

Sentencia T-223 de 2012

(Bogotá D.C., Marzo 20)

PENSION DE INVALIDEZ-Finalidad

Esta Corporación ha definido la pensión de invalidez, como una compensación económica tendiente a resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones de dignidad. Este derecho adquiere una connotación especial al buscar preservar los derechos de los sujetos de especial protección como los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos. En relación con la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 definió en el artículo 38, que se considera una persona inválida cuando por “cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”

PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago

REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ-Inaplicabilidad e inconstitucionalidad en el sistema pensional, consagrado en el numeral 2° del artículo 1° de la ley 860 de 2003, por desconocimiento del principio de progresividad

La Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 en la sentencia C-428 del 1° de julio de 2009. En esta ocasión, esta Corporación estimó que el requisito de fidelidad de cotización al sistema -del 20% para el reconocimiento de la pensión de invalidez y del 25% para la pensión de sobreviviente-, contradecía el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, entre el cual se encuentra el derecho a la seguridad social. En virtud de lo anterior, la Sala Plena concluyó “que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, deben ser declarados inexecutable puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma”. El fallo respecto a la inexecutable del requisito de fidelidad de cotización al sistema, implica entre otras cosas, que su inaplicación es de obligatorio cumplimiento, tanto para los fondos administradores de pensiones -públicas y privadas-, como para las autoridades judiciales, quienes están en la obligación de observar el contenido

material de la sentencia C-428 de 2009, independientemente que el hecho generador del derecho pensional haya ocurrido con anterioridad al 1° de julio de 2009 fecha en la cual se profirió dicha sentencia de constitucionalidad.

PENSION DE INVALIDEZ Y FECHA DE ESTRUCTURACION DE LA INVALIDEZ-Se debe aplicar la normatividad vigente al momento en que se estructuró la pérdida de la capacidad laboral

PENSION DE INVALIDEZ-Inaplicación del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 por afectación del mínimo vital

Referencia: expediente T-3.261.165

Fallos de tutela objeto de revisión: Sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral del veinte (20) de noviembre de dos mil once (2011), que confirmó el fallo del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, del primero (1) de agosto de 2011, que negó el amparo constitucional.

Accionante: Oscar Valencia

Accionado: ISS

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

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

I. ANTECEDENTES

1. Demanda del accionante¹

El señor Oscar Valencia, a través de apoderado judicial, basa su pretensión de amparo constitucional en los siguientes:

1.1. Elementos:

1.1.1 Derechos fundamentales invocados: mínimo vital, vida digna, seguridad social, salud y debido proceso.

1.1.2 Conducta que causa la vulneración: la negativa del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, puesto que la entidad accionada aduce que el accionante no cumple con el requisito de fidelidad de cotización al sistema, establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

1.1.3 Pretensión: el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

1.2. Fundamentos de la pretensión

1.2.1. Al señor Oscar Valencia le fue diagnosticado en 1996 enfermedad de parkinson severo, rigidez e hipocinesia², lo que le produjo varias incapacidades y le impidió volver a trabajar y cotizar al sistema. Como consecuencia de lo anterior, el 18 de noviembre de 2008, el ISS determinó una pérdida de capacidad laboral del 69.60%, con fecha de estructuración de la invalidez del 22 de febrero de 20023.

1.2.2. El 27 de diciembre de 2010, el accionante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante el ISS, quien mediante Resolución No. 106718 del 14 de abril de 20114, negó su pretensión, bajo el argumento de que aunque cumple con el requisito de densidad por haber cotizado más de 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, no cumple con el requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

2. Respuesta del accionado

2.1. El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá vinculó al proceso de tutela a la entidad accionada⁵. Vencido el tiempo para pronunciarse, la entidad guardó silencio frente a

las pretensiones de la demanda.

2.2. En la parte considerativa de la resolución, el ISS había reconocido que aun cuando la sentencia C-428/09 declaró inexecutable el requisito de fidelidad, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, establece que los fallos de la Corte Constitucional tienen efectos hacia futuro. Dado la invalidez se estructuró el 22 de febrero de 2002, es decir, antes de la promulgación de la sentencia, se hace exigible el requisito de fidelidad.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión

3.1. Primera Instancia: Juzgado Noveno Laboral del Circuito⁶

El juez declaró improcedente la acción de tutela, considerando que dado que la controversia que plantea el accionante es de carácter legal, corresponde a la jurisdicción ordinaria dirimir el conflicto. Sostuvo que la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, razón por la cual es improcedente para resolver los conflictos relacionados con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales.

3.2 Impugnación

El apoderado judicial sostuvo que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, los mecanismos judiciales ordinarios no son eficaces para resguardar el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, la vida digna, la salud y el debido proceso de quien padece una enfermedad catastrófica, como el señor Oscar Valencia. Agregó que su poderdante es una persona que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, pues está en condiciones de discapacidad y no tiene recursos económicos para sufragar sus necesidades básicas.

3.3. Segunda Instancia: Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral⁷

3.3.1. Estimó que la acción de tutela es procedente por cuanto el poderdante se encuentra en una situación de discapacidad como consecuencia de la enfermedad que padece, por lo cual la acción opera como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, al tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, dado que los mecanismos ordinarios no serían eficaces para resguardar los derechos invocados.

3.3.2. Precisó que el ISS incurrió en un error al negar la prestación pensional, basándose en la aplicación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 860 de 2003. La normatividad aplicable al caso concreto es el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, que establecía como requisito para el reconocimiento de la pensión de invalidez que el afiliado haya cotizado “por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de producirse el estado de invalidez”⁸. Esto en razón de que la fecha de estructuración de la invalidez fue en febrero de 2002, fecha anterior a la promulgación de la Ley 860 de 2003. Y aunque consta que el señor Oscar Valencia cotizó 297 semanas, no obra prueba en el expediente que demuestre que cumplió con los requisitos establecidos en la normatividad aplicable, razón por la cual decidió confirmar la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia del presente proceso de tutela, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241 numeral 9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 369.

2.1. Alegación de afectación de un derecho fundamental. Se alega la vulneración del derecho a la seguridad social pensional de persona discapacitada laboralmente. La jurisprudencia constitucional ha considerado que el derecho a la pensión de invalidez, puede, bajo determinadas circunstancias, adquirir rango fundamental¹⁰ cuando se relaciona con el derecho a la vida, al mínimo vital, al trabajo, la salud y la igualdad, de las personas que sufren una disminución parcial o total de su capacidad laboral por razones ajenas a su voluntad¹¹.

2.2. Legitimación activa. El accionante, como titular de los derechos invocados, presentó demanda de tutela a través de apoderado judicial ¹².

2.3. Legitimación pasiva. El Instituto de Seguros Sociales -ISS-, quien presuntamente vulneró los derechos fundamentales del accionante es una autoridad pública y, como tal, es

demandable en proceso de tutela (CP, art. 86; D. 2591/91, art. 13)¹³.

2.4. Subsidiaridad. En este caso, el señor Oscar Valencia pretende evitar, con la interposición de la acción de tutela, la consumación de un perjuicio irremediable toda vez que se trata de una persona que perdió el 69.60% de la capacidad laboral, afirma no tener recursos económicos para sufragar sus necesidades básicas y por la enfermedad que padece, no puede ejercer una actividad productiva¹⁴. Así las cosas, se trata de un perjuicio grave, urgente e impostergable en la medida en que los mecanismos ordinarios no son eficientes ni idóneos para evitar que se continúe vulnerando el derecho al mínimo vital de un sujeto de especial protección constitucional, para llevar una vida en condiciones de dignidad. Por lo tanto, en el caso concreto la Sala considera que la acción de tutela resulta procedente, por las siguientes razones:

2.4.1. La Constitución Política -art 86- y el Decreto 2591 de 1991 -art 6-, establecen que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario y “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”. Así, en principio, el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, no es un asunto susceptible de ser tramitado judicialmente por vía de proceso de tutela, existiendo procedimientos judiciales ordinarios para tramitar este tipo de controversias (L. 712/01, art. 2º).

2.4.2. Esta Corporación ha admitido la procedencia de la acción de tutela, aun existiendo otros mecanismos judiciales de protección del derecho invocado, esto es, excepcionando el cumplimiento del requisito de subsidiaridad¹⁵: (i) en prevención de perjuicio irremediable, como medio de defensa transitorio; (ii) inidoneidad o ineficacia del medio judicial principal u ordinario, como mecanismo principal¹⁶; (iii) tratándose de la protección de derechos fundamentales de personas de la tercera edad y en situación de discapacidad.

2.4.3. Tratándose del reconocimiento de pensiones, la acción de tutela procederá como mecanismo transitorio cuando de los elementos probatorios obrantes en el expediente, se evidencie la presencia de un perjuicio irremediable (i)¹⁷.

2.4.4. El amparo constitucional también resulta procedente en aquellos casos en que los mecanismos ordinarios resultan ineficaces y carezcan de idoneidad (ii), tal como lo contempló la sentencia T-826 de 2008: (...) se ha estimado que someter a un litigio laboral a

una persona con disminución de su capacidad laboral, que le impide acceder al trabajo y, por ende, a una fuente de ingreso, resulta desproporcionado y por esta razón, la Corte ha concedido en diversas oportunidades la tutela del derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, en forma definitiva¹⁸, o transitoria¹⁹, de personas cuyo derecho a la vida en condiciones dignas y al mínimo vital resultan afectados por omisión atribuible a las entidades demandadas²⁰. (Subraya fuera de texto). En este sentido, en virtud de la vulnerabilidad y debilidad manifiesta de las personas en situación de discapacidad, originada por sus condiciones físicas o mentales, se hace necesaria la protección de los derechos pensionales como una forma de garantizar los derechos fundamentales a la vida digna, la integridad física, la salud y el mínimo vital: porque la pensión de invalidez, surge como una prestación necesaria para proveerse el sustento económico y vivir en condiciones de dignidad, ante la incapacidad de la persona para trabajar.

2.4.5. También procede como mecanismo definitivo de protección, sin exigencia de subsidiaridad, cuando se trata de garantizar el ejercicio y goce de los derechos fundamentales de sujetos de especial protección constitucional, como personas de la tercera edad y personas en situación de discapacidad (iii). Dijo la Corte: En concordancia con el carácter fundamental del derecho a la seguridad social, se debe indicar que la condición de sujeto de especial protección constitucional refuerza la necesidad de conceder la protección invocada de manera definitiva y de ordenar las medidas requeridas para la efectividad del derecho (...)21.

2.4.6. La especial protección a las personas en condiciones de discapacidad se basa en la Constitución Política de 1991 -incisos 2 y 3 del artículo 13 y el artículo 47-. Igualmente, ésta protección especial está contemplada en diferentes instrumentos internacionales²² que componen el bloque de constitucionalidad, de conformidad con el artículo 93 de la Carta. Y en general, la jurisprudencia constitucional ha dispuesto que quienes se encuentren en una situación de vulnerabilidad y desigualdad real, tienen una protección reforzada por parte del Estado en la realización e implementación de políticas públicas y acciones afirmativas para facilitar el pleno ejercicio de sus derechos y así, velar por la igualdad material²³.

2.5. Inmediatez. El accionante interpuso la acción de tutela tres meses después de que el ISS expidió la Resolución No. 106718 el 14 de abril de 2011 negándole la pensión de invalidez, esto es, en un término razonable para el ejercicio de la acción²⁴.

3. Problema jurídico constitucional

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional determinará: ¿si el ISS vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital y vida digna del señor Oscar Valencia, al negar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por considerar que el accionante no cumple con el requisito de fidelidad al sistema de seguridad social, establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, aun cuando la fecha de estructuración de la invalidez es anterior a la promulgación de la mencionada ley; y a pesar de que cotizó 297 semanas antes de la fecha de estructuración de la invalidez?

4. Vulneración al derecho a la seguridad social de persona en estado de invalidez

4.1. El reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Reiteración de Jurisprudencia

4.1.1. Esta Corporación ha definido la pensión de invalidez, como una compensación económica tendiente a resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones de dignidad²⁵. Este derecho adquiere una connotación especial al buscar preservar los derechos de los sujetos de especial protección como los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos²⁶.

4.1.2. En relación con la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 definió en el artículo 38, que se considera una persona inválida cuando por “cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”²⁷. Igualmente, el artículo 39 disponía como requisitos para obtener la pensión de invalidez:

- i. Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y tenga cotizadas por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.
- ii. 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 hubiere producido el estado de invalidez.

4.1.3. No obstante, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 modificó los requisitos para acceder a

la pensión de invalidez, estableciendo que para el reconocimiento de dicha acreencia se requiere:

(i) haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración.

(ii) una fidelidad de cotización al sistema no menor al veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que la persona cumplió 20 años y la fecha de calificación de la invalidez.

4.2. La exigencia de la “fidelidad al sistema” en la jurisprudencia constitucional. Reiteración de Jurisprudencia

4.2.1. El requisito de fidelidad de cotización al sistema fue objeto de diversos exámenes por parte de esta Corporación en sede de tutela, posterior a la promulgación de la Ley 860 de 2003, por ser considerado un requisito más gravoso para acceder a la pensión de invalidez. Así, la línea jurisprudencial de las tutelas que en sede de revisión estudiaron el requisito de fidelidad, concluyeron que:

i. (...) la reforma introducida por la Ley 860 de 2003, resultaba contraria al principio de progresividad de los derechos sociales y la prohibición de regresividad frente a las personas que se afiliaron al sistema de seguridad social en pensiones con anterioridad a la vigencia de la misma;

ii. (...) la modificación legislativa afectaba de forma desproporcionada e irrazonable a personas de especial protección constitucional como aquellas que están en condición de discapacidad y pertenecen a la tercera edad.²⁸

4.2.2. Como consecuencia de lo anterior, las diferentes Salas de Revisión consideraron dicha disposición inconstitucional, en la medida en que parecía un requisito regresivo en materia de derechos económicos, sociales y culturales, razón por la cual se acudió a la excepción de inconstitucionalidad (artículo 4 C.P) al artículo 1º de la Ley 860 de 2003, y aplicándose en su lugar, la disposición anterior que había sido derogada, es decir, la versión sin modificar del artículo 39 de la Ley 100 de 199329.

4.2.3. Finalmente, la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 en la sentencia C-428 del 1° de julio de 2009. En esta ocasión, esta Corporación estimó que el requisito de fidelidad de cotización al sistema -del 20% para el reconocimiento de la pensión de invalidez y del 25% para la pensión de sobreviviente-, contradecía el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, entre el cual se encuentra el derecho a la seguridad social. En virtud de lo anterior, la Sala Plena concluyó “que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, deben ser declarados inexecutable puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma”.³⁰

4.2.4. El fallo respecto a la inexecutable del requisito de fidelidad de cotización al sistema, implica entre otras cosas, que su inaplicación es de obligatorio cumplimiento, tanto para los fondos administradores de pensiones -públicas y privadas-, como para las autoridades judiciales, quienes están en la obligación de observar el contenido material de la sentencia C-428 de 2009, independientemente que el hecho generador del derecho pensional haya ocurrido con anterioridad al 1° de julio de 2009 fecha en la cual se profirió dicha sentencia de constitucionalidad³¹. La Corte expresó en su momento que “la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho a la seguridad social en pensiones (...)”³², por lo cual, una posición contraria implicaría desconocer los principios de igualdad, progresividad y favorabilidad establecidos en la Carta. La jurisprudencia constitucional así lo ha reafirmado, por ejemplo, en la sentencia T-609 de 2009 indicó:

Encuentra la Sala que, como fue explicado anteriormente, la disposición jurídica contentiva del requisito de fidelidad al sistema fue expulsada del ordenamiento jurídico, de manera que el requisito por ella establecido no puede ser exigido a los afiliados que soliciten pensión de invalidez, siéndoles aplicables única y exclusivamente los referentes a porcentaje de pérdida de la capacidad laboral y semanas cotizadas en los últimos tres años³³.

(...)

Podría objetarse que la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición, la que se encontraba vigente al momento de presentar los

elementos fácticos que sustentan la petición de la garantía. || Esta posición resulta fácilmente refutable, en el entendido que la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada por contravenir en casos concretos la norma fundamental³⁴, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.

4.2.5. En síntesis, de acuerdo con el precedente establecido en la sentencia C-428 de 2009, resulta inadmisibles exigir el requisito de fidelidad para el reconocimiento de la pensión de invalidez; por lo tanto, los fondos de pensiones no pueden aplicar el mencionado requisito basados en que el hecho generador del derecho pensional haya sido anterior a la sentencia de constitucionalidad³⁵.

5. Vía de hecho de carácter administrativo derivada de una violación o afectación al debido proceso por inaplicación de las normas legales pertinentes para reconocer la pensión de invalidez

1. La fecha de estructuración de la invalidez determina la norma aplicable para reconocer la pensión de invalidez

El artículo 3° del Decreto 917 de 1999, consagra lo relativo a la declaración de la fecha de estructuración de la invalidez en los siguientes términos: “[e]s la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. (...)”.

Igualmente, en el artículo 4° señala los requisitos y procedimientos para la calificación de la invalidez y la fundamentación del dictamen, en el cual se advierte que la calificación de invalidez debe basarse en las situaciones fácticas del peticionario, el diagnóstico clínico “de carácter técnico-científico, soportado en la historia clínica”. En este sentido, la fecha de

estructuración de la invalidez debe fijarse en el momento en que se compruebe la pérdida de la capacidad laboral de manera permanente y definitiva.

Asimismo, la jurisprudencia ha sostenido que para ser beneficiario de la pensión de invalidez, es necesario que se evalúen los requisitos de la norma aplicable al momento de estructurarse el estado de invalidez y no la de rendición del dictamen por parte de la Junta de Calificación de Invalidez.³⁶

Tal como lo ha reiterado la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

“Desde luego que no se desconoce el efecto general inmediato de las normas laborales, con arreglo a lo dispuesto por el artículo 16 del C. S. del T. Lo que ocurre es que en eventos como el analizado, se debe tener en cuenta que para acceder a la pensión de invalidez, así como a la causada por muerte, no resulta válido considerar como único parámetro para determinar si existe o no el derecho correspondiente, la fecha del respectivo acontecimiento (incapacidad para laborar o deceso); es necesario adicionalmente observar el conjunto de postulados y la naturaleza misma del derecho a la seguridad social, con miras a lograr el amparo y la asistencia propuestos constitucionalmente, y a los cuales se arriba con la puesta en vigor de las instituciones legalmente previstas.”³⁷

En este orden de ideas, los fondos de pensiones al momento de estudiar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, deben aplicar la normatividad vigente al momento en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral.

5.2 Vía de hecho de carácter administrativo derivada de una violación o afectación al debido proceso por inaplicación de las normas legales pertinentes

El artículo 29 de la Constitución Política consagra el derecho al debido proceso, tanto en actuaciones judiciales como administrativas. En este orden de ideas, se trata de una garantía de los administrados en la medida en que asegura que todo acto proferido por las autoridades, será sometido a las disposiciones legales.

Por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo exige que los actos que sean

proferidos por la administración deben realizarse: “(i) sin dilaciones injustificadas; (ii) bajo el procedimiento previamente definido en las normas; (iii) por la autoridad competente; (iv) de acuerdo a las formas propias de la actuación administrativa previstas en el ordenamiento jurídico y con total respeto de las disposiciones normativas sobre las que se basa; (v) en acatamiento del principio de presunción de inocencia; (vi) respetando el derecho de defensa y (vii) reconociendo el derecho a impugnar las decisiones que en contra se profieran, al igual que la oportunidad de presentar y a controvertir pruebas y a solicitar la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso”³⁸.

Es por esto, que la jurisprudencia constitucional ha reconocido que las actuaciones administrativas que incurran en una contradicción abierta con las normas constitucionales o legales, implica una actuación de hecho, que puede ser amparada por medio de la acción de tutela³⁹. Por lo tanto, todo acto administrativo que se separe de las normas aplicables al caso concreto, resulta ser una vulneración del debido proceso administrativo.

Así las cosas, la jurisprudencia constitucional ha reconocido cuatro clases de defectos en las decisiones administrativas:

“1) [cuando se] presente un grave defecto sustantivo, es decir, cuando [una decisión] se encuentre basada en una norma claramente inaplicable al caso concreto; 2) presente un flagrante defecto fáctico, esto es, cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el [funcionario] para aplicar una determinada norma es absolutamente inadecuado; 3) presente un defecto orgánico protuberante, el cual se produce cuando el fallador carece por completo de competencia para resolver el asunto de que se trate: y, 4) presente un evidente defecto procedimental, es decir, cuando el [funcionario] se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones.”⁴⁰ (Negrillas fuera de texto)

En virtud de lo anterior, un acto administrativo que analiza el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, puede incurrir en una vía de hecho administrativa, que vulnere el debido proceso, en la medida que la autoridad respectiva desestima el régimen jurídico aplicable, por lo cual carece de fundamento objetivo y contradice el derecho al debido proceso.

5.3. El caso concreto

5.3.1 En el caso objeto de estudio, se encuentra probado que la entidad accionada, en la Resolución No. 106718 del 14 de abril de 2011, negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, considerando lo siguiente: “que revisados los reportes de semanas cotizadas por el asegurado (...), se establece que el asegurado (...) cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 297 semanas, de (sic) las cuales fueron sufragadas en los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, aclarando que las semanas cotizadas con posterioridad a dicha fecha no pueden ser tenidas en cuenta para efectos de la prestación solicitada. Que de conformidad con lo anteriormente expuesto se concluye que no es procedente el reconocimiento de la prestación por no acreditar los requisitos del artículo 38 y el 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1° del (sic) la Ley 860 de 2003”⁴¹. (Subraya fuera de texto)

5.3.2 Por su parte, en la parte considerativa del mencionado acto administrativo, el ISS reconoce que el requisito de fidelidad fue declarado inexecutable, pero sostiene que de acuerdo con la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia, los fallos de constitucionalidad solo tienen efectos hacia futuro. Así las cosas, como “obra dictamen médico laboral emitido el 18 de noviembre de 2010 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el cual se establece que el asegurado presenta una pérdida de capacidad laboral del 69.6%, estructurada a partir del 22 de febrero de 2002”, el requisito de fidelidad estaba vigente.

5.3.3 En el presente caso la Sala de Revisión advierte que, contrario a lo que la entidad accionada sostiene en el acto administrativo, la estructuración ocurrió antes de la promulgación de la Ley 860 de 2003 (26 de diciembre de 2003) en tiempo de vigencia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. De otro lado, la sentencia de constitucionalidad extrajo del ordenamiento jurídico la disposición que consagraba dicho requisito. Así, no resulta aceptable que el ISS niegue el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez solicitado por el señor Oscar Valencia, bajo el argumento de que incumple el requisito establecido en una disposición que no estaba vigente al momento de estructurarse su invalidez, y que posteriormente, fue inaplicado por la Corte Constitucional en decisiones de tutela precedentes en virtud de contravenir el imperativo de no regresividad injustificada de reglas relativas a derechos sociales y, que en todo caso, fue declarada inexecutable y extraída del

ordenamiento jurídico.

5.3.4 De esta forma, encuentra la Corte probada la situación de vulnerabilidad y el inminente perjuicio irremediable al que se encuentra expuesto el accionante. En virtud de lo anterior, se revocarán los fallos de tutela que negaron por improcedente el amparo de los derechos fundamentales y en su lugar, se ampararán los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor Oscar Valencia. Por lo tanto, se ordenará al ISS dejar sin efectos la Resolución No. 106718 del 14 de abril de 2011 y, tramitar el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Oscar Valencia, de acuerdo con lo expuesto en esta providencia.

5. Razón de la decisión

La acción de tutela es el mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental a la seguridad social de las personas que se encuentran en una situación de discapacidad, al tratarse de sujetos de especial protección constitucional. Del mismo modo, los fondos de pensiones no pueden aplicar el requisito de fidelidad como pretexto para negar la pensión de invalidez, cuando el hecho generador del derecho pensional haya sido anterior a la sentencia C-428 de 2009.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Laboral del veinte (20) de noviembre de dos mil once (2011), que confirmó el fallo del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, del primero (1) de agosto de 2011, que negó el amparo constitucional interpuesta por Oscar Valencia contra el ISS. En su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de Oscar Valencia.

Tercero.- Por Secretaría General líbrense 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.

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO.

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Acción de tutela presentada el quince (15) de julio de dos mil once (2011).

2 Según consta en el escrito de la acción de tutela y el dictamen del ISS. (Folio 5 y 7 del cuaderno No. 1).

3 Folio 5 del cuaderno No. 1.

4 Folio 2 a 3 del cuaderno No. 1.

5 Mediante auto del dieciocho (18) de julio de 2011 el Juzgado Noveno Laboral del Circuito admitió la acción de tutela de referencia y concedió un término de veinticuatro (24) horas para que la entidad accionada -ISS- se pronunciara sobre los hechos de la demanda. (Folio 14 del cuaderno No. 1.)

6 Sentencia proferida el 1° de agosto de 2011. (Folios 17 a 20 del cuaderno No.1.)

7 Sentencia proferida el 20 de septiembre de 2011. (Folios 6 al 14 del cuaderno No.2.)

8 Artículo 39 de la Ley 100 de 1993, texto original.

9 En Auto del quince (15) de noviembre de 2011 de la Sala de Selección de tutela No 11 de la Corte Constitucional, se dispuso la revisión de la providencia en cuestión y se procedió a su reparto.

10 Sentencias T-056 de 1994, T-888 de 2001, T-860 de 2005, T-043 de 2005, T-1251 de 2005, T-628 de 2007, entre otras.

11 Ha dicho la Corte Sentencia en sentencia T-653 de 2004, para estas situaciones: “Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos. (subraya fuera de texto)

12 El señor Oscar Valencia confirió poder especial al abogado Yony Estibenson Alarcón Pedroza para interponer acción de tutela en su nombre contra el Instituto de Seguros Sociales. (Folio 1 del cuaderno # 1).

13 Artículo 1° del Decreto 2148 del 30 de diciembre de 1992, define al ISS como una empresa industrial y comercial del Estado, descentralizada por servicios del orden nacional, con personería jurídica, vinculada al Ministerio de Protección Social.

14 Esta afirmación consta en el escrito de tutela y en la impugnación del fallo de primera instancia. (Folios 7 y 58 del cuaderno No. 1 respectivamente).

15 Sentencia T-235 de 2010 que reiteró lo establecido en las sentencias: T-239 de 2008, T-414 de 2009, T-004 de 2009, T-284 de 2007 y T-335 de 2007.

16 En la Sentencia T-583 de 2010, esta Corporación mencionó: “la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para este tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto. (...) Uno de los criterios determinantes ha sido el de la avanzada edad del peticionario, (...) pues el mecanismo ordinario resulta ineficaz si es probable que la persona no exista para el momento en el que se adopte un fallo definitivo tomando en cuenta el tiempo considerable que demora un

proceso de esta índole y la edad del actor.”

17 Dicho perjuicio ha sido definido por esta Corporación de la siguiente manera: En primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficacia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable”. (Sentencia T-1316 de 2001).

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

19 Sentencia SU-1354 de 2000.

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

21 Sentencia T-651 de 2009.

22 La Declaración Universal de los Derechos Humanos (artículo 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9), la Declaración Americana de los Derechos de la Persona](el artículo XVI), el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 9), la Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (artículo 11, numeral 1), la Convención Interamericana para le Eliminación de todas las formas de Discriminación contra las personas con discapacidad (artículo III).

23 Sentencia T-043 de 2005, T-220 de 2007 y T-905 de 2009, T-432 de 2011 entre otras.

25 Sentencia C-227 de 2004.

26 T-26 de 1992, T-011 de 1993, T-427 de 1992, T-144 de 1995; T-1007 de 2004

27 De acuerdo con el literal c) del artículo 2 del Decreto 917 de 1999, se entiende por capacidad laboral “el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permiten al trabajador desarrollar su trabajo habitual”.

28 Sentencia T-482 de 2011.

29 La línea jurisprudencial está contenida en las sentencias: T-287 de 2008, T-145 de 2008, T-110 de 2008, T-104 de 2008, T-103 de 2008, T-104 de 2008, T-080 de 2008, T-078 de 2008, T-077 de 2008, T-069 de 2008, T-018 de 2008, T-590 de 2008, T-1048 de 2007, T-1072 de 2007, T-699A de 2007, T-641 de 2007, T-580 de 2007, T-043 de 2007, T-221 de 2006, y T-1291 de 2005, entre otras. Porque, “(...) mientras no haya un pronunciamiento del pleno de esta Corte sobre la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en sede de tutela el juez podrá inaplicar dicho artículo y ordenar que se aplique la norma anterior más favorable de la Ley 100 de 1993 (artículo 39), cuando se constaten circunstancias de especial vulnerabilidad” (Sentencia T-287 de 2008).

30 Por cuanto, la Ley 860 de 2003, “(...) agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante, el requisito de fidelidad al sistema que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, y aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez, y no habiendo población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, ni advirtiendo una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma, este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del caso respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas”. Sentencia C-428 de 2009.

31 Ver entre otras: sentencias T-453 de 2011, T-586A de 2011.

32 Sentencia T-730 de 2011.

33 Cabe anotar cómo, antes de que fuera declarada la inconstitucionalidad de la mencionada disposición, en respuesta a casos similares la Corte Constitucional a través de sus Salas de Revisión había proferido fallos en los que la exigencia de fidelidad del artículo 1º de la Ley 860 era inaplicada en virtud del carácter regresivo de la misma; al respecto pueden ser consultadas las sentencias T-1040 de 2008, T-590 de 2008, T-104 de 2008, T- 103 de 2008 y T-1048 de 2007, entre otras.

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

35 Sentencias T-730 de 2009, T-066 de 2010, T-116 de 2010, T-453 de 2011, entre otras.

36 Corte Suprema de Justicia, Sentencia 19019 del 23 de febrero de 2003, reiterada en fallos del 14 de julio de 2004 (radicado 21.702) y del 25 de marzo de 2004 (radicado 22.060).

37 Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de junio de 2005 (Radicación 24280).

38 Sentencia T-167 de 2007.

39 Sentencia T- 033 de 2002.

40 Sentencia T-567 de 1998.

41 Durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, el señor Oscar Valencia cotizó 297 semanas, es decir entre el año 1999 y 2002. (Folio 2 del cuaderno No. 1).