

SENTENCIA T-113/10

(Febrero 16; Bogotá D.C.)

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para ordenar reconocimiento de pensiones

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para el reconocimiento

Tendrá derecho a la pensión de invalidez, por regla general, el afiliado al sistema que sea declarado inválido y acredite haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, en el caso de invalidez por enfermedad, o al hecho causante de la invalidez, en el caso de accidente.

REQUISITO DE FIDELIDAD-Violatorio del principio de progresividad en materia de derechos pensionales/REQUISITO DE FIDELIDAD-Vulneración de derechos fundamentales por requisitos más gravosos para el reconocimiento a la pensión por invalidez

TEMERIDAD-Inexistencia de temeridad para el caso por cuanto se presentó un hecho nuevo originando el derecho al pago de la pensión de invalidez

Se constata que durante el trámite de la segunda tutela surgió un hecho nuevo (la declaratoria de inconstitucionalidad definitiva y con efectos erga omnes del requisito de fidelidad al sistema que consagraba el artículo 1º de la Ley 860 de 2003), que refuerza la necesidad de amparar el derecho fundamental del demandante, pues tal requisito era el que se había invocado para negárselo.

Referencia: Expedientes acumulados T- 2.364.245, T- 2.397.164, T- 2.399.024, T- 2.399.048.

Accionantes: José Vicente Yela Yela, Armando Granados Arana, Antonia Rodríguez Moreno y Diana Carmenza Arias Gómez, respectivamente.

Accionados: Instituto de Seguros Sociales, Fondo de Cesantías y Pensiones Porvenir S.A., Instituto de Seguros Sociales e Instituto de Seguros Sociales, respectivamente.

Fallos objeto de Revisión: Respectivamente: Sentencia de primera instancia del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de San Juan de Pasto del 14 de mayo de 2009 y sentencia de segunda instancia del 1º de julio de 2009 de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Pasto; Sentencia de primera instancia del Juzgado Primero Penal Municipal de Santiago de Cali, proferida el 9 de junio de 2009 y sentencia de segunda instancia del Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali, proferida el 15 de julio de 2009; Sentencia no impugnada proferida el 3 de agosto de 2009 por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga; Sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira, el 27 de mayo de 2009 y sentencia de segunda instancia expedida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el 30 de julio de 2009.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Juan Carlos Henao Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: Mauricio González Cuervo.

1. Demandas y pretensión

1. Elementos de la demanda

1.1.1 Derechos fundamentales cuya protección se invoca: Los actores en los cuatro expedientes de tutela acumulados que se resolverán en el presente fallo invocan indistintamente como vulnerados sus derechos a la seguridad social, a la vida, a la salud, al salario mínimo vital, al “derecho pensional”, a “la dignidad de la personalidad”, al “derecho a gozar de una pensión”, al derecho a la igualdad, al derecho fundamental a la subsistencia y al derecho a la integridad física. En general, se puede afirmar que solicitan protección a su derecho a la seguridad social en pensiones.

1.1.2 Conductas que causan la vulneración:

1.1.2.1 Expediente T-2.364.245

José Vicente Yela Yela considera que el Instituto de Seguros Sociales, al aplicarle en el proceso de reconocimiento de su pensión de invalidez la Ley 860 de 2003, y por tanto

negarle su pensión, viola el mandato de progresividad desarrollado por la Corte Constitucional y consecuentemente, sus derechos fundamentales.

1. Expediente T- 2.397.164

Armando Granados Arana considera que cuando la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir, Porvenir S.A., le rechaza su solicitud de pensión por invalidez, aplicando el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 y el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, está haciendo valer normas declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en Sentencias C- 1056 de 2003, T-080 y T-018 de 2008, y por lo tanto vulnera sus derechos fundamentales.

1. Expediente T-2.399.024

Antonia Rodríguez Moreno considera que el Instituto del Seguros Sociales viola sus derechos fundamentales cuando aduce que ella no cumple el requisito llamado de “fidelidad” consistente en haber cotizado al menos el 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.

1. Expediente T-2.399.048

Diana Carmenza Arias Gómez considera que el Instituto de Seguros Sociales le negó su pensión de invalidez aplicando unos requisitos contenidos en un Acuerdo del año de 1966 (Acuerdo 224), que a juicio de ella se encuentra derogado por sucesivas normas. La norma actualmente vigente, Ley 860 de 2003, es la que debería aplicarse en su caso, y al no hacerlo, el Instituto vulnera sus derechos fundamentales.

1. Pretensión.

1.1.3.1 Expediente T-2.364.245

José Vicente Yela Yela pide en su acción de tutela que se ordene al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Nariño, que proceda a tramitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por riesgo común en su favor, en aplicación de la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

1. Expediente T- 2.397.164

Armando Granados Arana solicita que se obligue a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías, Porvenir S.A., la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que se la condene a reconocer y pagar en su favor la pensión de invalidez, en su calidad de cotizante de esa entidad, a partir del día siguiente de haber cumplido los 180 días de incapacidad, en la cuantía no inferior al cien por ciento (100%) que establece la ley, más las mesadas adicionales de junio y diciembre, que se la condene al reconocimiento y prestación de los servicios médicos, quirúrgicos, asistenciales y demás beneficios de que gozan los pensionados de esa entidad, y que se reajusten las mesadas conforme a la pérdida del poder adquisitivo de la moneda en Colombia.

1. Expediente T-2.399.024

Antonia Rodríguez Moreno solicita en su escrito de tutela que se ordene al Seguro Social -Pensiones-, a que en el término de cuarenta y ocho horas se le conceda la pensión de invalidez, por cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993, y demás normas complementarias.

1. Expediente T-2.399.048

Diana Carmenza Arias Gómez solicita, por su parte, que se ordene al Seguro Social

-Pensiones-, el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, y que le sea cancelado el retroactivo correspondiente al 30 de junio de 2006, fecha en la cual adquirió el derecho por haber sido declarada inválida, hasta que se verifique su pago.

1. Fundamento de la pretensión.

1.2.1 Expediente T-2.364.245

Afirma el ciudadano Yela Yela, en escrito presentado mediante apoderado, que nació el 7 de julio de 1946, y que ha sido agricultor durante toda su vida. En el mes de octubre de 1997, cuando ya contaba con más de 51 años de edad, se afilió al Sistema de Seguridad Social en Pensiones y Salud como beneficiario del Fondo de Solidaridad Pensional del Régimen Subsidiado, y desde el mes de afiliación hasta el mes de marzo de 2006, cumplió con los aportes de ley al Instituto de Seguros Sociales. Mediante dictamen médico laboral del 1º de diciembre de 2005, se determinó que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral total del 73.9%, con fecha de estructuración del 5 de mayo de 2006, de origen común. El 16 de febrero de 2006, con fundamento en dicha calificación, solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de origen no profesional; pensión que la entidad demandada negó mediante Resolución No. 638 del 17 de marzo de 2006. En ella, se consideró que “no superaba el 20% de fidelidad de cotización al sistema de pensiones” por lo que, a juicio de la entidad accionada, no acreditaba la totalidad de los requisitos exigidos para tener derecho a la pensión de invalidez.

Los recursos de reposición y apelación, en los que intentó demostrar que había cotizado 416 semanas al sistema de seguridad social, fueron resueltos desfavorablemente en agosto de 2007 y abril de 2008, respectivamente.

Después de transcribir extensivamente la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el principio de progresividad en materia de derechos sociales, y en particular los fallos en que se ha inaplicado la Ley 860 de 2003 en desarrollo de dicho principio, el actor solicita que se tutelen sus derechos fundamentales.

1.2.2 Expediente T- 2.397.164

Cuenta el señor Granados Arana, en escrito de tutela suscrito por apoderado, que desde el año 2002 se encuentra afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A. En el año 2006 le fue diagnosticada una insuficiencia renal terminal, calificada por la junta de calificación de Seguros de Vida Alfa S.A. como una pérdida de capacidad laboral del 70.52%. El Fondo de Pensiones rechazó su solicitud por considerar que no cumplía con el requisito de fidelidad, lo cual, a juicio del tutelante, implica aplicar una norma inconstitucional, esto es, el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. De estos hechos proviene la vulneración a los derechos fundamentales cuya protección se solicita.

1.2.3 Expediente T-2.399.024

Cuenta Antonia Rodríguez Moreno en su escrito de tutela que mediante resolución 002005 de 2009, el Instituto de Seguros Sociales le negó la pensión de invalidez de origen común, por encontrar que no reunía el requisito de fidelidad del 20% al sistema pensional, aduciendo que la peticionaria sólo tiene 385 semanas, cuando el sistema requiere 399 semanas de cotización entre la fecha en que cumplió los 20 años de edad y la fecha en que se efectuó la primera calificación del estado de invalidez, es decir, 10 de octubre de 2007. Afirma la actora que un reporte de semanas cotizadas producido por el mismo Seguro Social acredita 865 semanas cotizadas, y se pregunta cómo puede la misma entidad producir dos estados de cuenta tan disímiles, y optar por el más bajo para negarle la pensión de invalidez. Afirma tener 59 años de edad, y una pérdida de capacidad laboral del 72.52%.

1.2.4 Expediente T-2.399.048

Dice Diana Carmenza Arias Gómez, mediante apoderada, que desarrolló su vida laboral desde el 26 de mayo de 1976 hasta el 30 de junio de 2006, y que siempre estuvo vinculada como cotizante al sistema general de seguridad social. En 1995 se trasladó del Instituto de Seguros Sociales al fondo de pensiones Protección S.A. y allí siguió cotizando hasta el 2006. En total, durante 23 años cotizó al sistema. En virtud de una enfermedad degenerativa, se le calificó una disminución de capacidad laboral del 50.88%, cuya fecha de estructuración se determinó que era el 19 de junio de 1983. Esa fecha alude al momento en que se manifestaron los primeros síntomas, pero durante cerca de 18 años pudo llevar una vida relativamente normal. Cuando ya no pudo seguir laborando, presentó solicitud de pensión de invalidez ante Protección, pero dada la fecha de estructuración mencionada, se le dijo que el

trámite debía hacerlo ante el Instituto de Seguros Sociales, y que tan pronto esta entidad le reconociera la pensión, Protección trasladaría los aportes respectivos al Instituto.

Mediante Resolución 2172 de 2007, el Instituto de Seguros Sociales negó la pensión, basado en que la solicitante no cumplía los requisitos establecidos en un acuerdo del año 1966 para tener derecho a ella.

La actora considera que el Instituto de Seguros Sociales está interpretando de manera incompleta la norma del año 1966, porque allí se establecía como requisito alternativo haber cotizado 300 semanas en cualquier tiempo, y que, en todo caso, esa norma ha sido derogada sucesivamente desde el año 1983. La norma aplicable al presente caso es el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que es la que se encuentra vigente. Considera violatorio de sus derechos que se le aplique, regresivamente, una norma de hace 41 años, ya derogada. La demanda laboral ordinaria presentada por la señora Arias contra el Instituto de Seguros Sociales, que surtió dos instancias, tampoco prosperó.

1.2.5 Elemento común a los cuatro expedientes.

1. Respuesta de los accionados.

2.1 Expediente T-2.364.245

En escrito que llegó al Juzgado de primera instancia con posterioridad a la expedición del respectivo fallo, el Seguro Social afirmó que José Vicente Yela Yela no cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, toda vez que aplicando el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, se tiene que, si bien cumple con el porcentaje mínimo de pérdida de la capacidad laboral, y con el requisito de 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez (5 de mayo de 2005), en cambio no cumple con el requisito de fidelidad al sistema, “toda vez que desde que cumplió los veinte años de edad, el 7 de julio de 1966, ...hasta el día que la Junta de Calificación Regional de Invalidez le estructuró su pérdida de capacidad laboral, esto es, el 01 de diciembre de 2005, que en ese lapso de tiempo transcurrieron 39 años, 4 meses, y 23 días” lo que significa que como mínimo debió haber cotizado el 20% de ese tiempo, es decir, 405 semanas de fidelidad, pero

que los reportes indican que sólo cotizó 360 semanas.

Considera el Seguro Social en su escrito que en todo caso no es el juez de tutela el competente para resolver lo relativo al reconocimiento de una pensión.

2.2 -Expediente T- 2.397.164

El Juzgado comunicó a Seguros de Vida Alfa S.A. el inicio del trámite de tutela. En su escrito, ALFA explica que PORVENIR S.A suscribió con ella la Póliza de Seguro Colectivo de Invalidez y Sobrevivientes, cuyo objeto es que PORVENIR pueda acumular un capital suficiente para financiar una pensión de invalidez o sobreviviente de origen común de los afiliados a ese Fondo de Pensiones. Lo que hizo ALFA fue efectuar, como se lo permite la ley, la calificación de origen y porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero que no le compete a ella el reconocimiento de la pensión. Su obligación de pagar el siniestro solo nace cuando el Fondo de Pensiones le haga la reclamación correspondiente. “En conclusión, no le corresponde a la aseguradora asumir el pago de la prestación amparada con nuestra póliza toda vez que no se ha reconocido el derecho a esa prestación por parte de la AFP, y por ende no se nos han remitido los documentos que determinan la existencia del siniestro amparado. De ninguna manera somos deudores de prestaciones referentes al accionante...Nuestra aseguradora no es la responsable del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Otorgamos la cobertura del seguro provisional contratado a PORVENIR S.A., AFP, para que esta entidad pueda acumular un capital suficiente para financiar una pensión de invalidez o sobreviviente de origen común, pero para ello debe reconocerse por parte de la AFP la invalidez y su derecho a la prestación derivada de ella”. Concluye pidiendo que se la desvincule del trámite, y hace unas consideraciones finales sobre la improcedencia de la tutela en estos casos.

Por su parte, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PORVENIR S.A., alega en su escrito que el actor había ya presentado una tutela por los mismos hechos, ante el Juzgado Séptimo Penal Municipal con Función de Conocimiento, y que por lo tanto la presente acción es temeraria. Dicho Juzgado decidió negar por improcedente la tutela en ese momento, y por lo tanto, además de temeridad en la acción, se configura el fenómeno de la cosa juzgada.

En cuanto al fondo del asunto, PORVENIR S.A. considera que el actor no cumple el requisito

de fidelidad exigido por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, pues entre el momento en que cumplió veinte años y el momento de la primera calificación del estado de invalidez, debió haber cotizado el 20% de ese lapso (52.16 meses), y solo lo hizo durante 17 meses. Por lo demás, agrega que existiendo la vía laboral ordinaria, la tutela no es el mecanismo para dirimir lo relativo al reconocimiento de una pensión. Si se tiene en cuenta que el actor no tiene el derecho a la pensión, no puede hablarse de vulneración alguna de sus derechos. Tampoco hay prueba en el expediente de que se trate de un perjuicio irremediable. Por lo tanto la tutela no debe proceder.

2.3. Expediente T-2.399.024

El Seguro Social presentó ante el Juzgado un breve escrito según el cual Antonia Rodríguez Moreno, a pesar de cumplir con el porcentaje de pérdida de la capacidad laboral, así como el requisito de las 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, toda vez que se acreditaron 145 semanas durante ese tiempo, “no cumplió con el porcentaje de fidelidad por cuanto se requería un total de 399 semanas y la afiliada solo acredita un total de 385 semanas”. El Juez no puede reconocer vía tutela una pensión cuando no se cumplen los requisitos legales para acceder a ella. También señala que la actora no ha agotado los recursos de vía gubernativa.

2.4 Expediente T- 2.399.048

La Seccional Risaralda del Seguro Social, en breve escrito, señaló al Juzgado de primera instancia que Diana Carmenza Arias Gómez interpuso recurso de apelación contra la resolución que le negó su derecho a la pensión de invalidez, con lo cual se agotó la vía gubernativa. Así mismo, se han agotado también las instancias en el proceso ordinario laboral instaurado por la señora Arias. Agrega también que la normatividad aplicable al trámite de la pensión de invalidez, solicitada por la accionante, es la vigente a la fecha de estructuración de la invalidez, “la cual en el caso que nos ocupa corresponde al Acuerdo 224 de 1996, aprobado por el Decreto 3041 de 1966”. Solicita, en consecuencia, que se niegue la tutela.

1. Decisiones de tutela objeto de revisión

3.1 Expediente T-2.364.245

3.1.1 Sentencia del 14 de mayo del 2009 proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto.

Tras realizar un exhaustivo repaso de las sentencias de las Salas de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional en las que, por virtud del principio de progresividad en materia de derechos sociales, se inaplicó el requisito de fidelidad contenido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, y después de concluir que las circunstancias fácticas que precedieron a aquellas decisiones son en lo sustancial similares al caso del ciudadano José Vicente Yela Yela, este Juzgado procedió a inaplicar la Ley 860 y en su lugar dar por cumplidos los requisitos que exigía el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original. En consecuencia, concedió el amparo invocado y ordenó al Seguro Social que se diera aplicación a este último artículo, y se procediera a reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor del accionante, desde la fecha en que éste solicitó su reconocimiento.

3.1.2 Sentencia del 1º de julio de 2009 proferida por la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto.

Ante la impugnación interpuesta por el Instituto de Seguros Sociales, el Tribunal comienza por constatar que en el presente caso, dada la avanzada edad del accionante, su invalidez, y su vinculación al régimen subsidiado de pensiones, se dan los requisitos legal y jurisprudencialmente establecidos para que proceda la tutela con el fin de evitar un perjuicio irremediable. En consecuencia, el Tribunal decide modificar el fallo de primera instancia en el sentido de establecer que el amparo se concede, pero en forma transitoria. Por lo tanto, el Tribunal decide que el Seguro Social debe reconocer en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, la pensión de invalidez al accionante, y cumplir de manera periódica y oportuna con las obligaciones que se generen de tal reconocimiento, mientras el juez laboral decide con carácter definitivo la situación pensional del actor. En consecuencia, este fallo de segunda instancia le otorgó al accionante un término improrrogable de cuatro meses para que presentara su demanda ante la autoridad judicial competente en orden a que allí se definiera su situación pensional.

1. Expediente T- 2.397.164

1. Sentencia del 9 de junio de 2009, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali.

Este Juzgado Primero Penal Municipal, ante la información suministrada en su intervención por Porvenir S.A., solicitó al Juzgado Séptimo Municipal de Cali con Funciones de Conocimiento copia auténtica de una sentencia de tutela proferida por aquel despacho, y constató que las pretensiones invocadas por el actor en aquella oportunidad eran iguales a las del presente trámite, contra la misma entidad, y con los mismos fundamentos. Por lo tanto, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, procedió a negar la acción de tutela, pero se le aclaró al accionante que cuenta con otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción ordinaria, para reclamar su derecho de pensión de invalidez, si llena los requisitos legales para ello.

1. Sentencia del 15 de julio de 2009, proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali.

Ante la impugnación presentada por el apoderado del accionante, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali consideró que por los mismos hechos y derechos ya se había ventilado en estrados una acción de tutela. Casi dos años habrán transcurrido desde entonces, sin que actor accediera a la vía ordinaria en busca de la protección de su derecho. Por lo demás, ni él ni su apoderado aportaron prueba alguna para desvirtuar la afirmación de la entidad accionada en el sentido de que el tutelante no cumplía con el requisito de fidelidad exigido por la Ley 860 de 2003. Por ello, se confirmó el fallo de primera instancia.

3.3 Expediente T-2.399.024: Sentencia del 3 de agosto de 2009, proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga.

El Juzgado consideró que la actora no interpuso los recursos de vía gubernativa contra la decisión del ISS que le negó la pensión y que, en todo caso, la solución de la controversia planteada recaía sobre la jurisdicción contencioso administrativa. Tampoco percibió el

Despacho que existiera un perjuicio irremediable que hiciera procedente la tutela como mecanismo transitorio, dado que la accionante no es aún una adulta mayor y sigue trabajando. Aquí no se trata de ordenar el pago de una prestación ya reconocida “sino de dejar sin efecto un acto administrativo que está en firme y que no ha sido declarado ilegal por la autoridad competente”, lo cual hace improcedente la tutela.

Este fallo no fue impugnado.

1. Expediente T- 2.399.048

1. Sentencia del 27 de mayo de 2009, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira.

Este Juzgado consideró que la tutela no podía prosperar, por cuanto lo planteado en ella ya había sido objeto de estudio y decisión, en dos instancias, en proceso laboral ordinario. “Pretender que a través del trámite excepcional y subsidiario de la acción de tutela se dejen sin efecto unas decisiones adoptadas por autoridad competente y en ejercicio de su función jurisdiccional, sería llevar a que el juez de tutela invada la autonomía de que gozan los funcionarios judiciales al decidir los asuntos sometidos a su consideración”. Por lo tanto, se negó la tutela, al considerar el Despacho que el asunto ya había sido dirimido en la justicia ordinaria.

1. Sentencia del 30 de julio de 2009, proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Al resolver la impugnación presentada por la apoderada de la ciudadana actora, esta Sala de Decisión consideró que “en el presente caso se tiene que existen vías ante la jurisdicción ordinaria que incluso ya tomaron decisiones de fondo, donde hubo un juicio garantista, controversia de pruebas, y en presencia de las partes asistidas por sus apoderados judiciales donde se tomó la decisión de acuerdo a los presupuestos establecidos en esa materia; se

hizo uso de los recursos, por lo cual la Sala Laboral de esta corporación, confirmó lo decidido por el a quo. Ahora no puede la accionante pretender que este juez constitucional colegiado reconozca un derecho que ya quedó finiquitado ante la jurisdicción ordinaria". Adicionalmente, se consideró que si la inconformidad de la accionante era frente a la decisión de los jueces laborales ordinarios (en este caso, Juzgado Tercero Laboral de Pereira y Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira), "debió hacer uso de los recursos ordinarios o en su defecto alegar la existencia de una vía de hecho que afectara la legalidad de esas decisiones". Basado en el carácter residual, subsidiario y netamente excepcional de la acción de tutela, la Sala decidió confirmar el fallo de primera instancia.

4. Actuación de la Corte Constitucional en sede de revisión.

Mediante auto del 8 de octubre de 2009, la Sala de Selección de Tutelas Número Diez decidió seleccionar los cuatro expedientes reseñados en los acápites anteriores (T-2.397.164, T-2.399.048, T-2.399024 y T-2.364.245), y repartirlos al Magistrado Mauricio González Cuervo, por presentar unidad de materia, "para que sean reseñados en una sola sentencia si así lo considera la correspondiente Sala de Revisión".

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Sala es competente para la revisión del presente caso, con fundamento en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Nacional y 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto de Sala de Selección número Diez.

2. Cuestión de constitucionalidad.

2.1 Procedencia de la tutela.

Antes de resolver la cuestión sustancial, se hace necesario abordar el asunto preliminar relacionado con la procedencia de la acción de tutela en casos como los cuatro que ahora se deciden, toda vez que en algunos de ellos las partes adujeron que la acción de tutela no es el camino judicial procedente para resolver asuntos relacionados con el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez de origen común.

Es cierto que la Corte Constitucional en estos casos ha establecido como regla general la improcedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de derechos pensionales¹. Al respecto, la Corte ha dicho recurrentemente que:

“Teniendo en cuenta tal disposición y en tratándose de la solicitud del reconocimiento y pago de un derecho pensional, esta Corporación ha sido consistente en sostener que la acción de tutela resulta, por regla general, improcedente para resolver cuestiones de esta estirpe, toda vez que por su naturaleza excepcional y subsidiaria, no puede reemplazar las acciones ordinarias laborales concebidas por el Legislador para resolver asuntos de carácter litigioso. De tal suerte que la existencia y disposición de otros medios de defensa judiciales como escenarios pertinentes para ventilar tanto las diversas controversias de índole económica como para desplegar ampliamente las diferentes garantías de orden procesal encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen, permiten suponer que, en principio, la acción de amparo constitucional se torna en un mecanismo impropio para decidir sobre tales pretensiones.”²

Al mismo tiempo, sin embargo, la Corte ha dicho que si los medios ordinarios no garantizan con eficacia e idoneidad el derecho a la pensión, o tal desprotección implica una afectación de las condiciones de vida del discapacitado y su familia de tal magnitud que podría ponerse en riesgo el derecho a la alimentación, al mínimo vital, y en general, a la dignidad, al juez de tutela le es dable conceder la protección solicitada. La Corte también ha reconocido que si estas circunstancias de desprotección se predicen, además, de personas de la tercera edad (artículo 46 C.P.), o de sujetos de especial protección como las mencionadas en el artículo 47 de la Carta (disminuidos físicos, sensoriales y síquicos), los requisitos de procedibilidad de la tutela para proteger derechos pensionales se analizan con un mayor grado de flexibilidad, toda vez que los medios de respuesta ordinarios pueden resultar, por el tiempo que dura su trámite, ineficaces para la protección de los derechos fundamentales de las personas de quienes se predicen tales condiciones, quienes suelen carecer de otra fuente de ingresos económicos.

En los cuatro casos acumulados que se resuelven en el presente fallo, se tiene que los accionantes son personas de la tercera edad y/o con una incapacidad laboral oficialmente reconocida de tal nivel que les impide continuar consiguiendo el sustento con su propio trabajo. De modo que, al menos en principio, y dado que se cumple el presupuesto básico

jurisprudencialmente establecido, es procedente abordar el estudio de las pretensiones de fondo planteadas por los accionantes en sede de tutela. 3 En cada caso concreto se verá si concurren otros factores que hagan improcedente la acción de tutela.

2.2 Problema de Constitucionalidad

Los cuatro expedientes acumulados tienen entre sí algunas diferencias fácticas que se consideraran más adelante, al resolver cada caso concreto, pero la cuestión principal que gira en torno a ellas es el relativo a los requisitos actualmente vigentes para reconocer y pagar una pensión de invalidez de origen común. El asunto ha tenido una evolución, especialmente a la luz de los pronunciamientos de la Corte en relación con la Ley 860 de 2003. Se hace necesario entonces determinar cuál es hoy en día, de conformidad con la jurisprudencia y las normas vigentes, el régimen aplicable a las pensiones de invalidez de origen común, y decidir en consecuencia las órdenes pertinentes para cada uno de los casos planteados.

3 Consideraciones de la Sala

3.1 Consideraciones generales sobre los requisitos hoy en día vigentes para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de origen común

En el año 2003, el legislador decidió modificar, mediante la Ley 860, los requisitos para tener derecho a una pensión de invalidez de origen común. Con anterioridad al 2003, los requisitos estaban contenidos en la Ley 100 de 1993. La siguiente tabla compara las disposiciones de la Ley 100 y de la Ley 860.

Ley 100 de 1993

Ley 860 de 2003

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:

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.

ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

Artículo 39. 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.

En varias sentencias de tutela, la Corte Constitucional inaplicó para casos concretos el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por considerar que se trataba de una norma regresiva. Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias T - 1040/08, T-590/08, T - 104/08, T- 103/08 y T - 1048/07.

Las tutelas aquí revisadas fueron interpuestas cuando ya se conocía esta reiterada jurisprudencia y, salvo uno de los casos, los respectivos fallos en todo caso negaron la protección solicitada. En principio, entonces, procedería simplemente reiterar lo establecido en los citados fallos de la Corte Constitucional, inaplicar el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y ordenar la aplicación de la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, a fecha de hoy, como ya lo han reconocido las sentencias T-485/09, T-609/09, T-622/09, T-710/09, y T-822/09, existe un fallo general y abstracto de constitucionalidad sobre el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, con efectos erga omnes, y a él habrá de atenerse la Corte. Se trata de la Sentencia C-428 de 2009, en la que se declaró la exequibilidad del requisito de densidad de cotización consistente en acreditar la cotización durante cincuenta semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad o del accidente causante de la invalidez, según el caso, pero se declaró la inexecutable del llamado requisito de fidelidad, que exigía cotización para con el sistema en un porcentaje de al menos veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en el que la persona cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. Este último requisito fue declarado inexecutable porque la Corte Constitucional lo consideró violatorio del principio de progresividad en materia de derechos prestacionales, en la medida en que imponía injustificadamente un requisito más gravoso para adquirir el derecho que aquel contemplado en la versión original del artículo 39 de la Ley 100.

En consecuencia, la decisión en sede de control abstracto de constitucionalidad prima sobre lo que hayan podido decir en casos concretos los fallos de tutela que inaplicaron la totalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Así las cosas, el régimen actualmente vigente en

materia de requisitos para la pensión de invalidez es el establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en la redacción que resulta de lo decidido por la Corte en la sentencia C-428 de 2009.

Así las cosas, tendrá derecho a la pensión de invalidez, por regla general⁴, el afiliado al sistema que sea declarado inválido⁵ y acredite haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, en el caso de invalidez por enfermedad, o al hecho causante de la invalidez, en el caso de accidente.

En términos generales, este es el criterio con el cual la Corte abordará el estudio de los cuatro casos que motivan el presente fallo. Ahora bien: podría argumentarse que la eliminación del requisito de fidelidad sólo puede aplicarse para los casos en que la invalidez se haya estructurado u originado en fecha posterior a la expedición de la sentencia C-428 de 2009. Sin embargo, en diversos fallos recientes de tutela la Corte ha desechado esa posibilidad, en los siguientes términos:

“Podría objetarse que la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición, la que se encontraba vigente al momento de presentar los elementos fácticos que sustentan la petición de la garantía.

Esta posición resulta fácilmente refutable, en el entendido que la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada por contravenir en casos concretos la norma fundamental⁶, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.

Adicionalmente, y si en gracia de discusión se aceptara que resultan constitucionalmente posibles tanto la interpretación que restringe la eficacia de la protección desde el momento en que se profirió la decisión y hacia el futuro, como la que predica su eficacia incluso para las situaciones que se configuraron antes de proferirse la decisión de la Corte, la vigencia del principio pro homine en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados, de manera que también en este caso se estaría ante la misma

conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos.”⁷

Con este parámetro normativo como criterio general, la Corte abordará brevemente el estudio específico de cada expediente:

1. Expediente T-2.364.245

En este caso se tiene que a José Vicente Yela Yela se le calificó una pérdida de capacidad laboral total de origen común del 73.9%, con fecha de estructuración del 5 de mayo del 2005. Para esta fecha estaba vigente la Ley 860 de 2003 y por tanto el criterio esbozado en el acápite anterior es plenamente aplicable. En resoluciones 638 del 17 de marzo de 2006 y 056 del 18 de abril de 2008, se le negó al señor Yela la pensión de invalidez por no cumplir el requisito de fidelidad, pero se reconoció expresamente, en ambas ocasiones, que sí cumplía con el requisito de densidad de cotización: 50 semanas cotizadas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, “por cuanto tiene 910 días cotizados que equivalen a 130 semanas válidamente cotizadas durante el período comprendido entre el 5 de mayo de 2002 al 5 de mayo de 2005”.⁸

En ese orden de ideas, a la Sala no le restaría sino confirmar los fallos de instancia (Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto y Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto) que concedieron el amparo solicitado y ordenaron, correctamente, el pago de la pensión de invalidez. Sin embargo, se hace necesaria una precisión adicional, toda vez que el Tribunal Superior de Pasto, en Sala Laboral, introdujo una modificación al fallo de primera instancia, que esta Sala de Revisión no comparte.

Tal como se explicó en el acápite 3.1.2 del capítulo de Antecedentes del presente fallo, el Tribunal, al conocer de la impugnación, modificó el fallo de primera instancia en el sentido de establecer que el amparo se concedía tan sólo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, y por lo tanto, le otorgó al accionante un término improrrogable de cuatro meses para que presentara la demanda ante la autoridad judicial competente en orden a que ésta defina su situación pensional.⁹

En aplicación de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, según el cual la existencia de otros medios de defensa judicial que hagan improcedente la tutela “será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”, la Sala encuentra que el accionante es una persona de la tercera edad, de escasos recursos económicos, y, sobre todo, con una pérdida de capacidad laboral oficialmente diagnosticada de más del 73%. En estas circunstancias, es claro que los medios judiciales ordinarios serían en este caso ineficaces para proteger el derecho fundamental al mínimo vital del actor.

Por lo tanto, la Sala confirmará la decisión principal de los falladores de instancia, pero revocará lo decidido en segunda instancia en cuanto le reconoció un carácter meramente transitorio al amparo concedido.

1. Expediente T- 2.397.164

En este expediente se tiene que a Armando Granados Arana le calificaron una pérdida de capacidad laboral del 70.52%, con fecha de estructuración 21 de junio de 2006, esto es, bajo la vigencia del artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Sin embargo, la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. le negó la pensión de invalidez el 9 de julio de 2007, por considerar que el tiempo transcurrido entre el momento en que el señor Granados cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, necesitaba como requisito de fidelidad para con el sistema haber cotizado 52.16 meses, y sólo contaba con 17 meses durante ese término.

Dado que, por las razones anteriormente explicadas, este requisito de fidelidad no es exigible, procedería en este caso que la Sala simplemente ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, toda vez que (i) el accionante ha sido declarado inválido y (ii) La A.F.P. PORVENIR no negó que se cumpliera el requisito de densidad de cotización consistente en haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.

El caso, sin embargo, plantea una complejidad adicional. Los dos fallos de instancia negaron la tutela, no por razones de fondo, sino por considerar que había temeridad por parte del

accionante. Ante una información aportada por Porvenir S.A., el juzgado de primera instancia solicitó al Juzgado Séptimo Penal Municipal de Cali con funciones de conocimiento copia auténtica de la sentencia dictada el 14 de noviembre del 2007, la cual se allegó al expediente. Al revisarla, el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali concluyó que se trataba de un fallo de tutela resultante de una acción promovida por la misma persona, sobre los mismos hechos y derechos, y aparentemente sin justificación alguna. En consecuencia, dio aplicación al artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 y negó el amparo. Con fundamentos similares, el juzgador de segunda instancia confirmó la decisión.

No cabe duda que en principio los juzgadores de instancia obraron conforme a derecho. Sin embargo, en varias ocasiones, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional han admitido, de manera excepcional, la posibilidad de que, aún en presencia de los supuestos de hecho del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991, no se configure la temeridad. Así por ejemplo, en la Sentencia T-1032 de 2008 se dijo:

“La Corte ha precisado que para la configuración de una actuación temeraria deben presentarse los siguientes elementos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa petendi; (iii) identidad de objeto; (iv) ausencia de motivo expresamente justificado, evento en el cual es procedente rechazar o decidir desfavorablemente la solicitud o declarar improcedente la acción e imponer las sanciones correspondientes (artículo 38 del Decreto 2591 de 1991).

No obstante lo anterior, esta Corporación también ha señalado que a pesar de confluir estos elementos, no se configura la temeridad si se deriva de las siguientes situaciones: (i) estado de ignorancia o de especial vulnerabilidad o indefensión, y consecuente actuación por miedo insuperable o necesidad extrema de defender sus derechos; (ii) asesoramiento equivocado de los profesionales del derecho; (iii) nuevos eventos, posteriores al ejercicio de la acción u omitidos en el trámite de la misma, u otra situación que no se hubiera tomado en cuenta para decidir la tutela anterior que involucra la necesidad de protección de los derechos; y (iv) existencia de una sentencia de unificación de la Corte Constitucional que justifica la presentación de nueva demanda de tutela”.

Y en la T-1104 de 2008, se reiteró:

“Caso excepcional que no configura temeridad: Con referencia a la verificación de que el caso no configure una excepción al uso temerario de la tutela pese a la presunta triple

identidad de los procesos, la Corte ha desarrollado varios criterios. Se ha sostenido que la declaratoria de improcedencia de la tutela por temeridad debe analizarse desde una perspectiva distinta a la meramente procedimental, cuando el ejercicio simultáneo o repetido de la acción de tutela se funda en: (i) la condición del actor que lo coloca en estado de ignorancia¹¹ o indefensión, propio de aquellas situaciones en que los individuos obran por miedo insuperable o por la necesidad extrema de defender un derecho y no por mala fe¹²; (ii) en el asesoramiento errado de los profesionales del derecho¹³; (iii) en la consideración de eventos nuevos que aparecieron con posterioridad a la interposición de la acción o que se omitieron en el trámite de la misma, o cualquier otra situación que no se haya tomado como base para decidir la(s) tutela(s) anterior(es) que implique la necesidad de proteger los derechos fundamentales del demandante¹⁴; y por último (iv) se puede resaltar la posibilidad de interponer una nueva acción de amparo cuando la Corte Constitucional profiere una sentencia de unificación, cuyos efectos hace explícitamente extensivos a un grupo de personas que se consideran en igualdad de condiciones, incluso si con anterioridad a dicha sentencia presentaron acción de tutela por los mismos hechos y con la misma pretensión.¹⁵

En el presente caso la Corte encuentra lo siguiente:

1. En noviembre 14 de 2007, cuando ya existía un considerable número de sentencias de la Corte Constitucional que habían inaplicado la Ley 860 de 2003 en casos concretos relacionados con pensiones de invalidez,¹⁶ se profirió el primer fallo de tutela respecto del ciudadano Armando Granados Arana. Ese fallo desconoció la jurisprudencia reiterada de la Corte sobre los requisitos válidos y no válidos para el reconocimiento de una pensión de invalidez.

1. Año y medio después, cuando se presentó la acción de tutela que da lugar a la presente revisión (26 de mayo de 2009), la Corte ha reiterado en por lo menos 20 sentencias más esa posición¹⁷. Entre tanto, han transcurrido casi 3 años desde que el actor perdió la posibilidad de generar ingresos económicos (la estructuración de su invalidez es del 21 de junio de 2006).

Esta revisión fáctica demuestra que ni el juez de la primera tutela, ni los jueces de la segunda tutela pudieron o quisieron tutelar el derecho del accionante en los términos en que reiteradamente, para casos similares, lo había hecho la Corte Constitucional.

En segundo lugar, se constata que durante el trámite de la segunda tutela surgió un hecho nuevo (la declaratoria de inconstitucionalidad definitiva y con efectos erga omnes del requisito de fidelidad al sistema que consagraba el artículo 1º de la Ley 860 de 2003), que refuerza la necesidad de amparar el derecho fundamental del demandante, pues tal requisito era el que se había invocado para negárselo. Aunque las sentencias de la Corte Constitucional sobre los requisitos para considerar no configurada la temeridad hablan de que ello pueda ocurrir por el hecho de que este tribunal profiera una sentencia de unificación, lo cierto es que una sentencia de inconstitucionalidad abstracta que se refiera a normas directamente relacionadas con los derechos en cuestión, también se convierte, necesariamente, en una circunstancia que justifica, excepcionalmente, el trámite de una segunda tutela. Además, como se explicó en el acápite 3.1 del presente fallo, la inconstitucionalidad decretada en julio de 2009, tiene efectos desde que se expidió la norma examinada, esto es, desde el 29 de diciembre de 2003.

Por lo demás, no se detecta mala fe o ánimo de perturbar la administración de justicia por parte del accionante, sino, por el contrario, una situación extrema de indefensión ante la continuada vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital que tres fallos de tutela no fueron capaces de corregir.

En consecuencia, comprobado como está que en este caso no se configuró la temeridad, la Sala revocará las decisiones de instancia y ordenará a Sociedad Administradora de de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que reconozca y pague la pensión de invalidez correspondiente, en el entendido de que, al no ser posible invocar el requisito de fidelidad al sistema, por ser éste inconstitucional, el señor Armando Granados Arana tiene derecho a ella por cuanto cumple los demás requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003, aplicable a este caso por ser la norma vigente en la fecha de estructuración de su invalidez.

No deja de llamar la atención que Porvenir S.A., a sabiendas de que el requisito de fidelidad al sistema fue declarado inconstitucional en julio de 2009, no hubiese procedido a buscar a

su afiliado, informarle de esa circunstancia, y proceder al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

1. Expediente T-2.399.024

En este expediente obra prueba de que a Antonia Rodríguez Moreno le calificaron una incapacidad laboral del 72.52%, estructurada el 10 de octubre de 2007, y que cotizó más de 50 semanas (145 semanas, de hecho), dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a dicha fecha de estructuración. Sin embargo, el Seguro Social le negó la pensión por no cumplir el requisito de fidelidad al sistema.

Con base en los criterios generales establecidos en el presente fallo, y dada la inconstitucionalidad de dicho requisito de fidelidad, que se predica desde el momento mismo en que erróneamente se introdujo en el ordenamiento jurídico colombiano, la Sala procederá a ordenar al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la señora Rodríguez Moreno.

Podría argumentarse en el presente caso, como lo afirma el Seguro Social y el juzgado que conoció de la acción de tutela en primera instancia, que la no interposición de los recursos de vía gubernativa contra la resolución 002005 de febrero 26 de 2009, expedida por la seccional Santander del Instituto de Seguros Sociales, que negó la pensión por invalidez al la señora Rodríguez Moreno, hace improcedente la tutela.

Sin embargo, este argumento no es de recibo por cuanto el artículo 9º del Decreto 2591 de 1991 expresamente establece que “no será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela...”. Por lo demás, la actora es una adulta mayor con una incapacidad laboral del 72.52%, lo que hace que cualquier procedimiento adicional, gubernativo o judicial, pueda poner en grave riesgo su derecho al mínimo vital.

La Sala ordenará en consecuencia al Seguro Social, Seccional Santander, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de la señora Antonia Rodríguez Moreno, por cumplir los requisitos fijados en la Ley 860 de 2003, aplicable a su caso por ser el régimen vigente al

momento de la estructuración de su invalidez (10 de octubre de 2007).

1. Expediente T- 2.399.048

En dictamen del 30 de junio de 2006, se determinó que Diana Carmenza Arias Gómez tiene una incapacidad laboral del 50.88%, pero se definió que la fecha de estructuración de dicha pérdida de capacidad laboral era 19 de junio de 1983.

El Seguro Social le negó la pensión de invalidez (en resolución de marzo de 2007, confirmada en mayo del mismo año), por considerar que, dada esa fecha de estructuración de la incapacidad, el régimen aplicable era el vigente en aquella época -1983-. Ese régimen, según el Seguro Social, es el acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 de 1966.

Según el artículo 5º del Acuerdo 224 de 1966, los presupuestos para acceder a la pensión de invalidez eran los siguientes:

-Ser inválido permanente conforme a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 90 de 1946, y

-Tener acreditadas ciento cincuenta (150) semanas de cotización dentro de los seis (6) años anteriores a la invalidez, setenta y cinco (75) de las cuales deben corresponder a los últimos tres años.

Argumentó el Seguro que en cuanto al carácter de discapacitada para laborar, no existe discusión alguna. En cuanto a la densidad de cotizaciones, se tiene que la Señora Aria Gómez empezó a cotizar al sistema de seguridad social en pensiones desde el 20 de mayo de 1976. Partiendo de la fecha de estructuración de la invalidez -19 de julio de 1983-, deben contabilizarse hacia atrás 6 años -19 de julio de 1977-, lapso dentro del cual se debieron cotizar al menos 150 semanas, densidad que se cumple a plenitud en este caso, pues se aportaron 165 semanas en dicho período. Pero, además, se impuso que por lo menos 75 de esas 150 semanas debieron haberse aportado en los 3 años anteriores a la estructuración, aspecto que no se cumple, pues apenas se acreditan 67.2857 semanas.

En consecuencia, corresponde a la Sala dilucidar si desde el punto de vista constitucional, es

correcto aplicarle a la actora un régimen de requisitos vigente cuando aún le restaban 23 años de vida laboral -pues ella cotizó hasta el 30 de junio de 2006-, para efectos de reconocerle su pensión de invalidez.

El inciso final del artículo 40 de la Ley 100 de 1993 establece que “la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado”.

Adicionalmente, el artículo 3º del Decreto 917 de 1999, que modificó el Decreto 692 de 1995, contenido del Manual Único para la Calificación de Invalidez, establece lo siguiente:

“ARTICULO 3o. FECHA DE ESTRUCTURACIÓN O DECLARATORIA DE LA PÉRDIDA DE LA CAPACIDAD LABORAL. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.”

Luego, necesariamente ha de llegarse a la conclusión de que la Señora Arias Gómez no pudo ser inválida durante todos esos años. No sólo trabajó, sino que cotizó, lo cual le habría sido imposible si hubiese perdido su capacidad laboral en forma permanente y definitiva desde el 19 de junio de 1983. Tanto desde el punto de vista normativo como jurisprudencial, la estructuración de la invalidez no puede preceder en más de dos décadas al momento en que la persona efectivamente dejó de trabajar. Al respecto, ha dicho la Corte:

“Este estado de invalidez se determina por medio de una calificación proferida por las entidades autorizadas por la ley, a partir de la cual se obtiene un dictamen de la condición de la persona que comprende el porcentaje de afectación producido por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad y minusvalía que arrojan un valor y determinan en conjunto un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha en la que se estructuró la invalidez, la cual resulta de vital importancia, por cuanto es el indicativo temporal, que señala cuándo la persona ve mermadas sus capacidades

laborales y, por tanto determina el momento a partir del cual, al no serle posible continuar generando ingresos, la facultad para exigir el pago de una prestación monetaria como sustituto de éstos.”¹⁸

En el caso presente, la ciudadana Arias Gómez no vio mermadas sus capacidades laborales, ni desapareció su posibilidad de generar ingresos en el año 1983. Muy por el contrario, del expediente se deriva inequívocamente que continuó laborando, generando ingresos y cotizando al sistema pensional durante más de dos décadas con posterioridad a esa fecha. La Corte, en ocasiones anteriores, al estudiar casos análogos al presente, derivados por ejemplo de situaciones en las que a los portadores del VIH se les califica un estado de invalidez con fecha de estructuración significativamente anterior, ha dicho lo siguiente:

“Así pues, el carácter progresivo del SIDA puede determinar que el estado de salud de la persona contagiada le impida continuar desempeñando sus actividades laborales, motivo por el cual se ve en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, para lo cual se debe analizar el cumplimiento de los requisitos legales a la luz del carácter sui generis de esta enfermedad.

En este contexto, es posible que, en razón del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad, pueden darse casos, como el presente, en los que, no obstante que de manera retroactiva se fije una determinada fecha de estructuración de la invalidez, la persona haya conservado capacidades funcionales, y, de hecho, haya continuado con su vinculación laboral y realizado los correspondientes aportes al sistema de seguridad social hasta el momento en el que se le practicó el examen de calificación de la invalidez. Así pues, el hecho de que la estructuración sea fijada en una fecha anterior al momento en que se pudo verificar la condición de inválido por medio de la calificación de la junta, puede conllevar a que el solicitante de la pensión acumule cotizaciones durante un periodo posterior a la fecha en la que, según los dictámenes médicos, se había estructurado la invalidez, y durante el cual se contaba con las capacidades físicas para continuar trabajando y no existía un dictamen en el que constara la condición de invalidez.

En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones

especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, dado que la pensión de invalidez tiene la finalidad de sustituir los emolumentos dejados de percibir, el solicitante solo tendría interés y necesidad en reclamarla cuando sus condiciones de salud le impidan continuar laborando y por tanto percibiendo ingresos. Así, cabría cuestionarse si es procedente que la respectiva A.F.P. desconozca las cotizaciones realizadas desde la fecha de estructuración hasta el momento de la calificación, cuando efectivamente se pudo establecer el estado de invalidez.

Es de anotar que la anterior dificultad se refiere a aquellos casos en que enfermedades de tipo degenerativo determinan que el afectado continúa cotizando después de una fecha de estructuración que se fija posteriormente en la calificación de la pérdida de las capacidades laborales, mas no cuando a una persona ya se le hubiere practicado la calificación en la que constase el estado de invalidez y pretendiera que se tuviesen en cuenta las cotizaciones que, eventualmente, pudiese haber hecho después de la certificación de la invalidez".¹⁹

A la luz de estas consideraciones, la Corte, para efectos del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, declarará que la fecha respecto de la cual deben verificarse los requisitos es el 30 de junio de 2006, que es la fecha del dictamen, y la fecha en la que la accionante dejó de trabajar y de cotizar al sistema.

Existen, además, dos consideraciones adicionales que refuerzan la decisión que tomará la Sala respecto de este expediente:

-Por un lado, no cabe duda que en el presente caso hay un problema de violación del principio de confianza legítima en contra de la actora. Ella, de buena fe, cotizó durante cerca

de cinco lustros, a pesar de sus crecientes dificultades en salud, bajo el entendido de que, llegado el momento, tendría derecho a la pensión de invalidez o a las demás prestaciones del sistema de seguridad social en pensiones. Pero asalta su confianza legítima el que le hagan exigibles unos requisitos vigentes cuando apenas comenzaba su vida laboral, cuando la fecha en que iba a tener que dejar de laborar era supremamente incierta, o acaso inexistente, y cuando aún le restaban 23 años de cotización disciplinada al sistema. La posición del Seguro Social, en este caso, equivale a un desconocimiento injustificado de las cotizaciones hechas durante todos esos años.

-En segundo lugar, a la actora le están exigiendo el cumplimiento de un requisito de densidad de cotización que es mucho más exigente que el contemplado en la Ley 860 de 2003. En efecto, mientras en ésta última se exigen 50 semanas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, la norma que erróneamente se le exige cumplir a la accionante exige la cotización de setenta y cinco semanas durante el mismo lapso de tres años, en una época en la que ella apenas comenzaba su vida laboral. Se trata de una exigencia más gravosa, que en virtud del principio de favorabilidad en materia de derechos sociales, la Sala inaplicará.²⁰

En conclusión:

i. La Sala encuentra que es materialmente imposible que la ciudadana Arias Gomez haya entrado en situación de invalidez, esto es, de incapacidad laboral permanente y definitiva superior al 50%, 23 años antes del momento en que finalmente dejó de trabajar. De ser cierta esa posibilidad, le habría sido imposible laborar y cotizar al sistema, como en efecto lo hizo, según consta en el expediente.

i. Exigirle a la actora el cumplimiento de unos requisitos de densidad y fidelidad de cotización, vigentes cuando apenas empezaba su vida laboral, atenta contra el principio de confianza legítima, al cual tiene pleno derecho, especialmente si se tiene en cuenta que cotizó disciplinadamente al sistema durante todos los años previos al momento en que le calificaron la situación de invalidez.

i. El requisito que le están exigiendo a la accionante, con base en el cual el Seguro Social le negó la pensión de invalidez, es sustancialmente más desfavorable y regresivo que los que contiene el régimen aplicable al momento en que definitivamente dejó de laborar.

Se reitera que para el presente caso la fecha de calificación de la invalidez (30 de junio de 2006), por razones de precisión, se tomará como equivalente a la fecha de estructuración de la misma.

Por lo tanto, el régimen aplicable es el contenido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, tal y como quedó redactado de conformidad con la Sentencia C-428 de 2009. Esto significa que a la actora sólo le será exigible el requisito de haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al 30 de junio de 2006, en el entendido de que cumple el único otro requisito: haber sido declarada inválida.²¹

Infortunadamente, no obra en el expediente prueba cierta de que la actora cumple ese requisito de densidad. En consecuencia, a la Sala le es imposible ordenar directamente, como sí lo hace en los otros casos aquí acumulados, el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a la actora. Lo que procede entonces, es ordenar a la Administradora de Pensiones Protección S.A., entidad a la que se encontraba afiliada la accionante en el momento de la calificación de la invalidez, en conjunto con el Instituto de Seguros Sociales, seccional Risaralda, que verifique si ella cumplía en la fecha indicada -30 de junio de 2006-, el requisito de densidad de cotización establecido en la Ley 860 de 2003. En caso de que en efecto lo cumpla, y sólo en ese evento, la Administradora del Fondo de Pensiones deberá reconocer y pagar la correspondiente pensión.

No sobra reiterar que, por las razones expuestas a todo lo largo de esta sentencia, a la actora no le será exigible el requisito de fidelidad que originalmente contenía dicha ley, pues la declaratoria de inconstitucionalidad de dicho requisito tiene efectos desde la promulgación de la misma.

Para los efectos de lo que aquí se ordenará, es constitucionalmente irrelevante que la actora haya tramitado su reclamo previamente ante la jurisdicción laboral ordinaria, pues la Sala verifica que ese curso judicial ordinario resultó ineficaz para la protección idónea del derecho

a su pensión de invalidez. Su situación oficialmente comprobada de discapacidad subraya la necesidad de que el juez de tutela tome las medidas pertinentes para garantizarle el derecho al mínimo vital.

1. Razones de la decisión.

La Sala constata que es procedente la acción de tutela como mecanismo excepcional para el efecto del reconocimiento y pago de pensiones de invalidez en los cuatro casos revisados en el presente fallo, a la luz de la jurisprudencia sobre la materia, y dada la situación de especial desprotección en que, por su circunstancia de discapacidad que les impide generar recursos propios, se encuentran los accionantes.

En aplicación de la sentencia C-428 de 2009, la Sala establece como criterio general que si la estructuración de la invalidez por enfermedad ocurrió con posterioridad al 29 de diciembre de 2003, fecha de entrada en vigor de la Ley 860 de 2003, los únicos dos requisitos para acceder a la pensión de invalidez son:

1. Haber sido declarado inválido.

1. Haber cotizado cincuenta semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración.

En los cuatro fallos aquí analizados, atendidas sus diferencias fácticas, hay lugar a la aplicación de esta regla general. En consecuencia, la Sala dictará las decisiones pertinentes en cada caso, cuya justificación se encuentra en los respectivos acápite.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

PRIMERO:- Respecto del expediente T- 2.364.245, CONFIRMAR el fallo proferido por el la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, proferido el 1º de julio de 2009, que, al confirmar el fallo de primera instancia proferido el 14 de mayo de 2009 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, amparó el derecho a la pensión de invalidez del ciudadano José Vicente Yela Yela, identificado con la cédula de ciudadanía 5.327.606 de Samaniego, Nariño. Por las razones expuestas en esta providencia, MODIFICAR los apartes del fallo confirmado que le dieron al amparo concedido un carácter transitorio, y en su lugar ORDENAR que las órdenes en él contenidas se entiendan como permanentes y definitivas.

SEGUNDO:- Respecto del expediente T-2.397.164, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Cali el 15 de julio de 2009, que a su vez confirmó la sentencia de primera instancia proferida el 9 de junio de 2009 por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali, y en su lugar, AMPARAR el derecho a la pensión de invalidez del ciudadano Armando Granados Arana. En consecuencia, ORDENAR a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague la pensión de invalidez por riesgo común a la que tiene derecho el ciudadano Armando Granados Arana, identificado con la cédula de ciudadanía No 94.226.436 de Zarzal, Valle del Cauca, desde la fecha en que se estructuró la invalidez.

TERCERO:- Respecto del expediente T-2.399.024, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Bucaramanga el 3 de agosto de 2009, y en su lugar AMPARAR el derecho a la pensión de invalidez de la ciudadana Antonia Rodríguez Moreno, identificada con la cédula de ciudadanía 37.814.564 de Bucaramanga. En consecuencia, ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Santander, que en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia, reconozca y pague la pensión de invalidez por riesgo común a la que tiene derecho Antonia Rodríguez Moreno, desde la fecha en que se estructuró la invalidez.

CUARTO:- Respecto del expediente T-2.399.048, REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, proferida el 30 de julio

de 2009, que a su vez confirmó la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pereira el 27 de mayo de 2009, y en su lugar AMPARAR el derecho a la pensión de invalidez de la ciudadana Diana Carmenza Arias Gómez, identificada con la cédula de ciudadanía 34.042.298. En consecuencia, ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones Protección S.A. que, en conjunto con el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Risaralda, verifique en el término de 48 horas contados a partir de la notificación de esta providencia, si Diana Carmenza Arias Gómez cumple las 50 semanas de cotización en los tres años anteriores al 30 de junio de 2006. En caso de que sí los cumpla, Protección S.A. deberá reconocer y pagar en las 48 horas siguientes al vencimiento del plazo para la verificación aquí ordenada, la pensión de invalidez por riesgo común a la que tiene derecho Diana Carmenza Arias Gómez, desde el 30 de junio de 2006.

QUINTO:-Por la Secretaría General, LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado Ponente

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias T-657/05, T-691/05, T-971/05, T-1065/05, T-008/06, T-630/06, T-692/06, T-701/06, T-836/06, T-129/07, T-168/07, T-184/07, T-236/07, T-326/07, T-335/07, T-593/07, entre otras.

2 Sentencia T - 177/08.

3 José Vicente Yela Yela tiene 63 años y una incapacidad laboral del 73.9% por desprendimiento de retina derecho, vasculitis y glaucoma del ojo izquierdo; Armando Granados Arana tiene 43 años y una incapacidad laboral del 70.52% por problemas renales graves; Antonia Rodríguez Moreno tiene 59 años y una incapacidad laboral del 72.52% y Diana Carmenza Arias Gómez tiene 54 años y una incapacidad laboral por enfermedad degenerativa del 50.88%.

4 El artículo 1 de la Ley 860 de 2003 tiene unas reglas especiales para los menores de 20 años y para quienes están próximos a cumplir los requisitos para hacerse a una pensión de vejez.

5 Dice el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 que se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

6 Sentencias T - 1040 de 2008 Sala Novena de Revisión T-590 de 2008 de la Sala Tercera de Revisión, T - 104 de 2008 de la Sala Cuarta de Revisión, T- 103 de 2008 de la Sala Tercera de Revisión y T - 1048 de 2007 de la Sala Tercera de Revisión, entre otras.

7 T-609/09

8 Fl 15. cuaderno 3. Expediente T-2364245

9 Folio 16. Cuaderno 2. Expediente T-2364245

10 Decreto 2591 de 1991, Artículo 38: "Cuando, sin motivo expresamente justificado, la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios

jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes”.

11 Sentencia T-184 de 2005.

12 Sentencias T-1215/03, T-721/03, T-184/05. También las sentencias T-308 de 1995, T-145 de 1995, T-091 de 1996, T-001 de 1997.

13 Sentencia T-721/03.

14 Sentencias T-149/95, T-566/01, T-458 de 2003, T-919/03 y T-707/03.

16 T-221/06, T-580/07, T-641/07, T-699/07.

17 T-69/08, T-67/08, T-78/08, T-80/08, T-103/08, T-104/08, T-110/08, T-145/08, T-287/08, T-550/08, T-590/08, T-688/08, T-752/08, T-791/08, T-826/08, T-938/08, T-1013/08, T-1203/08, T-1213/08, T-075/09, T-121/09, T-270/09, T-271/09, T-283/09, entre otras.

18 Sentencia T-077/08.

19 Sentencia T-699 A/07. En el mismo sentido, T-043/07 y T-710/09.

20 La Corte ha dicho que el principio de favorabilidad laboral es un imperativo constitucional. Se ha definido en los siguientes términos: “Ante la duda en la determinación de la norma aplicable, debió haberse preferido aquella que otorgaba mejores condiciones al trabajador, esto es, la disposición que posibilite el acceso a la prestación económica solicitada”. (Sentencia T-043/07).

21 Fl. 18, expediente 2399048. Dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.