

Sentencia T-186/10

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Alcance

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ Y PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD-Exigencias establecidas en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 39 con las modificaciones hechas por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003

PENSION DE INVALIDEZ-Aplicación del principio de progresividad

ACCION DE TUTELA-Reconocimiento de la pensión de invalidez de acuerdo a lo prescrito en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993

Referencia: expedientes T- 2.450.097 - T-2.457.197 T-2.456.430

Acción de Tutela instaurada por Oswaldo Castro Peña, José Arnaldo López y Jaime Rojas Posada contra el Instituto de Seguro Social

Magistrado Ponente:

Dr. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil diez (2010)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub -quien la preside-, Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente de las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por: (i) el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil, en el trámite de la acción de tutela incoada por Oswaldo Castro Peña contra el Instituto de Seguros Sociales (T-2450097); (ii) el

Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Jaime Rojas Posada contra el Instituto de Seguros Sociales (T-2457197) y (iii) el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales -Caldas-, en el trámite de la acción interpuesta por José Arnaldo López contra el Instituto de Seguros Sociales (T-2456430).

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección de Tutelas Número Once, a través de Auto del 20 de noviembre de 2009, decidió acumular los citados procesos por presentar unidad de materia, para que fueran fallados en una sola sentencia.

## 1. ANTECEDENTES

### 1. EXPEDIENTE T- 2.450.097

#### 1. Solicitud

El peticionario Oswaldo Castro Peña, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales -ISS-, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital. En consecuencia, solicita ordenar a la entidad accionada expedir una nueva resolución donde se reconozca su derecho a la pensión de invalidez, desde el momento en que adquirió el derecho; así como el reconocimiento de los intereses de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993, al no haber sido reconocida la pensión por error imputable al ISS.

#### 1. Hechos y argumentos de derecho

1. Manifiesta el accionante que es una persona de 48 años de edad, con una enfermedad

crónica en los riñones que lo obliga a practicarse un tratamiento de diálisis tres (3) veces por semana, calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 62% según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, estructurada en mayo 8 de 20011.

1. Dado su grado de incapacidad, solicitó al Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el 8 de noviembre de 2003. Dicha solicitud fue negada mediante Resolución No.008194 del 26 de abril de 2004, argumentando que no cuenta con el mínimo de semanas cotizadas exigidas por las disposiciones legales durante el último año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez. A pesar de contar con 587.34 semanas cotizadas<sup>2</sup>. Respecto a la indemnización sustitutiva, señaló que no era procedente por haber prescrito según lo reglado en el artículo 36 de la ley 90 de 1946.

1. Agrega el demandante, que por desconocimiento, no presentó ningún recurso contra la resolución, agotando de esta forma la vía gubernativa.

1. Afirma estar desempleado, debido a que por su enfermedad no ha podido conseguir empleo fijo, viéndose obligado a vivir del “rebusque”, de la caridad de sus amigos y de la poca ayuda que le puede prestar su padre de 73 años de lo que devenga como conductor de un taxi.

1. Indica finalmente, que vive solo en condiciones infrahumanas y que a pesar de estar separado, es su ex esposa quien lo tiene afiliado al Sistema de Seguridad Social como beneficiario, gracias a lo cual puede recibir el tratamiento de diálisis.

1. Contestación de la entidad accionada

Admitida la solicitud de tutela, el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá corrió traslado de la misma al Instituto de Seguros Sociales.

El término de traslado venció en silencio.

## 1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, en fallo de 18 de agosto de 2009, negó el amparo solicitado.

Consideró el juez de instancia que las pretensiones del demandante constituyen un asunto totalmente ajeno al ámbito de la jurisdicción constitucional en sede de tutela, en virtud de la naturaleza puramente legal de las mismas y la existencia de otros medios y procedimientos administrativos y judiciales de defensa. Lo anterior tiene como excepción situaciones que configuren un perjuicio irremediable, que haga indispensable la adopción en forma urgente, inminente e impostergable de medidas transitorias de protección del derecho, aspectos éstos últimos que no fueron plenamente demostrados dentro del proceso.

Observa así mismo el juzgador, que el presupuesto de la inmediatez en el presente caso no opera, en cuanto la resolución atacada y que negó la solicitud de pensión del accionante tiene fecha del 26 de abril de 2004, siendo evidente que han transcurrido más de cinco años desde su expedición, sin que durante dicho lapso de tiempo el petente hubiese demostrado inconformidad alguna y tan solo ahora pretenda por este mecanismo se revise si la negativa obedeció a una errada aplicación de las normas reguladoras de la materia.

## 1. Impugnación

El accionante se opuso a la anterior providencia, alegando que el a quo olvida que según las pruebas aportadas, es una persona que padece una grave enfermedad crónica terminal en los riñones, que lo obliga a practicarse tres diálisis a la semana. Por lo que, iniciar un proceso ante la jurisdicción ordinaria y ante la poca expectativa de vida que tiene, muy seguramente cuando el fallo sea promulgado ya no estará vivo para conocerlo.

Indica que la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional ha hecho énfasis en que las personas que padecemos enfermedades ruinosas somos sujetos de “especial protección” (sic) y que por tanto los jueces al estudiar nuestros casos tendrán una mayor consideración y un menor rigorismo; pues nuestra expectativa de vida es muy corta y por esta razón debemos vivir lo poco que nos resta de ella, de manera decorosa y digna y no vernos compelidos a vivir de la caridad ajena o aguantar tratos crueles y degradantes.

## 1. Sentencia de segunda instancia

El Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil, mediante sentencia proferida el treinta (30) de septiembre de 2009, confirmó el fallo de primera instancia.

En sustento de esta determinación consideró el a quem, que acierta el juez de primera instancia al conceptualizar que la legalidad del acto que negó el reconocimiento de la pensión y la indemnización sustitutiva al demandante, debió haberse dilucidado en su escenario natural, ya que se trata de un acto administrativo contra el cual no solamente procedían los recursos de la vía gubernativa, sino también la acción de nulidad y restablecimiento del derecho ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Respecto del requisito de inmediatez, afirma, la inactividad del accionante para interponer esta acción en un término prudencial debe llevar a que no se conceda.

## 1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1. Fotocopia de la cédula de ciudadanía de Oswaldo Castro Peña, en la que se observa como fecha de nacimiento el día 30 de octubre de 19613 (actualmente cuenta con 48 años de edad).

1. Fotocopia de constancia expedida por la Unidad Renal de Occidente, donde dan cuenta de la condición de Insuficiencia Renal Crónica Terminal, y del tratamiento semanal que de por vida debe recibir el accionante<sup>5</sup>.

1. Copia de constancia del registro como beneficiario en salud, del señor Oswaldo Castro Peña, expedida por el Coordinador de Afiliación y Registro<sup>6</sup>.

1. Copia de la calificación de invalidez del señor Oswaldo Castro Peña, emitida por el Secretario Principal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, en que se lee: fecha de estructuración de la invalidez Mayo 8 de 2001, porcentaje de pérdida de capacidad laboral 62%<sup>7</sup>.

1. Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones al ISS por el señor Oswaldo Castro Peña: semanas cotizadas (587,34)<sup>8</sup>.

1. EXPEDIENTE T- 2.457.197

1. Solicitud

La acción de amparo la interpuso la abogada Giomar Angélica Aguilar González como apoderada judicial del señor Jaime Rojas Posada, contra el Instituto de Seguro Social, por considerar que la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales del accionante al negar la solicitud de pensión de invalidez a que tiene derecho dado su estado de salud. Pretende por este medio se ordene que el reconocimiento se realice desde la fecha en que se realizó la petición de la pensión de invalidez, es decir, desde el 16 de marzo de 2009.

## 1. Hechos y argumentos de derecho

1. Refiere la apoderada en el escrito de tutela que, en principio, el señor Jaime Rojas acudió ante la entidad demandada solicitando el reconocimiento de la pensión de vejez, la cual después de tres años de interminables recursos, le fue negada por no acreditar el mínimo de mil semanas requeridas por ley.

1. Ante esta situación, y con ocasión del cáncer que padece y que le impide seguir cotizando más años para obtener su pensión de vejez, optó por solicitar entonces pensión de invalidez, por lo que allegó al Instituto de Seguro Social la documentación pertinente, el día 16 de marzo del año 2009.

2. Indicó que el señor Jaime Rojas Posada padece un cáncer maligno en la piel, desarrollado específicamente en la cara, el cual debe ser tratado y manejado con extremo cuidado. Fue valorado y calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con una pérdida del 51,80% de su capacidad laboral, con fecha de estructuración del 23 de agosto de 1995.

1. Mediante resolución 025416 del 2 de junio de 2009, el Seguro Social negó la petición argumentando que de acuerdo a la fecha de estructuración de la invalidez la normatividad a aplicar en el caso del afiliado JAIME ROJAS POSADA, es la Ley 100 de 1993 la cual establece:

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez. b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por los menos veintiséis semanas del año inmediatamente anterior al momento en que produzca (sic) el estado de invalidez. El asegurado JAIME ROJAS POSADA, cotizó a este instituto en forma ininterrumpida un total de 544 semanas al 31 de mayo de 1983, que al momento de la fecha de estructuración de la invalidez esto es el 23 de agosto de 1995, No (sic) se encontraba

cotizando; ni en el año inmediatamente anterior a esta fecha no hay semanas cotizadas al sistema General de Pensiones del ISS, motivo por el cual no acredita los requisitos señalados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, numeral a y b.

1. Ante tal decisión, el accionante instauró los recursos de reposición y en subsidio de apelación, los cuales a la fecha de interposición de la tutela no habían sido desatados.

1. La situación del demandante, como persona de la tercera edad<sup>9</sup>, quien debido a su estado de salud no labora, ni percibe rentas o pensiones, con ingresos nulos, evidencia el grado de vulnerabilidad en que se encuentra y merece la atención oportuna y urgente del juez constitucional.

1. Concluye la apoderada que el ISS desconoce en sus resoluciones el precedente constitucional y los tratados internacionales ratificados por Colombia, lo que hace ineficaz seguir insistiendo en vía gubernativa, pues lo que se solicita es la aplicación de los principios orientadores de la seguridad social, el principio de progresividad y la interpretación de los fines del Estado Social de Derecho.

1. Contestación de la entidad accionada

Cumplido el término posterior al recibo del oficio de comunicación de tutela, la entidad accionada no realizó ningún pronunciamiento ni allegó documento alguno.

1. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá, en fallo del 13 de agosto de 2009,

concedió el amparo respecto del derecho fundamental de petición.

Precisó el juez de instancia que la entidad accionada debía dar respuesta a los recursos interpuestos por el demandante (reposición y en subsidio de apelación), por cuanto ellos corresponden al ámbito de su competencia, previo estudio de los documentos aportados y su respectiva confrontación con las leyes que les sean aplicables, saliéndose por tanto de la órbita de conocimiento en la instancia constitucional.

Por tanto, y en relación con los demás derechos alegados por el peticionario como vulnerados, concluyó, conforme a las precisiones hechas anteriormente, que los mismos se encuentran integrados a la decisión de amparo del derecho de petición, dado que la orden impuesta pretende proteger sus derechos fundamentales.

## 1. Impugnación

La apoderada del demandante objetó la decisión del juzgador, consideró que el derecho a la pensión de invalidez es protegido mediante la acción de tutela al advertir el perjuicio inminente en que se encuentran los disminuidos físicos. La protección al derecho de petición no garantiza el cese a las vulneraciones ni previene el perjuicio irremediable del accionante, por lo que, en opinión de la profesional, las pruebas aportadas al proceso tienen la suficiente entidad como para que el juez hubiera concedido integralmente el derecho invocado.

## 1. Segunda instancia

El Tribunal Superior de Bogotá -Sala de Decisión Civil-, en fallo proferido el 1° de octubre de 2009, confirma íntegramente la sentencia de primera instancia.

Colige el juez de segunda instancia, una vez cotejado el material probatorio allegado al expediente con la norma aplicable al caso en estudio, que la negativa por parte del Instituto de Seguro Social del reconocimiento de la pensión de invalidez del demandante, no puede entenderse como caprichosa o arbitraria y mucho menos vulnerante de los derechos fundamentales alegados, por el contrario, se encuentra ajustada a las previsiones del literal

b) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, puesto que el accionante, al momento de la invalidez, no se encontraba cotizando al sistema y no contaba con el número mínimo de semanas exigidas para el efecto. Razón por la cual, consideró que no se dan los presupuestos establecidos por la jurisprudencia constitucional para la procedencia del reconocimiento de la pensión de invalidez por vía de tutela.

#### 1. Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron como pruebas:

1. Fotocopia de la resolución 025416 de fecha 2 de junio de 2009.10

1. Fotocopia de la historia clínica del señor Jaime Rojas Posada en la que se registran algunos de los procedimientos realizados con ocasión del cáncer que padece.11

1. Fotocopia del dictamen de calificación de la pérdida de capacidad laboral y determinación de la invalidez expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez; en la cual se lee una pérdida de capacidad laboral del 51,80%, estructurada el 23 de agosto de 1995.12

1. EXPEDIENTE T- 2.456.430

#### 1. Solicitud

Mediante apoderada judicial, el señor José Arnaldo López interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguro Social Seccional Manizales, en busca de la protección de los derechos

fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso. Pretende por este medio, se ordene a la entidad demandada el restablecimiento de los derechos del accionante, expidiendo resolución de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en forma retroactiva a julio 17 de 2007, fecha de la estructuración de la enfermedad.

## 1. Hechos y argumentos de derecho

1. Señala la apoderada en su escrito, que el señor José Arnaldo López nació el día 10 de julio del año 1937 en la Dorada (Caldas), es decir que actualmente cuenta con 72 años de edad.

1. Indica que desde el mes de julio de 2007, el peticionario padece de enfermedad aterosclerótica (sic) del corazón 1251 y secuelas de infarto cerebral, lo que ha disminuido su capacidad laboral en un 90%. En la actualidad tiene más de 180 días de incapacidad laboral y no da señales de recuperación física ni emocional.

1. Debido a lo anterior, la dependencia de Medicina Laboral del Instituto de Seguro Social Seccional Caldas, determinó con 65.60% la pérdida de la capacidad laboral del señor José Arnaldo López, fecha de estructuración del 16 de julio de 2007.

1. Concluye la apoderada manifestando que dado que la Corte Constitucional, por vía de acción pública de constitucionalidad, declaró inexecutable el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, norma que sirvió de fundamento para negar la solicitud pensional de su representado, es dable conceder su petición de amparo, dado que el mismo cumple con el requisito de semanas cotizadas.

## 1. Contestación de la entidad accionada

A fin de determinar el presunto menoscabo de los derechos fundamentales invocados por la apoderada del señor José Arnaldo López, el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales (Caldas) admite la demanda y por auto de fecha 9 de septiembre de 2009, requiere a la entidad accionada para que haga manifestación expresa y con fundamentación legal de cada uno de los hechos y pretensiones del escrito de tutela.

La entidad guardó silencio.

## 1. Sentencia única de instancia

El Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales (Caldas), en fallo del 18 de septiembre de 2009, negó por improcedente la acción de tutela.

En el caso particular, el juez consideró no haberse probado la inminencia de un perjuicio irremediable que permitiera el amparo a favor del señor José Arnaldo López, e igualmente señaló que no es competente para pronunciarse sobre la procedencia del pago de mesadas pensionales, significando ello, que atender la solicitud no es procedente en sede de tutela, toda vez, que en principio corresponde a las autoridades administrativas y a los jueces laborales y administrativos, pues en este caso no se reúnen los requisitos que la jurisprudencia constitucional ha señalado para que sea procedente la tutela.

### Pruebas documentales

En el trámite de la acción de amparo se aportaron las siguientes:

1. Copia de la resolución No.9260 del 29 de diciembre de 2008, expedida por el ISS Seccional Caldas<sup>13</sup>.

1. Afirma la apoderada en el escrito de tutela que, como el original de la certificación de la pérdida de la capacidad laboral, las cotizaciones y demás requisitos están en poder del Seguro Social, solicito al señor Juez, ordene en la eventualidad de aceptarse esta acción, pedirle al Seguro Social copia de la misma para efectos probatorios<sup>14</sup>.

## 1. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

La Corte es competente para revisar los presentes fallos de tutela, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, y con el Decreto 2591 de 1991.

## 1. CONSIDERACIONES JURIDICAS

### 2.2.1. El problema jurídico

Conforme a lo expuesto en las situaciones fácticas planteadas y en las decisiones adoptadas por los jueces de instancia en el trámite de las solicitudes de amparo objeto de revisión, corresponde a la Sala Séptima de Revisión establecer previamente la procedencia de la acción de tutela ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, tal y como lo consideraron algunos de los jueces de instancia.

Una vez se determine si la acción de tutela es procedente, la Sala analizará si las entidades demandadas vulneraron los derechos fundamentales de los accionantes, al haberles negado el reconocimiento de la pensión de invalidez con el argumento de no reunir los requisitos de ley.

Para el efecto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: primero la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de pensión de invalidez; segundo el tratamiento constitucional y legal del derecho a la pensión de invalidez como parte de la seguridad social; y tercero se decidirán los casos concretos.

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

La jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que, en principio, la acción de tutela resulta improcedente para obtener el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social, por cuanto el carácter excepcional y subsidiario previsto para dicho mecanismo en el artículo 86 de la Constitución Política<sup>15</sup>, así lo establece. Es la jurisdicción ordinaria el medio idóneo para resolver las pretensiones de carácter laboral y de seguridad social<sup>16</sup>.

No obstante, la Corte Constitucional, como excepción a la regla general de la improcedencia en estos casos, ha configurado dos escenarios, según los cuales, podría proceder la acción de amparo.

En primer lugar, como mecanismo principal y definitivo, si no existe otro medio de defensa judicial, o aún existiendo, éste no resulta idóneo y/o eficaz en el caso concreto. Excepción prevista para aquellos casos en que por las especiales condiciones de los peticionarios, debe otorgárseles un trato diferencial más digno y proteccionista que el conferido a los demás miembros de la comunidad; como el caso, por ejemplo, de las personas en situación de desplazamiento forzado, personas en grave estado de salud, madres cabeza de familia con hijos menores de edad, personas de la tercera edad, personas con escasos recursos económicos, entre otros.<sup>17</sup> Al respecto la Corte ha manifestado:

Cuando la autoridad pública o el particular encargado de prestar los servicios inherentes a la seguridad social la vulneran, al privar arbitrariamente a una persona de la pensión de invalidez que le permite su digna subsistencia, están sometidos a la jurisdicción constitucional en cuanto amenazan de manera directa derechos constitucionales, por lo cual la controversia acerca de la correspondiente protección judicial no debe darse en el plano de la ley sino en el nivel superior de la normatividad fundamental. De allí que tenga validez en tales casos la acción de tutela, si falta un mecanismo ordinario con suficiente aptitud y eficacia para imponer de manera inmediata el debido respeto a los preceptos constitucionales<sup>18</sup>

En suma, el amparo constitucional será viable excepcionalmente, cuando en el caso sujeto a examen concurren las siguientes tres condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.<sup>19</sup>

Igualmente, para demostrar la configuración de un perjuicio irremediable, la consolidada jurisprudencia constitucional prevé que debe acreditarse en el caso concreto: (i) la inminencia, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) la gravedad, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) la urgencia, porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean apremiantes; y (iv) la impostergabilidad, de la acción de tutela a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.<sup>20</sup>

La evaluación de los anteriores requisitos debe tener en cuenta las particulares circunstancias del afectado, que se muestren relevantes para la determinación de la existencia del perjuicio. Básicamente, deberá analizarse si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la especial protección del Estado. Toda vez que para la Corte, la pertenencia a estos grupos poblacionales tiene una incidencia directa en el grado de rigor respecto de la evaluación del perjuicio, teniendo en cuenta que las condiciones de debilidad manifiesta exigen un tratamiento preferente frente al acceso a los mecanismos judiciales de protección de derechos, ello con el fin de garantizar la igualdad material a través de discriminaciones afirmativas a favor de los grupos mencionados. Desde esta perspectiva, tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso

concreto<sup>21</sup>.

Para el caso de las personas con discapacidad, es evidente que la evaluación del perjuicio irremediable debe realizarse en razón de la capacidad material que tiene este grupo poblacional para el acceso a los medios judiciales ordinarios, competencia que se ve significativamente disminuida en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física o mental. Así, cuando los derechos de este grupo de personas resultan afectados por la omisión atribuible a la entidad demandada, la Corte ha tutelado el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva, teniendo en cuenta que se trata de la prestación económica destinada a cubrir contingencias generadas por enfermedad común o de otra índole, que inhabilitan al afiliado para el ejercicio de la actividad laboral. <sup>22</sup>

1. Tratamiento constitucional y legal del derecho a la pensión de invalidez como parte de la seguridad social

Ciertamente, con la expedición de la ley 100 de 1993, se inició en Colombia un nuevo esquema prestacional cuyo objetivo específico era instaurar un amparo frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte<sup>23</sup>, a través de dos regímenes a los cuales se confió el ideal de ampliación progresiva a todos los sectores de la población.<sup>24</sup>

Sobre la finalidad del Sistema General de Pensiones, el pleno de la Corte ha manifestado: para la Corte es claro que el sistema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota-prestación, sino la debida atención de las contingencias a las que están expuestas (sic) los afiliados y beneficiarios, además porque el régimen de prestaciones de la seguridad social en pensiones no es un régimen contractual como el de los seguros privados sino, todo lo contrario, se trata de un régimen legal que de alguna manera se asienta en el principio contributivo en el que los empleadores y el mismo Estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión. De ahí que los afiliados a la seguridad social no ostenten un derecho subjetivo a una cuantía determinada de las pensiones futuras, esto es, las pensiones respecto de las cuales no se ha producido el hecho que las causa.<sup>25</sup>

La pensión de invalidez entonces, se configura como una prestación destinada a proteger los riesgos y contingencias que provocan estados incapacitantes al trabajador, producidos por una disminución significativa en el rendimiento laboral, compensando así una situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, como característica fundamental en su condición de esenciales e irrenunciables (art.48 C.P.)<sup>26</sup>, que ante la adversidad se convierte en la única fuente de ingresos, y el medio idóneo para su subsistencia y la de su familia en condiciones dignas y justas.

De tal manera que quien adquiere por alguna contingencia la condición de inválido, según lo prescrito en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993: 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. Puede obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, previo el lleno de los requisitos que la ley ha determinado para ello, señalados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Es de precisar las importantes modificaciones sufridas por la norma en comento, la cual en principio exigía para el reconocimiento del derecho a la pensión:

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

La ley 797 del 29 de enero de 2003 en su artículo 11, varió los requisitos para acreditar el derecho pensional, así:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que

cumplió 20 años de

edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma

Disposición que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-1056 de 2003, con base en la presunta infracción de los artículos 157, 160 y 161 de la Constitución, por vicios de procedimiento. A juicio de la Corte, el trámite legislativo dado a la norma demandada vulneró el principio de consecutividad, en la medida en que sólo fue incluido en la plenaria de la Cámara de Representantes, sin que su texto hubiera sido aprobado por las comisiones conjuntas, convocadas en virtud del mensaje de urgencia con el que contaba el proyecto de ley correspondiente.

Posteriormente, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 introdujo nuevos cambios al artículo 39 de la Ley 100 de 1993. De conformidad con esta reforma, tendrá derecho a la pensión el afiliado que se encuentre en estado de invalidez y acredite:

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.

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.

La Corte al analizar la constitucionalidad de esta reforma, estableció en la sentencia C-428 de 2009, que en virtud de los principios de progresividad y no regresividad<sup>27</sup> de la legislación en materia de derechos prestacionales, las medidas<sup>28</sup> que pretendan disminuir o mermar la protección dada a un derecho de esa naturaleza, en principio, se presumirán contrarias a los

artículos 48 y 53 de la Constitución y a las previsiones aplicables contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En tal sentido, consideró que la modificación enunciada, impuso requisitos más rigurosos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, pues aumentó el número de semanas de cotización exigidas e incorporó el deber de fidelidad al Sistema.

La Corte explicó que si bien se aumentó el número de semanas de cotización de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo a ser tenido en cuenta para que el afiliado (cotizante activo o no), acredite las semanas mínimas requeridas y en tal medida se pasó para la configuración de la invalidez, del año inmediatamente anterior a los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. Así mismo, la Corte destacó que la nueva legislación eliminó la diferencia establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 entre afiliados que se encontraban cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran al momento de estructuración de su estado de invalidez, al establecer los mismos requisitos para todos los afiliados<sup>29</sup>.

En concreto, respecto del requisito de fidelidad de cotización al sistema de pensiones, la Corte afirmó:

que dicha medida carece de una finalidad constitucional “legítima y plausible”, como quiera que no sólo disminuyó el nivel de protección del derecho a la pensión de invalidez según la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, sino que también omitió el deber de prever un régimen de transición que permitiera a los trabajadores amparados por el régimen anterior continuar disfrutando de la posibilidad de acceder a dicha prestación social. En consecuencia, al estimar que los propósitos de promover la cultura de afiliación y evitar el fraude, pueden ser obtenidos por otros medios y que dichos propósitos resultan desproporcionados frente a la afectación de los derechos de las personas que ven disminuida de manera grave su capacidad laboral por causa de enfermedad o accidente, la Corte declaró la inexecutable del requisito de fidelidad en cuestión.<sup>30</sup>

De tal manera, la jurisprudencia constitucional ha fijado los siguientes presupuestos generales de interpretación y aplicación de las normas que regulan la pensión de invalidez:

(i) en principio, corresponde la aplicación de las normas que rigen al momento en que se estructuró el estado de invalidez, pues a partir de esta fecha se causa el derecho al reconocimiento de la pensión; (ii) sin embargo, a la luz de los hechos que fundamentan la

acción, se deberá determinar si las normas conforme a las cuales se sustentó la negativa frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez resultan, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos prestacionales; (iii) en este sentido, de manera general, las reformas introducidas al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 mediante los artículos 11 de la Ley 797 de 2003 y 1° de la Ley 860 de 2003, resultan contrarias a los principios de progresividad y no regresividad de los derechos, toda vez que imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento, no prevén un régimen de transición y afectan de manera desproporcionada los derechos de quienes merecen especial protección por parte del Estado (personas con discapacidad y de la tercera edad); y (iv) en virtud del principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la ley laboral, ante la concurrencia de varias interpretaciones sobre la determinación de la norma aplicable al caso concreto, debe darse preferencia a lo fijado en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues la aplicación de esa norma permite al trabajador acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con el cumplimiento de menores requisitos.<sup>31</sup>

Esto, sin perjuicio que hayan sido expedidas con posterioridad normas sobre pensión de invalidez que, verificadas las circunstancias del caso concreto, se muestren más favorables para el trabajador. En este último evento, conforme al principio en comento, deberá aplicarse el precepto que otorgue mejores condiciones al empleado.<sup>32</sup>

En conclusión: la pensión de invalidez regulada en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes requisitos: (i) que el afiliado hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral; y (ii) que en caso de enfermedad, demuestre haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; o en caso de invalidez causada por un accidente, 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a su ocurrencia. En todo caso, la aplicación de las normas que regulan la materia deberá ser cotejada a la luz de los supuestos fácticos que fundamentan el caso concreto, a fin de determinar si resultan contrarias a los principios de progresividad y no regresividad de los derechos. De presentarse esta situación, de conformidad con el principio constitucional de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral, deberá aplicarse el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, o la norma que proporcione más beneficios al afiliado y asegure el reconocimiento del derecho a esa prestación

económica.

## 1. CASO CONCRETO

Expediente: T-2.450.097

El señor Oswaldo Castro Peña solicitó el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la igualdad y al mínimo vital, presuntamente vulnerados por el Instituto de Seguros Sociales al no haberle reconocido la pensión de invalidez a la que, según afirma, tiene derecho. El argumento esgrimido por la entidad demandada para negar dicha prestación fue el no cumplimiento de las semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez, exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. La entidad igualmente negó la indemnización sustitutiva al considerar que había operado su prescripción por el trascurso de tiempo entre la fecha de adquisición del derecho y la presentación de la solicitud, el cual fue de un (1) año.

La Sala entrará a analizar los argumentos del presente caso, teniendo en cuenta el material probatorio allegado al expediente:

En primer lugar, se observa en el expediente que la acción de tutela fue interpuesta en julio de 2009<sup>33</sup> y la resolución en la que respondió en forma negativa el ISS, la solicitud de la pensión de invalidez, tiene fecha del 26 de abril de 2004. Es decir, que el peticionario dejó transcurrir cinco (5) años después del pronunciamiento de la entidad demandada, sin que en el expediente se adviertan razones o causas que justifiquen la demora en el ejercicio de la acción constitucional, por cuanto, la demanda de tutela resultaría en principio improcedente por incumplimiento del presupuesto de la inmediatez. Sin embargo, en el presente caso debemos tener en cuenta que la situación física del peticionario hace su condición de debilidad manifiesta permanente en el tiempo, tornando ineficaz tal presupuesto<sup>34</sup>.

En segundo lugar, se aprecia que aunque en el acto administrativo que negó la prestación económica se le hizo saber al accionante los recursos que procedían contra la decisión, estos son, recurso de reposición y apelación, el demandante dejó vencer el término para acudir a la justicia contenciosa, omisión que no podrá ser subsanada a través de este medio, puesto que

la tutela no puede ser incoada para revivir términos vencidos ni para subsanar omisiones del accionante, correspondiendo a la jurisdicción contenciosa o la ordinaria laboral, la resolución de la controversia. No obstante, ello no determina la improcedencia de la tutela en el caso concreto, pues la Sala considera que, debido a las circunstancias de hecho que este presenta, es necesaria la acción de tutela como mecanismo definitivo dada la excepción prevista para aquellos casos en que por las especiales condiciones de los peticionarios, debe otorgárseles un trato diferencial más digno y proteccionista que el conferido a los demás miembros de la comunidad; como el caso, por ejemplo, de las personas en situación de desplazamiento forzado, por su grave estado de salud, madres cabeza de familia, etc. Condición en la que se encuentra el demandante, teniendo en cuenta que es una persona que padece una grave enfermedad crónica terminal en los riñones, que lo obliga a practicarse tres diálisis a la semana, lo que torna incierta su expectativa de vida.

De otra parte, se tiene que para el reconocimiento de cualquier pensión, en este caso la de invalidez, podrá hacerse previa comprobación por parte de la entidad responsable de otorgarla, el cumplimiento pleno de los requisitos legalmente establecidos para ello, que según lo expuesto en las consideraciones generales de esta sentencia debe satisfacer los siguientes requerimientos: (i) que el afiliado acredite que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral; y (ii) que demuestre haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Presupuestos que deben ser cotejados a la luz de los supuestos fácticos del caso concreto a fin de determinar si resultan contrarios al principio de progresividad de los derechos prestacionales, y de esta manera, en caso de presentarse dicha situación, aplicar la norma que proporcione más beneficios al afiliado de conformidad con el principio constitucional de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral a fin de asegurar el reconocimiento del derecho a esa prestación económica.

Así las cosas, de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente, se encuentra acreditado que el señor Oswaldo Castro Peña fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 62% según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca<sup>35</sup>, estructurada el 8 de mayo de 2001.

En este punto debe resaltarse la importancia de la fecha de estructuración de invalidez, teniendo en cuenta que es el momento en el cual se consolida el derecho a exigir el

reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, según la norma que se encontrare vigente. De tal suerte, que el Instituto de Seguro Social determinó que el señor Oswaldo Castro Peña a pesar de haber sido declarado inválido a partir del 8 de mayo de 2001, sin estar cotizando al sistema, acredita aportes durante 598 semanas, de las cuales 0 (sic) fueron cotizadas en el último año anterior a la invalidez, cuando el Artículo 39 de la Ley 100 de 1993 exige un mínimo de 26 semanas dentro del mismo lapso, razón por la cual se concluye que no hay derecho a la pensión.<sup>36</sup>

Sin embargo, según copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones al ISS expedido el 24 de marzo de 2009 por la misma entidad<sup>37</sup>, la Sala encuentra probado que desde el 1° de enero de 1998 hasta el 29 de febrero de 2000, el accionante cotizó 71,4 semanas al sistema de pensiones.

En este contexto, de conformidad con las consideraciones generales de esta sentencia, en principio, en el presente caso correspondía la aplicación de las normas vigentes al momento en que se estructuró el estado de invalidez del accionante, es decir, al 8 de mayo de 2001. No obstante, la modificación prevista por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 según el cual, quien haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral tiene el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez si ha cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de ese estado, resulta más benéfica al afiliado de conformidad con el principio constitucional de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral. Por cuanto la norma aplicada por el ISS y mediante la cual negó el derecho a la pensión solicitada por el accionante deviene contraria al principio de progresividad de los derechos prestacionales, toda vez que impone requisitos más gravosos para el acceso a la pensión de invalidez del accionante.

En este orden de ideas, la Sala concluye que para efectos del presente fallo, Oswaldo Castro Peña satisface los requerimientos para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, debido a que reúne los requisitos para ello, esto es: (i) se encuentra acreditado que el señor Oswaldo Castro Peña fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 62% según dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca<sup>38</sup>, estructurada el 8 de mayo de 2001. (ii) la Sala encuentra probado que desde el 1° de enero de 1998 hasta el 29 de febrero de 2000, el accionante cotizó 71,4 semanas al sistema de pensiones. Es decir que ha cotizado más de las 50 semanas dentro de los últimos tres años

inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración del estado de invalidez, exigidas por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Además de lo anterior, se destaca las especiales condiciones en que se encuentra el peticionario teniendo en cuenta la presunción de veracidad que pesa sobre sus afirmaciones<sup>39</sup>, en lo que atañe a que se halla desempleado, obligado a vivir del “rebusque”, de la caridad de sus amigos, de la ayuda que le brinda su padre en también sus escasas posibilidades, y su situación de discapacidad permanente<sup>40</sup>. De tal manera que esta Sala de Revisión concederá el amparo respecto del reconocimiento de la pensión de invalidez de acuerdo a lo prescrito en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En atención a lo expuesto, se revocarán las decisiones de instancia, y en su lugar, se ampararán los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social en pensiones y, en consecuencia, se ordenará al Instituto de Seguro Social, el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tiene derecho el accionante, atendiendo a lo expuesto en la parte considerativa y resolutive de esta providencia.

Expediente: T-2.457.197

El señor Jaime Rojas Posada, por intermedio de apoderada judicial, interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguro Social, al considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al haberle negado la petición de pensión de invalidez a la que dice tener derecho. En consecuencia, solicita se ordene el reconocimiento de su derecho pensional desde el día 16 de marzo de 2009, fecha en la que elevó la petición.

Se ha señalado que, por regla general, la acción de tutela no constituye el mecanismo procedente para el reconocimiento de derechos pensionales, por tratarse de derechos litigiosos de naturaleza legal cuya competencia prevalente se encuentra a cargo de la justicia laboral o contenciosa administrativa; no obstante, en casos excepcionales, ha admitido que el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez sea protegido por vía de tutela, bien porque no existan otros medios de defensa judicial tan efectivos como este o porque se trate de proteger derechos fundamentales con carácter urgente, ya que, de no hacerlo, se generaría un perjuicio irremediable.

De acuerdo a lo anterior, en el presente caso se encuentra probado que el señor Jaime Rojas Posada en la actualidad tiene 62 años de edad<sup>41</sup>, adulto mayor sujeto de especial protección, quien sufre de carcinoma in situ de la piel de otras partes y de las no especificadas de la cara según el diagnóstico emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, donde además se valoró en un 51.80% la pérdida de su capacidad laboral, estructurada el día 23 de agosto de 1995<sup>42</sup>. Ante estas circunstancias presentó solicitud de pensión por invalidez al Instituto de Seguro Social el día 16 de marzo de 2009, reconocimiento que le fue negado mediante Resolución 025416 de fecha 2 de junio de 2009.

Ante la decisión, la apoderada del demandante, interpuso los recursos de reposición y de apelación, los cuales, a la fecha de presentación de la demanda de tutela no habían sido resueltos, sin embargo, estando en trámite el proceso de revisión ante esta Corporación se allegó la Resolución No.00067 de 2010, por medio de la cual se resuelven, nuevamente en forma negativa, agotando la vía gubernativa.

En dicha resolución se aduce como argumento para negar la petición que únicamente se aplica la norma vigente a la fecha de estructuración de ésta, razón por la cual, la norma aplicable al caso, teniendo en cuenta la fecha de estructuración de la invalidez, producida el 23 de agosto de 1995, es la Ley 100 de 1993.

En ella, también se establece que el asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida (sic) un total de 870 semanas, de las cuales NINGUNA semana corresponde al último año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir al 23 de agosto de 1995; así mismo, el asegurado no se encontraba cotizando al momento de producirse el estado de invalidez; concluyendo de esta manera que el asegurado NO cumple con los requisitos establecidos para acceder a la prestación solicitada.

Esta Corte ha manifestado que frente a los cambios normativos que puedan presentarse respecto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición, el cual no resulta indispensable cuando la nueva normatividad implica cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social. Sin embargo, cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición

atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto<sup>43</sup>, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez.

Para la Sala de Revisión el ISS ha debido considerar las particulares circunstancias que rodean el presente caso atendiendo el cambio de condiciones legales que generó la expedición de la ley 100 de 1993. Concretamente ha debido verificar si el tránsito legislativo producido (del Decreto 758 de 1990 a la Ley 100 de 1993) no habría resultado más gravoso o regresivo en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, máxime cuando la Ley 100 no previó un régimen de transición. Se procederá, entonces a examinar los requisitos establecidos en uno y otro régimen pensional respecto a la situación concreta del señor Jaime Rojas Posada.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los requisitos legales que se establecieron y que llevaron a la negativa de la pensión de invalidez, fueron:

**ARTÍCULO 38. ESTADO DE INVALIDEZ.** Para los efectos del presente capítulo 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.

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

- a. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- b. Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se

produzca el estado de invalidez.

Por su parte, el anterior régimen pensional previsto: el Decreto 758 de 1990, Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, señalaba en sus artículos 5° y 6°, como requisitos para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, los siguientes:

#### ARTÍCULO 5o. CLASES DE INVALIDEZ.

1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte:

a) INVALIDO PERMANENTE TOTAL. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laborativa para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. La cuantía básica de esta pensión será del 45 % del salario mensual de base;

(...)

ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

a. Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,

b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez. (subrayado fuera de texto)

Así las cosas, la Sala encuentra probado que el régimen establecido en el Decreto 758 de 1990 se encuentra acorde con los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales y por tanto es el que favorece al peticionario, pues el demandante cumple con el requisito exigido en la norma; en la Resolución No.025416 del 2 de junio de 2009, visible a folios 20 y 2144, la entidad accionada señala que el asegurado JAIME ROJAS POSADA

cotizó a este instituto en forma interrumpida (sic) un total de 544 semanas contadas desde el 2 de junio de 1969 hasta el 31 de mayo de 1983. Es decir que cuenta con más de las 300 semanas cotizadas en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez<sup>45</sup>. De tal manera que de no haber variado la normatividad, el señor Jaime Rojas Posada, hubiera accedido sin reparo alguno a la pensión que ahora reclama, por reunir todas las condiciones exigidas en el régimen anterior.

De suerte que la aplicación sin mayores contemplaciones del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, frente a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra el actor, vulneró sus derechos fundamentales, lo que hace indispensable la intervención del juez de tutela para obtener que en el presente caso se aplique, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, el requisito previsto en el literal b) del artículo 6° del Decreto 758 de 1990.

Es claro, que no se puede dejar de lado las especiales condiciones del demandante, adulto mayor con 62 años de edad, sujeto de especial protección constitucional, quien sufre de carcinoma in situ de la piel de otras partes y de las no especificadas de la cara que según el diagnóstico emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, lo incapacita para laborar, situación que hace urgente la protección de sus derechos fundamentales.

Con base en estos argumentos y por evidenciarse el completo estado de indefensión y vulnerabilidad en que se encuentra el peticionario, además de encontrar demostrados los requisitos exigidos para conceder la pensión de invalidez reclamada, esta Sala revocará el fallo del Tribunal Superior de Bogotá Sala de Decisión Civil, y en su lugar, reconocerá el derecho fundamental a la pensión de invalidez del señor Jaime Rojas Posada, quien acredita un 51.80% de pérdida de capacidad laboral y 544 semanas cotizadas al 31 de mayo de 1983, anteriores a la estructuración de invalidez.

Expediente: T-2.456.430

Mediante apoderada judicial, el señor José Arnaldo López, interpuso acción de tutela contra el ISS Seccional Manizales, en busca de la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso. Pretende por este medio, se ordene a la entidad demandada restablezca los derechos del accionante, expidiendo resolución de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en forma retroactiva a julio 17 de 2007,

fecha de la estructuración de la invalidez.

Describe la apoderada en su escrito las condiciones que presenta el señor José Arnaldo López, quien, manifiesta, nació el día 10 de julio del año 1937 en la Dorada (Caldas), es decir que actualmente cuenta con 72 años de edad. Indica que desde el mes de julio de 2007, el peticionario padece de enfermedad aterosclerótica (sic) del corazón 1251 y secuelas de infarto cerebral, lo que ha disminuido su capacidad laboral en un 90%. En la actualidad tiene más de 180 días de incapacidad laboral y no da señales de recuperación física ni emocional. El ISS Seccional Caldas por medio del Departamento de Medicina Laboral determinó en un 65.60% la pérdida de la capacidad laboral y la estructuró con fecha de 16 de julio de 2007.

Dadas las anteriores condiciones, el demandante solicitó la pensión de invalidez ante el ISS, el cual la negó mediante resolución No. 9260 del 29 de diciembre de 2008, por considerar que no se cumplía con el requisito de fidelidad al sistema, tal y como lo exigía el artículo 39 de la ley 100 de 1993. Afirma que los recursos procedentes ante el acto anotado ya fueron agotados en vía gubernativa.

Como pruebas aportadas, únicamente se allegó la resolución No.9260, pues en decir de la profesional como el original de la certificación de la pérdida de la capacidad laboral, las cotizaciones y demás requisitos están en poder del Seguro Social, no fue posible adjuntarlos. Con ocasión de lo anterior, la Sala tomará de aquel acto administrativo los elementos de juicio que habrá de tener en cuenta para la resolución del presente caso.

Así las cosas, se tiene por cierto que el solicitante fue declarado inválido por enfermedad común a través de dictamen médico emitido el 8 de agosto de 2008 por Medicina Laboral del Instituto de Seguro Social, determinando como fecha de estructuración el 16 de julio de 2007, con el 65.60% de pérdida de la capacidad laboral.

La entidad demandada fundamentó su negativa de pensión, en lo regulado por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, según el cual se establece que tendrá derecho a pensión de invalidez el afiliado al sistema que sea declarado inválido y hubiere cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez y acredite un 20% de fidelidad al sistema, calculado entre el tiempo transcurrido desde el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Que revisado el reporte de semanas expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensionados del Instituto de Seguro Social, se establece que el asegurado cotizó a este Instituto un total de 53 semanas válidas para pensión de invalidez, esto es con anterioridad a la fecha de estructuración, de las cuales 53, fueron cotizadas en los tres años anteriores, por lo cual se observa que cumple con el primer requisito para acceder a la prestación solicitada.

Que una vez realizado el análisis de la fidelidad para con el sistema, para el caso concreto del solicitante se encuentra que requiere cumplir con una fidelidad mínima equivalente a 532 semanas, encontrándose que las 53 semanas equivalen al 1.9% de fidelidad, evidenciándose que aunque cumple con el número de semanas requeridas por la Ley dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no cumple con la fidelidad al sistema.

La apoderada del señor José Arnaldo López solicitó se inaplique el artículo mediante el cual se negó la prestación requerida por su representado, y se aplique la sentencia de la Corte Constitucional C-428 de 200946, en la cual se declaró inexecutable el aparte que exigía el requisito de fidelidad al sistema. Petición que no puede ser tenida en cuenta, toda vez que la resolución proferida por el ISS fue expedida el 29 de diciembre de 2008, cuando aún no se había declarado la inexecutable alegada por la peticionaria.

Ahora bien, dado que el asunto objeto de revisión se refiere a la negativa para conceder la pensión de invalidez del demandante, bajo el único argumento, del no cumplimiento del requisito de fidelidad al sistema general de pensiones, es preciso señalar que tal exigencia fijada en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, por constituir una medida contraria al principio de progresividad de los derechos sociales, ha sido inaplicada por diferentes Salas de Revisión de esta Corte, quienes se han pronunciado sobre su incompatibilidad con las normas constitucionales que consagran el deber del Estado de propender la rehabilitación e integración social de las personas afectadas con toda clase de limitaciones, mediante medidas tendientes a lograr su igualdad real y efectiva.

En efecto, el carácter claramente regresivo de la disposición, al establecer que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 impone requisitos más gravosos para el acceso a la pensión por invalidez afectando a quienes por su situación de discapacidad son sujetos de especial

protección constitucional y sin considerar medidas adicionales que contrarresten el impacto sobre los intereses jurídicos de los afiliados al sistema en el momento del cambio legislativo, como sería un régimen de transición, son los referentes tomados por los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales. Al respecto en sentencia T-043 de 2007, se consideró:

los derechos sociales deben ser desarrollados por el legislador, el cual goza de un amplio margen de libertad para definir su alcance y condiciones de acceso. Sin embargo, esta libertad de configuración dista de ser plena, ya que encuentran límites precisos en tanto (i) no puede desconocer derechos adquiridos y (ii) las medidas que adopte deben estar plenamente justificadas conforme al principio de progresividad.

Lo anterior implica que cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que prima facie estén prohibidas este tipo de medidas. Pero, como lo ha reiterado la Corte en su jurisprudencia, la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia. A continuación se presenta una síntesis de la evolución de esta doctrina constitucional.

En este caso, el peticionario se encuentra en circunstancias de especial vulnerabilidad, pues no solo está inválido, sino que vive en precarias condiciones económicas y sin la posibilidad de laborar dada su avanzada edad. Adicionalmente, al aplicar el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original al momento de la estructuración de la invalidez, el accionante hubiera tenido derecho al reconocimiento de la pensión y, por lo tanto, respecto de él se presenta una regresión en el ámbito de protección de sus derechos.

En consecuencia, en el presente caso se inaplicará el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Por lo tanto, esta Sala revocará el fallo del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales (Caldas), y en su lugar, concederá la tutela, interpuesta por el señor José Arnaldo López. Ordenará al Instituto de Seguros Sociales, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la

notificación de la presente providencia, expida una nueva resolución en la que se reconozca la pensión de invalidez del accionante aplicando el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

## 1. 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 Política,

### RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Veintiuno Civil del Circuito de Bogotá, de fecha 3 de agosto de 2009, que negó la tutela de los derechos fundamentales invocados por el señor Oswaldo Castro Peña; e igualmente la sentencia emitida en el mismo caso por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Civil, de fecha 30 de septiembre de 2009, que confirmó el fallo de primera instancia. En su lugar CONCEDER, por las razones y en los términos de esta sentencia, el amparo de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Oswaldo Castro Peña.

SEGUNDO: DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO la Resolución 008194 del 26 de abril de 2004 del Instituto de Seguros Sociales.

TERCERO: ORDENAR al Instituto de Seguro Social, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar la pensión de invalidez del señor Oswaldo Castro Peña, a que tiene derecho, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días. De acuerdo a lo estipulado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

CUARTO: REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Treinta y Ocho Civil del Circuito de Bogotá y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Civil, dictados en primera y

segunda instancia respectivamente, en el trámite de la acción interpuesta por el señor Jaime Rojas Posada. En su lugar, CONCEDERÁ la protección de los derechos fundamentales del señor Jaime Rojas Posada.

QUINTO: DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO las Resoluciones 025416 del 2 de junio de 2009 y 00067 de 20 de enero de 2010 del Instituto de Seguros Sociales.

SEXTO: ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que en el lapso de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar la pensión de invalidez respectiva, desde cuando el peticionario solicitó su reconocimiento, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

SÉPTIMO: REVOCAR la sentencia del Juzgado Tercero Penal del Circuito de Manizales (Caldas) de 18 de septiembre de 2009, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor José Arnaldo López. En su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

OCTAVO: DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO la Resolución 9260 del 29 de diciembre de 2008 del Instituto de Seguros Seccional Caldas.

NOVENO: DECLARAR que el señor José Arnaldo López tiene derecho a la pensión de invalidez y, en consecuencia, ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales Seccional Caldas, que en el lapso de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar la pensión de invalidez respectiva, desde cuando el peticionario solicitó su reconocimiento, aplicando el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

DECIMO: LÍBRESE por Secretaría General, las comunicaciones previstas en el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Copia de la calificación de invalidez, emitida por el Secretario Principal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá. Cuaderno 1, folios 5 a 8.

2 Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones al ISS. Cuaderno 1, folio 9.

3 Cuaderno 1, folio 1

4 Cuaderno 1, folio 2

5 Cuaderno 1, folio 3

6 Cuaderno 1, folio 4

7 Cuaderno 1, folios 5 a 8

8 Cuaderno 1, folio 9

9 Cuaderno 1, folio 12 figura como fecha de nacimiento el día 20 de mayo de 1947 (en la actualidad cuenta con 63 años). Lo cual quiere decir que debe ser tenido como adulto mayor, según la previsión del artículo 7° de la Ley 1276 de 2009: ARTÍCULO 7°: "(...)b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango,

siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;(...)

10 Cuaderno 1, folios 20 y 21

11 Cuaderno 1, folios 22 a 24

12 Cuaderno 1, folios 16 a 19

13 Cuaderno 1, folios 26 a 28

15 Artículo 86. Constitución Política. "(...) Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable (...)".

16 El artículo 2 de la Ley 712 de 2001 seña "La Jurisdicción Ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social conoce de: (...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

17 Ver entre muchas, sentencia T- 100 de 9 de marzo de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1338 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-859 de 2 de septiembre de 2004, T-630 de 3 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-043 de 1 de febrero de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

18 Sentencia T-246 del 3 de junio de 1996, M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

19 Sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño. En esta misma sentencia se seña: En relación con el primer requisito, la actuación de la administración a través de la cual reconoció o reajustó la pensión de invalidez, jubilación o vejez debe presentarse como manifiestamente ilegal o inconstitucional. Si bien el juez de tutela no es el competente para realizar un análisis detallado sobre la legalidad de las actuaciones de la administración, por ser ello de competencia de los jueces especializados; ante la afectación de los derechos fundamentales del peticionario provocada por una actuación que se muestra desde un principio como contraria a postulados de índole legal o inconstitucional, la acción

de tutela resulta procedente para amparar los derechos fundamentales afectados.

Frente al segundo requisito, para que la acción de tutela esté llamada a prosperar es necesario acreditar que la falta de reconocimiento, pago o reajuste de la prestación económica amenace o vulnere un derecho fundamental. Al respecto, es necesario tener en cuenta que para el caso de pensión de invalidez, en donde la persona ha sido incapacitada para laborar y además no cuenta con bienes de fortuna o con otro ingreso, la falta de pago de la pensión compromete de manera cierta su derecho al mínimo vital.

Finalmente, para que pueda proceder la acción de tutela es necesario demostrar que no existe otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados o que, de existir, carece de idoneidad; caso en el cual el amparo constitucional se muestra como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado.

20 Doctrina reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, T-971 de 23 de septiembre de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-692 de 18 de agosto de 2006, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T- 129 de 22 de febrero de 2007, M.P. Humberto Sierra Porto, entre otras.

21 Sentencia T-1316 del 7 de diciembre de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes.

22 Ver entre muchas, sentencia T- 100 de 9 de marzo de 1994, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-1338 de 11 de diciembre de 2001, M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-859 de 2 de septiembre de 2004, T-630 de 3 de agosto de 2006, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-043 de 1 de febrero de 2007, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

22 Ver: sentencia T-871 de 4 de noviembre de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-812 de 4 de julio de 2000, M.P. Antonio Barrera Carbonell, T-383 de 28 de mayo de 2009, M.P. María Victoria Calle.

23 Artículo 10: OBJETO DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de

pensiones.

24 Ley 100, Parágrafo Artículo 2°, 3, 6, 10, 13-i, 25 y siguientes.

25 Sentencia C-086 de 13 de febrero de 2002, M.P.: Clara Inés Vargas Hernández.

26 Sentencia T-292 de 5 de julio de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.

27 Al respecto, en la citada sentencia la Corte explicó: “(...) la jurisprudencia ha precisado que una medida se entiende regresiva en principio, en los siguientes eventos: a) cuando recorta o limita el ámbito sustantivo de protección del respectivo derecho; b) cuando aumentan sustancialmente los requisitos exigidos para acceder al derecho de que se trata; c) cuando disminuye o desvía de manera efectiva e importante los recursos públicos destinados a la satisfacción del derecho, antes de que se haya verificado el cumplimiento de la respectiva prestación.”

28 En tal sentido, esta Corporación indicó que aunque el legislador goza de amplias facultades de configuración en la materia, dichas medidas se encuentran sometidas a un control estricto de constitucionalidad que implica establecer si: (i) buscan satisfacer una finalidad constitucional imperativa, (ii) resultan conducentes para lograr la finalidad perseguida; (iii) evaluadas las distintas alternativas, parecen necesarias para alcanzar el fin propuesto; (iv) no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido y (v) el beneficio que alcanzan es claramente superior al costo que aparejan.

29 Sentencia C-428 de 2009, M.P. Mauricio González.

30 Idem.

31 Sentencia T-653 de 2009.

32 Sentencia T-043 de 2007.

33 Cuaderno 1 folios 10 a 13

34 Ver entre muchas las sentencias T-726 del 8 de julio de 2005, M.P. Manuel José Cepeda, T-1167 del 17 de noviembre de 2005, M.P. Humberto Sierra Porto, T-792 de 27 de septiembre de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy.

35 Cuaderno 1, folios 5 a 8

36 Fotocopia de la resolución 008194 expedida por el ISS, cuaderno 1, folio 2.

37 Cuaderno 1, folio 9.

38 Cuaderno 1, folios 5 a 8

39 Decreto 2591 de 1991, artículo 20.

40 Cuaderno 1, folio 3, certificado médico en el que se da cuenta del porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la cual asciende al 62% , estructurada el día 8 de mayo de 2001, según dictamen rendido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá (folios 6 a 8).

41 Cuaderno 1, folio 12 figura como fecha de nacimiento el día 20 de mayo de 1947. Lo cual quiere decir que debe ser tenido como adulto mayor, según la previsión del artículo 7° de la Ley 1276 de 2009: ARTÍCULO 7°: “(...)b) Adulto Mayor. Es aquella persona que cuenta con sesenta (60) años de edad o más. A criterio de los especialistas de los centros vida, una persona podrá ser clasificada dentro de este rango, siendo menor de 60 años y mayor de 55, cuando sus condiciones de desgaste físico, vital y psicológico así lo determinen;(...)

42 Cuaderno 1 folios 16 a 19.

43 Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

44 Cuaderno 1.

45 Es de señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo argumentos en parte coincidentes con las consideraciones aquí señaladas, ha procedido en casos similares al presente al reconocimiento de la pensión de invalidez aplicando sobre la Ley 100 de 1993, el régimen pensional anterior contenido en el Decreto 758 de 1990. Así lo sostuvo en decisión proferida el 5 de julio de 2005, expediente 24280, que ha sido reiterada a la fecha (consúltense las decisiones proferidas el 19 de julio de 2005 (radicación 23178), 26 de julio de 2005 (radicación 23414), 21 de febrero de 2006 (radicación 24812), 14 de marzo de 2006 (radicación 26949), 30 de marzo de 2006 (radicación 27194), 18 de mayo de 2006 (radicación 27549), 24 de mayo de 2006 (radicación 25968), 4 de julio de 2006 (radicación

27556):

“Y entendido el derecho a la seguridad social, dentro de esa especial categoría, sobre los principios que lo inspiran, vale decir, la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, es indudable que no podría truncársele a una persona el derecho a pensionarse, como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él, bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o, contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o se halle desafiliado.

Efectivamente dentro del antiguo régimen era indispensable para pensionarse haber cotizado como mínimo 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al advenimiento de la invalidez o un mínimo de 300 semanas en cualquier tiempo, mientras que en el nuevo régimen basta estar cotizando y haber completado 26 semanas en el momento de invalidarse o las mismas 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a ese insuceso para conseguir el mismo resultado.

Pero sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer.

Desde la anterior perspectiva, la invalidez simplemente llega, y ese hecho impide, a quien la padece en más del 50% (proporción establecida legalmente, igual en el Acuerdo 049 de 1990, que en la Ley 100 de 1993), laborar y procurarse un modo de subsistencia, de forma que el sistema no puede dejar de prestarle la asistencia debida, teniendo en cuenta las cotizaciones antecedentes a ese estado, las cuales, sin lugar a duda, deben tener un objetivo práctico, tendiente a no dejar desamparado a quien aportó al régimen, así que

posteriormente, al cumplir la edad para una eventual pensión por vejez, de esta no puede despojarse, pero mientras ello sucede, no debe quedarse sin defensa, por la ineficacia, que pretende la demandada, se le de a las citadas aportaciones, que finalmente contribuyeron a la consecución de la prestación, por vejez, por invalidez o por muerte.”

46 M.P. Mauricio González Cuervo, Sentencia del 1° de julio de 2009.