

Sentencia T-145/08

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos para obtener reconocimiento y pago/ PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN

ACCION DE TUTELA-Procedencia por cuanto se cumplen los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez

La persona a quien se niega la pensión de invalidez teniendo derecho a ella, puede acudir en su oportunidad a la acción de tutela para impetrar su reconocimiento por parte de la entidad competente, si además se halla ante un perjuicio irremediable que en su caso particular hace gravoso el acceso a los medios ordinarios de defensa judicial, situación que deberá ser evaluada de manera condigna por el juez constitucional al momento de pronunciarse sobre el amparo, por tratarse de sujetos de especial protección.

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

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

ACCION DE TUTELA-Aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993

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

PENSION DE INVALIDEZ-Caso en que el ISS negó el reconocimiento con base en la modificación que hizo la Ley 860/03/PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Caso en que la demandante cumple con los requisitos del régimen anterior

Asiste razón a las mencionadas corporaciones al considerar que las solicitudes relativas al reconocimiento de pensiones no deben ser resueltas por el juez constitucional, sino en primer término por el juez ordinario, toda vez que se busca obtener la declaración de un derecho subjetivo mediante la acreditación de requisitos definidos en la ley. Igualmente, aciertan en que la acción de tutela resulta improcedente para determinar el responsable del pago de aporte para pensiones. Sin embargo, cabe valorar otras circunstancias relevantes, con

potencialidad para cambiar el sentido de sus decisiones, en particular el hecho de que por el estado de invalidez del accionante los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos para obtener el restablecimiento de sus derechos fundamentales y que durante el trámite de la acción de tutela las entidades accionadas no desvirtuaron las afirmaciones del señor Rivadeneira Téllez sobre su precaria situación económica y la discapacidad que le impide trabajar y conseguir recursos para su digna subsistencia, situación que implica seria afectación de su derecho fundamental al mínimo vital y, por ende, conlleva para él un perjuicio irremediable, que posibilita un pronunciamiento de fondo en relación con la solicitud de pensión de invalidez. Otro aspecto cuyo análisis también puede adicionarse a lo estudiado por las instancias, es el atinente a la vulneración de los derechos fundamentales del petitionario como consecuencia del tránsito normativo operado en virtud de la Ley 860 de 2003, preceptiva que, según se anotó, ha sido calificada de regresiva por la jurisprudencia constitucional, al establecer requisitos más gravosos para acceder a la pensión de invalidez, que los fijados originalmente en la Ley 100 de 1993, bajo la cual el accionante tiene derecho al reconocimiento de dicha prestación, según se explicará a continuación. Ciertamente, en el caso que se revisa la aplicación del nuevo régimen de la pensión de invalidez previsto en la Ley 860 de 2003 resulta desproporcionada, puesto que habiendo sido declarado invalido y cotizado un total de 243 semanas hasta la fecha de estructuración de la invalidez, de las cuales 124 semanas lo fueron dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, también se le exige una cuota de fidelidad al sistema de seguridad social correspondiente al 20% del tiempo de cotización, transcurrido desde el momento en que cumplió 20 años y la fecha de estructuración de la invalidez, que además altera las fundadas expectativas del señor Rivadeneira Téllez de obtener la pensión con base en los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, satisfechos por él, ya que al momento de producirse su discapacidad se encontraba afiliado y sus semanas de cotización superan ampliamente en número las 26 exigidas en la antigua ley. Así mismo, su incapacidad se estructuró tan solo dos años después de entrar en vigencia la nueva regulación. Como puede observarse, no hay razón para aplicar al caso del accionante Rivadeneira Téllez, las disposiciones resultantes del tránsito normativo operado en virtud de la Ley 860 de 2003, dada la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructuró su invalidez y la modificación normativa que impuso condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación por él solicitada; así mismo, acreditó el cumplimiento de las condiciones previstas originalmente en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de

invalidez, habiendo además agotado oportunamente en sede administrativa los medios de impugnación a su alcance, sin que pudiera exigírsele para la procedencia de la tutela que también actuare ante las instancias judiciales competentes, por ser una carga desproporcionada para él en razón de sus condiciones personales de indefensión. Como se expresó anteriormente, en tales circunstancias el principio de subsidiariedad de la acción de tutela debe matizarse por el juez de tutela, ya que en la mayoría de los casos quien ha perdido en más de un 50% su capacidad laboral se encuentra desamparado, de modo que compromete la dignidad humana exigir, en dado caso, el agotamiento de los recursos judiciales.

PENSION DE INVALIDEZ-Reconocimiento con base en régimen consagrado en artículo 39 de Ley 100/93

Siguiendo los precedentes relacionados anteriormente, ordenará que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el ISS revoque las Resoluciones 046474 del 2 de noviembre de 2006, que negó la pensión de invalidez y 0025523 del 14 de junio de 2007, que confirmó la negativa, debiendo proferir en su reemplazo, dentro de los 10 días siguientes, el acto administrativo de reconocimiento de esa prestación desde que el accionante elevó la respectiva petición conforme a lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y sin perjuicio de la compensación a que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

Referencia. expediente T-1688086.

Acción de tutela presentada por Alberto Rivadeneira Téllez contra el Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca; Banco de la República; Ministerio de Relaciones Exteriores; Banco de Comercio Exterior, BANCOLDEX; Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO; Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior, FIDUCOLDEX S.A.; y Fideicomiso de Promoción de Exportaciones, PROEXPORT.

Procedencia: Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA.

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de febrero de dos mil ocho (2008).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Clara Inés Vargas Hernández, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la decisión proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, respecto de la acción de tutela instaurada por Alberto Rivadeneira Téllez contra las siguientes entidades: Instituto de Seguros Sociales, Seccional Cundinamarca; Banco de la República; Ministerio de Relaciones Exteriores; Banco de Comercio Exterior, BANCOLDEX; Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO; Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior, FIDUCOLDEX S.A., y Fideicomiso de Promoción de Exportaciones PROEXPORT.

El expediente llegó a la Corte por remisión que hizo el primer despacho judicial mencionado, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 inciso 2° de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, siendo escogido para su revisión por la Sala de Selección N° 8 de esta corporación, el 24 de agosto de 2007.

### I. ANTECEDENTES.

Alberto Rivadeneira Téllez presentó acción de tutela contra las entidades antes realcionadas y “cualquier otra que se considere debe concurrir al pago de la pensión de invalidez” a la cual alega tener derecho, al estimar que han vulnerado sus derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, salud, mínimo vital y trabajo, con base en los hechos que a continuación se resumen.

#### A. Hechos y narración realizada por el demandante.

Señala el accionante que a la fecha cuenta con 68 años de edad y por ello merece “protección constitucional especial como adulto mayor”, además porque de acuerdo con el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se le determinó un 66.05% de pérdida de capacidad laboral, que avala su “total estado de indefensión”.

Sostiene que al expedir ese acto administrativo, la accionada no tuvo en cuenta que desde el 19 de octubre de 1971 hasta el 13 de enero de 1976 se desempeñó como Agregado Comercial en la Embajada de Colombia en Panamá, según consta en la certificación expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores que adjunta, “vinculación que debió cobrarse vía cuota parte o bono pensional a la entidad responsable de su pago”, ni consideró que desde el 13 de enero de 1976 hasta 1978 siguió vinculado al Banco de la República, período que a su juicio también debió ser computado y cobrado a la respectiva entidad, para el cálculo del tiempo cotizado.

Afirma que, sin resultado, ha realizado todas las gestiones que están a su alcance para que las entidades accionadas certifiquen el tiempo laborado y asuman la responsabilidad pensional que les corresponde, como lo corroboran la resolución en comento y las respuestas de las citadas instituciones, “en las que se evidencia que a pesar de haber servido durante varios años a mi país ninguna de ellas se hace responsable del pago de los aportes de mi pensión a la que tengo derecho”.

Cree hallarse dentro de los supuestos fijados por la jurisprudencia constitucional para el reconocimiento de la pensión solicitada a través de tutela, pues no posee ingresos para subsistir y su estado de invalidez le impide desempeñar una actividad laboral que le procure sustento y también porque los documentos que adjunta demuestran que tiene derecho a la pensión de invalidez, la cual no ha podido reclamar por vía judicial, ya que “demandaría varios años e incrementaría mis gastos que no estoy en capacidad de sufragar”.

En su parecer, es injusto que pese a encontrarse en las mismas condiciones que otros trabajadores a los que se les ha reconocido la pensión de invalidez, a él se le niegue “por el silencio de las entidades responsables de concurrir al pago”, lo cual constituye a su modo de ver una violación al derecho a la igualdad, al trabajo y a recibir una remuneración mínima, vital y de acuerdo con su dignidad.

También estima violado el debido proceso, pues siendo los accionados responsables del pago de su pensión y conociendo las condiciones por las que atraviesa, no han actuado diligentemente y, por el contrario, lo han sometido a innumerables actuaciones, “siendo que ellos internamente debieran comunicarse y resolver mi petición sin dilatar y sin enviarme de una entidad a otra”.

Asevera que elevó esta acción de tutela, porque para negarle la pensión el ISS sólo contabiliza 256 semanas cotizadas a esa entidad, ignorando 229 semanas debidamente certificadas que trabajó como Agregado Comercial en la Embajada de Colombia en Panamá, con las cuales acumula un total de 485, que superan las 457 semanas que exige la citada entidad, desconociendo así mismo los años de servicio al Banco de la República.

## B. Pretensiones

Con base en lo expuesto, el accionante solicita: (i) se ordene al ISS, como último administrador de su pensión, o quien haga sus veces, reconozca, liquide y pague la pensión de invalidez contabilizando el tiempo certificado por el Ministerio de Relaciones Exteriores como Agregado Comercial; (ii) se ordene al Banco de la República que certifique el tiempo laborado en esa entidad y concurra en el pago de la pensión; (iii) se ordene al Banco de la República, Ministerio de Relaciones Exteriores, BANCOLDEX, PROEXPO, FIDUCOLDEX y PROEXPORT, “o la entidad que se determine competente”, certifiquen el tiempo laborado como Agregado Comercial y concurran al pago de la pensión de invalidez a la cual alega tener derecho.

## C. Respuesta de las entidades accionadas

### 1. Ministerio de Relaciones Exteriores

La Directora de Talento Humano de esa entidad informa que mediante Decreto 1485 de julio 19 de 1971 se nombró al accionante en el cargo de Agregado Comercial en la Embajada de Colombia en Panamá, del cual tomó posesión el 19 de octubre de ese mismo año, acto en el cual se determinó que los pasajes, sueldo, viáticos y demás asignaciones serían pagados de acuerdo al Decreto 1215 de 1967.

Aduce que esa entidad no ha conculcado los derechos del peticionario, pues de acuerdo con el concepto emitido el 18 de mayo de 2006 por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, la entidad que debe asumir el reporte y pago de los derechos pensionales de Agregados Comerciales es FIDUCOLDEX, en virtud del traslado que se le hizo de la totalidad de las obligaciones a cargo de PROEXPO, correspondiéndole al ministerio certificar

el tiempo de servicio de dichos servidores, actuación que cumplió esa entidad al expedir la certificación N° 0290 de febrero 23 de 2007, a nombre del señor Rivadeneira Téllez.

## 2. Banco de la República

El Director Asesor del Departamento Jurídico y Representante Legal de ese Banco, expresa que en casos análogos al del señor Rivadeneira Téllez la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la tutela resulta improcedente, pues en relación con peticiones de reconocimiento de pensión de invalidez y concurrencia del Banco en el pago de esa prestación, se discuten derechos litigiosos cuya definición corresponde a la justicia ordinaria.

Aduce también que el Banco es un tercero ajeno al problema jurídico planteado por el accionante, como quiera que según concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado los pagos de los Agregados Comerciales corresponden a FIDUCOLDEX y agrega que a la solicitud de tutela no se acompañó prueba siquiera sumaria del perjuicio irremediable que afecta al accionante, quien simplemente se limitó a afirmar que tiene 68 años y se encuentra en delicado estado de salud.

Manifiesta que no basta ser una persona de la tercera edad para que proceda la acción de tutela, pues el accionante debe además acreditar perjuicio irremediable y que el sometimiento al trámite de un proceso judicial representa para él una carga excesiva, supuestos que no concurren en la acción promovida por el señor Rivadeneira Téllez, pues dejó transcurrir mucho tiempo sin demandar y además el ISS aún no ha resuelto el recurso de reposición que interpuso contra el acto que le negó la pensión de invalidez, teniendo la posibilidad de apelar esa decisión.

Concluye que existe otro medio defensa judicial que, por ser idóneo y eficaz, desplaza la acción de tutela y añade que el hecho de que el actor afirme tener 68 años no lo convierte en “víctima indefensa”.

## 3. Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior -FIDUCOLDEX-

Esta entidad sostiene que el amparo debe denegarse, ya que el actor no acreditó perjuicio

irremediable y cuenta con medios ordinarios de defensa, pues conforme a la Ley 712 de 2002 puede adelantar el respectivo proceso ordinario, dentro del cual podrá solicitar el decreto y práctica de todas las pruebas que acrediten las situaciones que pretende hacer valer, las cuales no se pueden evacuar dentro del trámite sumario de la acción de tutela.

Indica que con la simple afirmación de la existencia de una supuesta relación de trabajo con su representada, el accionante no puede aspirar a que se de por probado un vínculo que no existió, porque jamás fue trabajador de FIDUCOLDEX ni prestó servicios a PROEXPORT, entidades que por tal razón no tienen con él ninguna obligación pendiente de índole pensional.

Señala que FIDUCOLDEX fue creada en 1992 y solo se hizo cargo de obligaciones de PROEXPORT a partir de ese año, por lo cual resulta jurídicamente imposible la solicitud de reconocimiento de acreencias laborales causadas con anterioridad a esa fecha y agrega que si el accionante manifiesta haber trabajado con PROEXPO debe dirigirse al Banco de la República, entidad que administró esa institución hasta 1991.

#### 4. Banco de Comercio Exterior de Colombia S.A. -BANCOLDEX-

Se opuso a la acción de tutela presentada por el señor Rivadeneira Téllez, por considerar que sus derechos fundamentales no fueron vulnerados por acciones u omisiones de esa entidad que, por el contrario, le ha informado oportuna y eficazmente sobre la imposibilidad de expedirle la certificación laboral solicitada y el pago de aportes para la pensión, por no tener la calidad de empleador del accionante “durante el periodo indicado en la demanda”.

Manifiesta que además el actor cuenta con otro medio de defensa judicial, ya que como su situación se encuadra en la compleja normatividad que regulaba las relaciones de los Agregados Comerciales, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez se hace necesario que previamente el juez laboral “defina el sujeto que debe reconocer los aportes al sistema de seguridad social del peticionario”.

Ignora la razón por la cual el actor durante el último año no agotó los mecanismos ordinarios de defensa judicial y afirma que si la labor del juez de tutela fuere declarativa, “se perdería el sentido de la inmediatez que cobija dicha acción”, como lo han entendido otras personas que por los mismos motivos presentaron reclamaciones ante BANCOLDEX, el Banco de la

República y el Ministerio de Relaciones Exteriores.

Indica que otros jueces y corporaciones, incluyendo la Corte Constitucional, han denegado tutelas presentadas por Agregados Comerciales, “originadas en la misma situación de derecho y con análogas circunstancias fácticas, por su flagrante desconocimiento del carácter esencialmente subsidiario de la acción de tutela”; cita al afecto fragmentos de tales decisiones conforme a los cuales no existe obligación cierta y precisa determinada por un juez sobre quién es responsable del pago de los aportes pensionales de tales servidores, por lo cual el juez de tutela no puede entrar a definir tal situación ya que al hacerlo desbordaría su competencia.

Señala que el actor no puede exigir que las entidades accionadas actúen coordinadamente frente a sus peticiones, pues no se han determinado judicialmente sus obligaciones frente a los Agregados Comerciales de modo que cuando ello suceda, el interesado podrá acudir a la acción de tutela

Afirma que BANCOLDEX no tiene la obligación de realizar aportes pensionales durante el tiempo que el accionante prestó servicios a la Embajada de Colombia en Panamá y agrega que en el expediente no obran pruebas que permitan determinar la existencia de una amenaza contra los derechos fundamentales del peticionario, de manera que la acción de tutela resulta improcedente.

Sostiene que el señor Rivadeneira Téllez pretende mediante acción de tutela el reconocimiento de la pensión de invalidez y el pago del bono pensional por parte de cualquiera de las accionadas, desconociendo que según la ley, el ISS como administrador de la pensión debe solicitar el bono pensional a BANCOLDEX, lo cual no ha hecho, sumándose el hecho de que aún no existe decisión en firme respecto de la negativa de la pensión, pues el ISS no ha resuelto el recurso de reposición presentado por el accionante.

Anota que el actor no agotó la vía ordinaria ni demostró que por motivos ajenos ha dejado de acudir a ella, sin que se pueda aceptarse que la no expedición del bono pensional comporta perjuicio irremediable, dado que el actor no ha definido su situación ante el ISS en lo concerniente a la pensión solicitada, todo lo cual permite concluir que en el caso en revisión “se está frente a una reclamación indemnizatoria sin el elemento de la mora deuditoria, requisito indispensable para que se genere el perjuicio”.

Señala que el accionante tampoco ha acreditado la afectación a su mínimo vital y agrega que no puede considerarse que por contar con 68 años de edad es un anciano, pues según estudios especializados acogidos por la jurisprudencia constitucional la tercera edad empieza a los 71 años.

Así mismo, considera temerarias las afirmaciones del peticionario en relación con la solicitud de certificación laboral, pues en el expediente está la respuesta que en ese sentido dio el Ministerio de Relaciones Exteriores, entidad que al expedir la constancia respectiva se equivocó en señalar que PROEXPO es responsable de los ingresos laborales de los Agregados Comerciales, desconociendo el Decreto 1215 de 1967 y los estatutos de esa entidad, que guardan silencio sobre quien tiene la obligación de pagar los aportes pensionales de dichos servidores.

Aduce que frente a la incertidumbre jurídica sobre quién está obligado a realizar el pago de los aportes para pensión de los Agregados Comerciales, “es el juez ordinario el llamado a resolver el conflicto en cuestión”, quien también debe verificar qué suma corresponde cubrir el empleado, pues al no haberse hecho en su momento el descuento legal, “se habría derivado de ello un enriquecimiento sin causa, sobre la parte no descontada”.

Reconoce que aún cuando PROEXPO pagaba los emolumentos de los agregados comerciales, estos servidores no tenían ninguna relación laboral con la entidad, pues eran nombrados por el Ministerio de Relaciones Exteriores y aquella simplemente era un fondo administrado por el Banco de la República que, por tal razón, carecía de número de identificación patronal ante el ISS.

D. Sentencia de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá.

Esa corporación mediante sentencia del 29 de mayo de 2007, denegó por improcedente la acción de tutela presentada por el señor Rivadeneira Téllez, por considerar que respecto de la reclamación del actor se está desarrollando “un trámite administrativo que aún no se ha agotado” y además porque lo reclamado se refiere a derechos de rango legal, cuya definición no corresponde al juez de tutela sino a la administración o al juez ordinario.

Tampoco el accionante aportó elementos de juicio que permitan deducir el derecho que pretende reclamar, ya que sólo con sus manifestaciones “cree cumplir con los requisitos de orden legal para obtener una presunta pensión de invalidez y el pago de unas mesadas pensionales”, ignorando de paso que con la tutela no se pueden revivir términos de caducidad en cuanto hace a las peticiones presentadas a los entes accionados, las cuales ya le fueron respondidas.

Expresa que el mecanismo escogido por el peticionario no es el indicado para lograr sus pretensiones y que, de aceptarlo, se estaría pretermitiendo la acción judicial correspondiente como mecanismo idóneo, lo cual desnaturalizaría el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela.

#### E. Impugnación

El accionante Rivadeneira Téllez recurrió el fallo de primera instancia, porque en su parecer desconoce la reiterada jurisprudencia constitucional sobre la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento de pensiones y porque, a su juicio, no efectuó ninguna valoración sobre la violación de sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo, a la remuneración mínima vital y móvil, a la salud y a la seguridad social, “que en este caso desbordan el rango legal.”

Señala que el fallo atacado no analiza los requisitos de procedibilidad fijados por esta Corte en la sentencia T-1029 de 2006, los cuales considera satisfechos en su caso particular al haber demostrado el agotamiento de la vía administrativa con las diferentes peticiones elevadas ante el ISS y las otras accionadas, las cuales le fueron respondidas en forma evasiva.

Estima encontrarse en tiempo para acudir a la tutela, pues no han transcurrido más de tres años desde el acaecimiento de su incapacidad y porque además existe amenaza de vulneración a sus derechos fundamentales, como lo demuestra el dictamen sobre la invalidez que acredita la imposibilidad para asegurarse su manutención en condiciones dignas, situación que considera “un hecho real y evidente”.

En cuanto a la violación del derecho a la vida digna, sostiene que al tener 68 años de edad y presentar pérdida de capacidad laboral superior al 66%, es evidente que no está en

condiciones de procurarse los medios para su subsistencia, como lo corrobora el dictamen que la Junta Regional de Invalidez, el cual ha sido desconocido por los entes accionados al negarle un derecho que “tiene ganado” por acumular más de 477 semanas cotizadas, que superan las 457 que exige el ISS.

Afirma que también existe infracción a sus derechos a la igualdad y debido proceso, pues el sistema de pensiones reconoce la de los demás trabajadores “con derecho” y a él se la niega, habiendo transcurrido 18 meses en los que no ha hecho otra cosa que “ir y venir por todas las entidades sin que se me conceda el derecho que tengo” y agrega que la sentencia impugnada no indica cual es trámite administrativo que se está surtiendo, si efectivamente se está adelantando o sólo se está evadiendo su petición y si ella se ajusta al Código Contencioso Administrativo en cuanto a la oportunidad fijada en la ley, con lo cual se vulnera su derecho de petición, cuya protección también solicita en la acción de tutela.

Sostiene que como la pensión es un estipendio en favor de quien prestó sus servicios, cualquier acción que atente contra ella conlleva violación de los derechos al trabajo y a la remuneración mínima, vital y móvil, que fueron desdeñados en el acto administrativo que le negó dicha prestación, el cual además desconoce su derecho a la seguridad social, porque al no tener acceso a la pensión no cuenta con los recursos para atender su vulnerable estado de salud. En su opinión, habiendo demostrado satisfactoriamente su situación de indefensión deben protegerse de manera inmediata sus derechos fundamentales y no obligarlo a iniciar un proceso judicial o administrativo, al cabo del cual se le reconozca el derecho “como homenaje póstumo”, dada su edad y actual estado de salud.

Alega haber aportado las pruebas que acreditan el cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la pensión de invalidez, en especial la certificación laboral expedida por el Ministerio de Relaciones Exteriores, donde consta que prestó servicios a esa entidad “221 semanas entre el 19 de octubre de 1971 y el 13 de enero de 1976, que permiten superar ampliamente el mínimo requerido y que dicha entidad no ha certificado” y finalmente pide se tenga en cuenta lo calamitoso que han resultado para él los innumerables trámites y actuaciones ante las entidades accionadas responsables de la pensión, “todas ellas tendientes a diluir su responsabilidad y evadir el cumplimiento de una obligación legal

expresa”.

F. Sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En providencia del 17 de julio de 2007, esa corporación confirmó el fallo dictado por el a quo al estimar que a la acción de tutela no se puede acudir cuando el actor cuenta con los medios ordinarios de defensa, salvo que esté frente a un perjuicio irremediable que convierte dicha acción en un mecanismo de protección excepcional, lo cual no aparece en el caso de la tutela presentada por el señor Rivadeneira Téllez, “por cuanto lo planteado en ella es un asunto eminentemente jurídico y para resolverlo el afectado dispone de otro medio de defensa judicial y en este caso la acción no fue utilizada como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

## II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

### 1. Competencia

La Sala es competente para decidir el presente asunto, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 (numeral 9°) de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Procedencia excepcional de la acción de tutela para impetrar el reconocimiento de la pensión de invalidez

Antes de abordar el análisis del caso sometido a revisión, es importante recordar que conforme a reiterada jurisprudencia constitucional la acción de tutela resulta en principio improcedente para obtener el reconocimiento de pensiones, pues por un lado, la efectividad del derecho reclamado depende del cumplimiento de requisitos y condiciones señaladas en la ley y, por otro, si llega a existir controversia en esa materia, el interesado cuenta con medios ordinarios de defensa judicial consagrados al efecto.

No obstante, de manera excepcional se acepta la viabilidad del amparo, si se establece que aquellos medios no son suficientes ni expeditos para evitar un perjuicio irremediable<sup>1</sup>, resultando así el mecanismo constitucional idóneo para amparar a quien está inerme frente a la vulneración de un derecho que, en la situación fáctica particular, adquiere carácter fundamental por entrar en conexidad con otros derechos de esa estirpe, tales como la vida,

la integridad física, el trabajo y el mínimo vital.

Tal es el caso de la pensión de invalidez<sup>2</sup>, cuando se acredita que efectivamente la negativa a su reconocimiento afecta la vida en condiciones dignas de una persona que, además, por su estado de incapacidad o por su edad, requiere de especial protección y asistencia del Estado (arts. 46 y 47 Const.). En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia constitucional:

“La pensión de invalidez es un derecho de creación legal que deriva directamente de la Constitución (art. 25, 48 y 53), con el cual se ‘busca compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental es su condición de esenciales e irrenunciables’<sup>3</sup>. En este contexto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional<sup>4</sup> ha señalado que este derecho, que en principio es subjetivo ordinario, puede adquirir el rango de fundamental sólo en el evento en que se encuentre directa e inmediatamente relacionado con derechos que ostenten el carácter de fundamentales. La Corte así lo explica:

‘El derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, o en su defecto de la indemnización sustitutiva, se encuentra en conexidad con el derecho a la vida, la integridad física, el trabajo y la igualdad, entre otros, por cuanto a través de dicha prestación, lo que pretende el Estado es dar cumplimiento al mandato constitucional que impone como deber el de garantizar a todos los habitantes ‘el derecho irrenunciable a la seguridad social.’ Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia, y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales’<sup>5</sup>.

En sentencia T-580 de 2007 (julio 30), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, la Corte

profundizó sobre el carácter irrenunciable de la pensión de invalidez, su conexidad con otros derechos fundamentales y la atenuación, en esos casos, del principio de subsidiariedad de la acción de tutela:

#### “4. El derecho a la pensión de invalidez por riesgo común

El Sistema de Seguridad Social Integral creado a partir de la Ley 100 de 1993, como ha sido señalado en esta providencia, fundó un complejo sistema en el que se inscribe un amplio conjunto de prestaciones que dan alcance al derecho a la seguridad social. A su vez, esta Ley confió a determinadas instituciones el encargo de cumplir las prestaciones descritas en el sistema, entre las cuales se encuentra la pensión de invalidez por riesgo común<sup>6</sup>.

Como fue precisado por esta Corporación en sentencia T-1128 de 2005, la pensión de invalidez es un derecho de contenido económico que proporciona a sus beneficiarios la facultad de exigir el pago de una prestación monetaria que tiene por objeto compensar la pérdida de capacidad laboral padecida por un trabajador, la cual ha tenido origen en la ocurrencia de un evento no profesional que ha producido una mengua superior al 50% de tal capacidad laboral.

En tal sentido, si bien el derecho a la pensión de invalidez constituye una garantía de creación meramente legal, el juez constitucional no puede perder de vista que este derecho, al igual que el propósito a cuya realización se compromete, encuentra pleno respaldo en el artículo 48 del texto constitucional. En consecuencia, según fue establecido por la sentencia T-1007 de 2004, al solucionar las controversias jurídicas que se sometan a consideración del operador jurídico, éste debe tener presente que el derecho a la pensión es irrenunciable, en la medida en que se encuentra dirigido por el propósito de garantizar la supervivencia de la persona que ha sufrido una grave afectación de su salud, la cual se ha materializado en una pérdida severa de la capacidad laboral.

De otro lado, como fue indicado en sentencia T-619 de 1995, la estrecha relación que comunica el derecho a la pensión de invalidez con otros derechos fundamentales les procura a estos últimos una amplia protección cuando aquel es amparado. Al respecto, sostuvo la Corte que al proteger el derecho a la pensión de invalidez ‘Se garantiza el derecho a la vida, pues se reconoce en favor de quien ha sufrido merma en su capacidad laboral una suma de dinero mensual que le permita velar por su subsistencia, y en caso dado, por la de su familia,

y además la integridad física por cuanto como consecuencia de su estado de salud y de sus limitaciones permanentes, el Estado le brinda una especial protección, además de la asistencia médica derivada de su situación personal; se garantiza el derecho al trabajo, ya que cuando el afectado no puede ofrecer al menos la mitad de su capacidad laboral, se le exime de su obligación social de trabajar, y a la vez se preserva su derecho en cuanto si recupera su capacidad, puede volver a desempeñarse en el ejercicio de sus actividades laborales’.

Ahora bien, en cuanto a la posibilidad de exigir la satisfacción de este derecho por vía de tutela, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que resulta improcedente prima facie, debido a que el principio de subsidiariedad opone a esta pretensión la existencia de otros mecanismos judiciales diseñados por el ordenamiento jurídico, cuyo conocimiento ha sido confiado a la jurisdicción laboral.

Empero, en estos eventos el rigor del principio de subsidiariedad debe ser atemperado debido a que, según lo ha establecido el artículo 47 del texto constitucional, el Estado debe ofrecer a las personas que padecen disminuciones de orden físico, sensorial o síquico un tratamiento privilegiado, obligación en la cual se encuentra comprendido el deber de ofrecer a los discapacitados la ‘atención especializada que requieran’. En idéntico sentido, el artículo 13 superior consagra la obligación en cabeza del Estado de promover las condiciones que procuren una igualdad real y efectiva entre los ciudadanos, lo cual supone la adopción de ‘medidas a favor de grupos discriminados o marginados’. En consecuencia, la solución de este tipo de controversias debe llevarse a cabo con esmerada cautela y prontitud, en la medida en que se encuentran comprometidos los derechos de un sector de la población que se haya en condiciones de acentuada indefensión.

Al respecto, en sentencia T-219 de 2002 la Corte señaló que la obligación de respeto de la totalidad de garantías constitucionales encaminadas a la realización de la dignidad humana adquiere especial vigor cuando se trata de sujetos de especial protección, entre los que se encuentran los discapacitados. Textualmente, la Sala Octava de Revisión precisó lo siguiente: ‘De modo que las garantías constitucionales, como el acceso al servicio público de la seguridad social y a la atención en salud, deben gozar de mayor efectividad cuando se exigen a favor de quienes adolecen de algún tipo de discapacidad’.

En conclusión, el juez de tutela debe considerar la especial situación de desamparo en que se encuentra la persona que realiza este tipo de solicitudes, pues, en principio, padece de una lesión que ha afectado su capacidad laboral en un porcentaje superior al 50%; tal circunstancia lleva a concluir que en la mayoría de estos casos la exigencia de agotamiento de los recursos judiciales ordinarios se torna desproporcionada y ofende la dignidad humana de estas personas, por lo que el rigor del principio de subsidiariedad debe ser matizado de cara a la urgencia de dar protección a sus derechos fundamentales.”

Es evidente que en tal situación los medios ordinarios de defensa judicial se revelan insuficientes para conjurar la afrenta a los derechos fundamentales del afectado, a quien además resultaría gravoso someterse al trámite ordinario de procesos judiciales por encontrarse en estado de debilidad manifiesta que lo hace merecedor de un tratamiento especial y distinto de parte del Estado (art. 13 Const.).

Atendiendo esas circunstancias, esta corporación ha concedido en múltiples oportunidades el amparo constitucional en forma definitiva<sup>8</sup>, o transitoria<sup>9</sup>, a quienes dependiendo de su situación particular resultan perjudicados con la negativa u omisión en el reconocimiento de la pensión de invalidez, para lo cual ha flexibilizado la evaluación del perjuicio irremediable dado que en la mayoría de los casos analizados hay involucrados sujetos de especial protección que, en razón de su especial condición, carecen de medios para acceder a la administración de justicia en condiciones de igualdad. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha expresado:

“...en ciertos casos el análisis de la procedibilidad de la acción en comento deberá ser llevado a cabo por los funcionarios judiciales competentes con un criterio más amplio, cuando quien la interponga tenga el carácter de sujeto de especial protección constitucional, esto es, cuando quiera que la acción de tutela sea presentada por niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados, ancianos, miembros de grupos minoritarios o personas en situación de pobreza extrema. En estos eventos, la caracterización de perjuicio irremediable se debe efectuar con una óptica, si bien no menos rigurosa, sí menos estricta, para así materializar, en el campo de la acción de tutela, la particular atención y protección que el Constituyente otorgó a estas personas, dadas sus condiciones de vulnerabilidad, debilidad o marginalidad.”

En suma, la persona a quien se niega la pensión de invalidez teniendo derecho a ella, puede acudir en su oportunidad a la acción de tutela para impetrar su reconocimiento por parte de la entidad competente, si además se halla ante un perjuicio irremediable que en su caso particular hace gravoso el acceso a los medios ordinarios de defensa judicial, situación que deberá ser evaluada de manera condigna por el juez constitucional al momento de pronunciarse sobre el amparo, por tratarse de sujetos de especial protección.

### 3. Efectos del tránsito legislativo en los requisitos para la pensión de invalidez

Otro asunto del cual se ocupará la Sala antes de decidir, es el atinente a las normas que las entidades competentes deben tener en cuenta para resolver solicitudes de pensión de invalidez, toda vez que al accionante Alberto Rivadeneira Téllez el Instituto de Seguros Sociales ISS negó el reconocimiento de dicha prestación, aduciendo que no cumple con todos los requisitos exigidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, pues junto a la calificación de su discapacidad solamente acreditó el número de semanas cotizadas, incumpliendo la exigencia de la cuota de fidelidad al sistema de seguridad social.

Se recordará que la normatividad ahora vigente, Ley 860 de 2003<sup>11</sup>, exige además de la calificación de invalidez, que la persona haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez y que 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 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, regulación que, según se observó, para esta Corte resulta regresiva en materia de seguridad social en pensiones, porque establece mayores requisitos para gozar de la pensión de invalidez.

Con la modificación incorporada por medio de la Ley 860 de 2003, los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes resultan más estrictos en relación con los establecidos originalmente en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, debido a la creación de una nueva exigencia -fidelidad de cotización al sistema- y al incremento de la intensidad del requisito previo -50 semanas de cotización, en vez de 26-. Al respecto se ha considerado<sup>12</sup>, que si bien esa disposición es de aplicación general, el juez de tutela debe atender el hecho incontrovertible según el cual su aplicación ha de afectar de manera directa a un grupo específico de la población que, según disposiciones constitucionales ya reseñadas, merece

especial protección: los discapacitados.

Es así como en decisiones de tutela esta corporación, dadas las circunstancias particulares del caso analizado y en aplicación al principio superior de progresividad de los derechos económicos y sociales, ha considerado pertinente seguir aplicando los requisitos establecidos originariamente en la Ley 100 de 1993 (art. 39), por considerarlos más favorables al solicitante, en la medida en que para acceder a dicha pensión la referida disposición es beneficiosa, al exigir simplemente la calificación de la situación de invalidez sumada al cumplimiento de uno de dos requisitos: a) que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y lo haya realizado por lo menos durante 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.

En sentencia T-1291 de 2005 (diciembre 7), M. P. Clara Inés Vargas Hernández, la Corte hizo un primer pronunciamiento en ese sentido, luego de analizar la situación de una madre cabeza de familia a quien se negó la pensión de invalidez por no satisfacer el mínimo de semanas exigidas en la Ley 860 de 2003. Se encontró en aquella oportunidad que la subsistencia de la actora dependía del reconocimiento de la pensión, pues su grado de incapacidad le impedía desempeñar las labores de servicios generales a las cuales se dedicaba antes de su accidente. En consecuencia, ordenó a la entidad accionada el reconocimiento de la pensión dando aplicación al régimen original de la Ley 100 de 1993, previas las siguientes consideraciones:

“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 [de la Ley 860 de 2003]. 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 Social<sup>13</sup>. 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.

Es de anotar que en vigencia del artículo 39 'original' (o derogado), a la peticionaria se le aplica el numeral 1° de dicha norma, es decir, se le exigirían veintiséis (26) semanas de cotización (sin límite de tiempo) al momento de producirse su estado de invalidez<sup>14</sup>. Ahora, conforme al párrafo de la misma norma, el cálculo de las semanas cotizadas por la actora incluye 'el número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones'<sup>15</sup>. Pues bien, para el efecto esta corporación allegó la totalidad de aportes efectuados al sistema por Adriana María Jaramillo Ríos. Como resultado obtuvo que ella cotizó al Seguro Social un total de 162 semanas<sup>16</sup>. Como conclusión de lo anterior, se puede deducir sin duda, que bajo estas condiciones la actora tiene derecho a la prestación económica derivada de su discapacidad.

No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de las nuevas condiciones legales, treinta días antes del acaecimiento de la invalidez, a la peticionaria se le hace imposible acceder a la prestación ya que no cumple con uno de los requisitos señalados en la norma. Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, dicho escenario deja ver que para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad y, por tanto, en aplicación del artículo 4° de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones -sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma- para que se acceda al derecho."

Esta doctrina fue reiterada en sentencia T-221 de 2006 (marzo 23), M. P. Rodrigo Escobar Gil, donde se estudió la situación de una mujer de 73 años que habiendo acreditado su estado de invalidez acudió ante la administradora de pensiones para obtener la pensión, siéndole negada por no cumplir con el segundo requisito previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, atinente a la fidelidad de afiliación del 20% entre el momento en que cumplió 20 años y cuando se produjo la primera calificación del estado de invalidez. En la citada providencia la Corte expresó:

“Resulta contrario a la lógica propia de los derechos económicos y sociales que el legislador introduzca una medida regresiva, como parece ocurrir con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión. La Corte encuentra que la norma que ha sido aplicada al caso que suscitó la presente acción de tutela es regresiva en materia de seguridad social en pensiones, por establecer una serie de requisitos que imponen mayores exigencias a los afiliados al sistema para gozar del beneficio de la pensión de invalidez. Si bien es cierto que no toda regulación más exigente puede ser catalogada como regresiva, es claro que en el presente caso, por virtud de las condiciones particulares de la accionante, que serán evaluadas en acápite posterior, la norma, aplicada al caso concreto, vulnera la vida, la subsistencia y la dignidad humana de la actora”.

“Resulta claro que la aplicación del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, a la situación fáctica concreta de la accionante, es inconstitucional por contrariar el mandato de la progresividad, habida cuenta de que se trata de una persona que pertenece a la tercera edad y que por fuerza de su situación económica y social se vio compelida a ingresar tardíamente al mercado laboral y, de contera, al sistema de seguridad social. Debe recalarse, para efectos de hacer explícita la precaria situación económica de la actora, que la vinculación de la accionante al sistema de seguridad social sucedió en edad posterior a la que el sistema de pensiones tiene como modelo de referencia para el acceso a la pensión de vejez, bajo el presupuesto de que existe una exigencia de cotización de 1000 semanas y se establece como edad mínima para acceder a la pensión de invalidez la de 55 años para las mujeres y 60 años para los hombres, de lo cual se colige que el sistema da por supuesto que las personas deben vincularse a éste entre los 25 y los 40 años, para poder acceder al pleno de beneficios que de él se derivan, teniendo que el caso de la actora es atípico en relación con este modelo ideal de cotización al sistema, por cuanto la accionante se vinculó al mismo tan solo con posterioridad a la edad considerada para el acceso a la pensión, esto es, después de los 60 años de edad. Así las cosas, la norma tiene entre sus destinatarios a personas que deben ser sometidas a un tratamiento privilegiado por el Estado y a una protección reforzada, de tal suerte que una vulneración al principio de progresividad afectaría en gran medida a este específico grupo poblacional, tornándose la norma inconstitucional para el caso concreto y requiriéndose la actuación del juez de tutela en el sentido de amparar los

derechos fundamentales vulnerados inaplicando la norma en referencia. La norma, para el caso concreto, debe ser inaplicada por inconstitucional al vulnerar los artículos 13, 46 y 48 de la Carta Política relativos, en su orden, a la especial protección que merecen las personas en circunstancia de debilidad manifiesta, a la protección y asistencia que merecen las personas pertenecientes a la tercera edad, y al derecho a la seguridad social.”

Apoyada en estos argumentos, en ese asunto la Corte ordenó a la administradora de pensiones accionada adoptara una nueva decisión sobre el reconocimiento de la pensión, en aplicación del artículo 39 de la Ley 100/93, en su versión original.

Recientemente, ante una similitud fáctica, en sentencia T-043 de 2007 (febrero 1º), M. P. Jaime Córdoba Triviño, se abordó nuevamente el tema en cuestión al pronunciarse sobre dos situaciones particulares: la negativa de la pensión de invalidez con base en la Ley 860 de 2003, que impone condiciones más gravosas que las contenidas en la legislación precedente, y la que se funda en la Ley 797 de 2003, vigente al momento de estructuración de la discapacidad y declarada posteriormente inexecutable en sentencia C-1056 de 2003 (noviembre 11), M. P. Alfredo Beltrán Sierra, debido a vicios de procedimiento en su formación.

En aquella providencia de tutela se refrendó nuevamente la jurisprudencia, precisando las reglas aplicables a la protección constitucional de los derechos fundamentales vulnerados por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en aplicación del nuevo régimen de la Ley 860 de 2003:

“9.4. Las razones expuestas en las decisiones anteriores permiten, entonces, identificar las reglas jurisprudenciales aplicables a la protección constitucional de los derechos fundamentales interferidos por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón del tránsito normativo que ha operado en la materia. Estas reglas, a juicio de la Sala, gravitan sobre dos instancias definidas. La compatibilidad entre las normas legales aplicables 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.

En cuanto al primer aspecto, se advierte que la protección a través del amparo constitucional en el asunto bajo examen está sujeta a que las normas legales que hayan sustentado la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez resulten, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos sociales. Sobre este particular, en apartados anteriores de esta decisión se han expuesto a profundidad los argumentos que ha tenido en cuenta la Corte para concluir, en distintas decisiones, que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan 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.

En segundo término, para que el amparo constitucional proceda en los casos analizados deberán comprobarse circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados. Así, en primer lugar, 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 en un asunto que, de manera general, es de competencia de la jurisdicción ordinaria. Como segunda medida, debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado. En ese sentido, 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. De esta manera, en caso que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto. Para este efecto, servirán de criterios indicadores de esta afectación, entre otros (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.”

Por último, al pronunciarse sobre un caso similar al que ahora ocupa la atención de esta Sala de Revisión, la Corte en la citada sentencia T-580 de 2007 (julio 30), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, reiteró la anterior línea jurisprudencial y fue así como en ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad ordenó que el Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte diera aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y procediera a reconocer la pensión de invalidez por riesgo común a favor del accionante, desde la fecha en que éste solicitó su reconocimiento.

#### 4. Solución del caso bajo revisión.

Con base en las anteriores consideraciones, la Sala procede a continuación a determinar si a la situación del accionante Alberto Rivadeneira Téllez se le pueden aplicar las subreglas jurisprudenciales en relación con el reconocimiento de la pensión de invalidez mediante acción de tutela, para lo cual tendrá en cuenta, en primer lugar, su condición de sujeto de especial protección, en razón de su estado de discapacidad y edad (68 años), que según se explicó en acápite precedente obligan a esta Sala a realizar un juicio específico de procedibilidad del amparo constitucional en revisión.

Al actor se le determinó una pérdida de su capacidad laboral del 65.90%, según dictamen del 8 de diciembre de 2005 proferido por la Sección de Medicina Laboral del ISS, Seccional Cundinamarca, por lo cual acudió ante esa entidad de previsión el 2 de octubre de 2006 a solicitar el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, siéndole negada mediante Resolución 046474 del 2 de noviembre del mismo año por no cumplir con el requisito de fidelidad al sistema exigido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. En subsidio, se le concedió indemnización sustitutiva de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993.

En las consideraciones del citado acto administrativo se consignó al respecto:

“Que de acuerdo a la historia laboral, el afiliado ha cotizado un total de 243 semanas hasta la fecha de estructuración de la invalidez, de las cuales 124 semanas fueron cotizadas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que su última cotización válida antes de la misma, la efectuó el 08 de diciembre de 2005, pero la cuota de fidelidad correspondiente al 20% del tiempo de cotización transcurrido desde el momento en que cumplió 20 años y la fecha de estructuración de la invalidez es de 457 semanas y únicamente cotizó 256 semanas, motivo por el cual es procedente negar la prestación solicitada y en su lugar concederle una indemnización sustitutiva, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993 ya que la fecha de emisión del dictamen se efectuó el 12 de mayo de 2006 y solicitó la prestación el 02 de octubre del presente año.” (Resalta en negrilla la Sala).

Oportunamente el accionante Rivadeneira Téllez recurrió la mencionada decisión, alegando que en el cómputo de los años de servicio no se tuvo en cuenta el tiempo que había laborado como Agregado Comercial de la Embajada de Colombia en Panamá, con el cual cumpliría el requisito de fidelidad al sistema de seguridad social en pensiones, que se echa de menos en el acto que niega la pensión de invalidez.

Ante el silencio del ISS en resolver a tiempo la reposición, el 9 de mayo de 2007 presentó acción de tutela contra ese Instituto, con el fin de que le reconociera la pensión de invalidez a la cual alega tener derecho, dirigiendo también el amparo contra las siguientes entidades: Banco de la República; Ministerio de Relaciones Exteriores; Banco de Comercio Exterior, BANCOLDEX; Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO; Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior, FIDUCOLDEX S.A., y Fideicomiso de Promoción de Exportaciones, PROEXPORT, con el fin de que le certificaran el tiempo laborado como Agregado Comercial y concurrieran al pago de la prestación solicitada.

En las dos instancias la acción fue denegada, por considerar tanto la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, al fallar el amparo, como la Sala de Casación Laboral, al resolver la impugnación, que el reclamo del actor plantea una controversia de índole legal, cuya definición corresponde a la administración o al juez ordinario y porque a su juicio tampoco obran elementos de convicción que permitan deducir el derecho que se pretende reclamar y la existencia de un perjuicio irremediable.

Asiste razón a las mencionadas corporaciones al considerar que las solicitudes relativas al reconocimiento de pensiones no deben ser resueltas por el juez constitucional, sino en primer término por el juez ordinario, toda vez que se busca obtener la declaración de un derecho subjetivo mediante la acreditación de requisitos definidos en la ley. Igualmente, aciertan en que la acción de tutela resulta improcedente para determinar el responsable del pago de aporte para pensiones.<sup>17</sup>

Sin embargo, cabe valorar otras circunstancias relevantes, con potencialidad para cambiar el sentido de sus decisiones, en particular el hecho de que por el estado de invalidez del accionante los mecanismos ordinarios de defensa no son idóneos para obtener el restablecimiento de sus derechos fundamentales y que durante el trámite de la acción de tutela las entidades accionadas no desvirtuaron las afirmaciones del señor Rivadeneira Téllez sobre su precaria situación económica y la discapacidad que le impide trabajar y conseguir recursos para su digna subsistencia, situación que implica seria afectación de su derecho fundamental al mínimo vital y, por ende, conlleva para él un perjuicio irremediable, que posibilita un pronunciamiento de fondo en relación con la solicitud de pensión de invalidez.

Otro aspecto cuyo análisis también puede adicionarse a lo estudiado por las instancias, es el atinente a la vulneración de los derechos fundamentales del peticionario como consecuencia del tránsito normativo operado en virtud de la Ley 860 de 2003, preceptiva que, según se anotó, ha sido calificada de regresiva por la jurisprudencia constitucional, al establecer requisitos más gravosos para acceder a la pensión de invalidez, que los fijados originalmente en la Ley 100 de 1993, bajo la cual el accionante tiene derecho al reconocimiento de dicha prestación, según se explicará a continuación.

Ciertamente, en el caso que se revisa la aplicación del nuevo régimen de la pensión de invalidez previsto en la Ley 860 de 2003 resulta desproporcionada, puesto que habiendo sido declarado inválido y cotizado un total de 243 semanas hasta la fecha de estructuración de la invalidez, de las cuales 124 semanas lo fueron dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, también se le exige una cuota de fidelidad al sistema de seguridad social correspondiente al 20% del tiempo de cotización, transcurrido desde el momento en que cumplió 20 años y la fecha de estructuración de la invalidez, que además altera las fundadas expectativas del señor Rivadeneira Téllez de obtener la pensión con base

en los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, satisfechos por él, ya que al momento de producirse su discapacidad se encontraba afiliado y sus semanas de cotización superan ampliamente en número las 26 exigidas en la antigua ley. Así mismo, su incapacidad se estructuró tan solo dos años después de entrar en vigencia la nueva regulación.

Sobre la protección constitucional de expectativas en relación con la adquisición del derecho a la pensión de invalidez, la Corte en la precitada sentencia T-043 de 2007 señaló:

“...si bien el reconocimiento de la prestación está, en cualquier caso, supeditada al acaecimiento de la discapacidad, es válido afirmar que los afiliados al sistema tienen una expectativa de seguro, fundada en el cumplimiento de las normas vigentes al momento de efectuar las cotizaciones correspondientes. En efecto, la modificación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión hace parte de la libertad de configuración legislativa de que es titular el Congreso; no obstante, el ejercicio de esa facultad de regulación está limitado por el cumplimiento del principio de progresividad de los derechos sociales, el cual contrae la necesidad de prodigar medidas de transición a los afectados con la variación normativa; restricciones de naturaleza constitucional que no fueron cumplidas por el legislador para el evento de la pensión de invalidez regulada por el artículo 1º de la Ley 860/03.” (Resaltado en el texto original).

Como puede observarse, no hay razón para aplicar al caso del accionante Rivadeneira Téllez, las disposiciones resultantes del tránsito normativo operado en virtud de la Ley 860 de 2003, dada la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructuró su invalidez y la modificación normativa que impuso condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación por él solicitada; así mismo, acreditó el cumplimiento de las condiciones previstas originalmente en la Ley 100 de 1993 para el reconocimiento de la pensión de invalidez, habiendo además agotado oportunamente en sede administrativa los medios de impugnación a su alcance, sin que pudiera exigírsele para la procedencia de la tutela que también actuare ante las instancias judiciales competentes, por ser una carga desproporcionada para él en razón de sus condiciones personales de indefensión.

Además está demostrado, (i) que no hay fundamentos suficientes que justifiquen disminuir el nivel de protección del derecho del accionante Rivadeneira Téllez; (ii) que existe intensa afectación de sus derechos y es sujeto de especial protección; y (iii) que en aplicación del

régimen original de la Ley 100 de 1993, hubiera accedido a la pensión de invalidez.

Por todo lo anterior la Sala concluye, en el caso concreto, que la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Rivadeneira Téllez por parte del ISS, fundada en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, resulta contraria a sus derechos fundamentales aducidos, por lo cual revocará la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 17 de julio de 2007, que a su turno confirmó la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de mayo del mismo año, en cuanto denegó la acción de tutela en contra de dicha entidad; en consecuencia, concederá en forma definitiva el amparo impetrado.

Para ello y siguiendo los precedentes relacionados anteriormente, ordenará que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, el ISS revoque las Resoluciones 046474 del 2 de noviembre de 2006, que negó la pensión de invalidez y 0025523 del 14 de junio de 2007, que confirmó la negativa, debiendo proferir en su reemplazo, dentro de los 10 días siguientes, el acto administrativo de reconocimiento de esa prestación desde que el accionante elevó la respectiva petición (octubre 2 de 2006, f. 9 cd. inicial), conforme a lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original y sin perjuicio de la compensación a que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

La mencionada decisión se confirmará en el sentido de declarar improcedente el amparo respecto de los demás entes accionados Banco de la República; Ministerio de Relaciones Exteriores; Banco de Comercio Exterior, BANCOLDEX; Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO; Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior, FIDUCOLDEX S.A.; y Fideicomiso de Promoción de Exportaciones PROEXPORT, pues en el expediente obra constancia de que dichas entidades respondieron oportunamente y de fondo las solicitudes presentadas por el accionante sobre certificación del tiempo de servicio como Agregado Comercial de Colombia en Panamá y porque además ha quedado establecido que los aportes que les reclama a través de la acción de tutela no son indispensables para el reconocimiento de la pensión de invalidez, que se ordena en esta providencia.

III. DECISIÓN.

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

## RESUELVE

Primero. REVOCAR parcialmente la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 17 de julio de 2007, que a su turno confirmó la dictada por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá el 29 de mayo del mismo año, en cuanto denegó la acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales ISS y, en su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales del señor Alberto Rivadeneira Téllez.

Segundo. CONFIRMAR la citada sentencia en cuanto declaró improcedente el amparo contra el Banco de la República; Ministerio de Relaciones Exteriores; Banco de Comercio Exterior, BANCOLDEX; Fondo de Promoción de Exportaciones, PROEXPO; Fiduciaria Colombiana de Comercio Exterior, FIDUCOLDEX S.A., y Fideicomiso de Promoción de Exportaciones PROEXPORT, por la razones expuestas en esta providencia.

Tercero. ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales ISS, Vicepresidencia de Pensiones, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, revoque las Resoluciones 046474 del 2 de noviembre de 2006, que negó la pensión de invalidez al señor Alberto Rivadeneira Téllez y 0025523 del 14 de junio de 2007, que confirmó esa negativa y dentro de los diez (10) días siguientes profiera en su reemplazo el acto administrativo de reconocimiento de la pensión desde la fecha en que el accionante elevó la respectiva petición, teniendo en cuenta lo preceptuado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, sin perjuicio de la compensación a que hubiere lugar frente a la indemnización sustitutiva.

Cuarto. Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 T-607 de 2007 (agosto 3), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

2 T-285 de 2007 (abril 19), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

3 Cita en la cita: "T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz".

4 Cita en la cita: "Al respecto pueden consultarse, entre otras, las sentencias T-056/94, T-209/95, T-292/95, T-627/97."

5 T-619 de 1995 (diciembre 13), M. P. Hernando Herrera Vergara.

6 Cita en la cita: "El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se ha pronunciado a propósito de la importancia de la creación de prestaciones encaminadas a amparar la situación de las personas que sufren menguas considerables en su capacidad laboral. Al respecto, en la observación general número 5 sostuvo lo siguiente: 'Los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. (...). Dicho apoyo debe reflejar las necesidades especiales de asistencia y otros gastos asociados a menudo con la discapacidad. Además, en la medida de lo posible, el apoyo prestado debe abarcar también a las personas (que en su inmensa mayoría son mujeres) que se ocupan de cuidar a personas con discapacidad. Las personas que cuidan a otras personas con discapacidad, incluidos los familiares de estas últimas personas, se hallan a menudo en la urgente necesidad de obtener apoyo financiero como consecuencia de su labor de ayuda.'"

7 T-246 de 1996 (junio 3), M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

8 Sentencias T-860 de 2005, T-817 de 2001 y SU-1023 de 2001, entre otras.

9 SU-1354 de 2000 (octubre 4), M. P. Antonio Barrera Carbonell.

10 T-789 de 2003 (septiembre 11), M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido, T-1182 de 2005.

11 Con anterioridad, la Ley 797 de 2003 había modificado los requisitos para acceder a la pensión de invalidez. Dicha ley fue declarada inexecutable por esta corporación en sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003, debido a vicios de procedimiento en su formación.

12 T-580 de 2007 (julio 30), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto.

13 Cita en la cita: “En la sentencia de tutela T-974 de 2005 (M.P.: Jaime Araujo Rentería) se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexecutable del artículo 11 de la Ley 797 de 2003...”

14 Cita en la cita: “Teniendo en cuenta que se encontraba cotizando al régimen desde el 05 de diciembre de 2003 (folio 34).”

15 Cita en la cita: “Ley 100 de 1993, artículo 33, parágrafo 1...”

16 Cita en la cita: “Folio 25 del cuaderno de revisión.”

17 T-911 y T-1066, ambas de 2005.

18 T-580 de 2007.