir o dilatar la obligación de realización de los derechos sociales. Este principio supone el compromiso de iniciar de manera inmediata el proceso que conlleve a la realización plena de tales derechos, obligación que se suma al reconocimiento de “unos contenidos mínimos o esenciales de satisfacción de esos derechos que el Estado debe garantizar a todas las personas”¹⁶

En la Sentencia C-671 de 2002, precisó que: “el mandato de progresividad implica que una vez alcanzado un determinado nivel de protección, la amplia libertad de configuración del legislador en materia de derechos sociales se ve menguada, al menos en un aspecto: todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado debe presumirse en principio inconstitucional, y por ello está sometido a un control judicial estricto”. Por tal motivo, señaló que la superación del examen de exequibilidad, además de suponer la aprobación de los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto que dan forma al principio de proporcionalidad, debe acreditar la existencia de los motivos imperiosos que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo de un derecho social prestacional. En el

mismo sentido, en sentencia C-1489 de 2000 señaló que sobre aquellas leyes que traigan consigo una disminución del ámbito de protección ya concedido a un derecho social pesa una presunción de inconstitucionalidad.

En la Sentencia C-125 de 2000, al analizar la constitucionalidad de la Ley 516 de 1999 “Por la cual se aprueba el CODIGO IBEROAMERICANO DE SEGURIDAD SOCIAL, se refirió igualmente al principio de progresividad de la ley en materia de seguridad social.

17 Ver Sentencia T-641 de 2007.

18 El artículo 48 de la C.P., establece que: 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.(negrilla adicionada)

19 En Sentencia T-043 de 2007, la Corte dijo sobre el asunto lo siguiente: “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”.

20 Posición reiterada en la Sentencia T-580 de 2007.

21 Para justificar tal aseveración, la Corte realizó un análisis de la intensidad de la aplicación del artículo 1º de la Ley 860/03, el cual se transcribe a continuación:

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 80 y 90 años

Entre 624 y 728

De acuerdo a lo anterior la sentencia en cita señaló: “ 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”²¹, 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.”

22 [Cita contenida en la providencia] En la sentencia de tutela T-974 de 2005 se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

23 Ver Sentencias T-043 y T-580 de 2007.

24 Sentencia T-043 de 2007.

25 Declaración rendida ante la Notaria 18 de Bogota. Folio 33 del expediente.