

Sentencia T-406/10

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-La tutela es el medio idóneo para obtener el reconocimiento cuando se acredita una violación o amenaza del mínimo vital

REGIMEN APLICABLE A LAS PENSIONES DE INVALIDEZ EN CASO DE DUDA ES EL MAS FAVORABLE-Fecha de estructuración de la invalidez

La Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que por regla general debe aplicarse la normatividad vigente al momento de la estructuración de la invalidez. Pero, si la otra normatividad, que también ha estado en vigor en un momento relevante para la pensión de invalidez (por ejemplo, en el momento de la calificación y la reclamación) es más favorable, entonces debe aplicarse esta última. En otras palabras, se trata de aplicar entre más de un régimen concurrente en la solución de un caso, el que resulte más favorable. Esa decisión se deduce del principio de favorabilidad, en virtud del cual “en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho” debe preferirse la que le garantice al aspirante a pensión una “situación más favorable” (art. 53, C.P.). en vista de que hay dos posibles fechas de estructuración, de que en cualquiera de las dos el tutelante tiene derecho al reconocimiento de la pensión, de que no hay dudas insuperables al respecto, y de que sería una carga demasiado pesada la de someterlo a un proceso adicional pues existe una razonable certidumbre acerca de que es una persona inválida y desamparada, la Corte procederá a ordenar el reconocimiento definitivo del derecho a la pensión de invalidez del tutelante. Pero, con miras a adoptar una decisión equilibrada entre las pretensiones esgrimidas por ambas partes, la Corte adoptará como válida la fecha de estructuración de la invalidez asumida por el ISS, y en consecuencia admitirá que la invalidez del peticionario surgió el seis (06) de marzo de dos mil siete (2007), pero le dejará al peticionario la opción de que respecto de este último punto intente otra acción judicial, enderezada a determinar el momento mismo del surgimiento de la invalidez. Esta última asunción, a juicio de la Sala, es equilibrada porque por una parte decide la controversia de un modo que garantiza la satisfacción del derecho al mínimo vital del accionante -que es el amenazado por la negativa de la pensión-, pero por otra no la decide definitivamente en toda su extensión, básicamente porque no es competencia de la Corte decidir cuál es la fecha de estructuración de una invalidez, si con una indefinición referida a ese punto no se ponen en riesgo de un modo apreciable los derechos fundamentales del actor. Por ende, aun cuando en este caso quedará

definitivamente resuelto que el tutelante tiene derecho a la pensión de invalidez, sólo se resolverá de forma transitoria la controversia acerca de la fecha a partir de la cual surgió el referido derecho. De modo que el tutelante quedará con la libertad de intentar las demás acciones judiciales en orden a determinar la fecha específica de estructuración.

Referencia: expediente T-2560709

Acción de tutela instaurada por Eduardo Bernal Navia contra Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS).

Magistrada Ponente:

Dra. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de mayo de dos mil diez (2010).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido, en única instancia, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el día trece (13) de enero de 2010, dentro de la acción de tutela instaurada por Eduardo Bernal Navia contra Instituto del Seguro Social.

El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del auto del veintiséis (26) de febrero de 2010, proferido por la Sala de Selección Número Dos (2).

I. ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial, el señor Eduardo Bernal Navia instauró acción de tutela contra el ISS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la favorabilidad en la aplicación de las leyes pensionales al habersele negado el reconocimiento de la pensión por invalidez por no tener cincuenta semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez.

1. Hechos

- Eduardo Bernal Navia tiene noventa (90) años de edad. En mayo de 1998 sufrió de un episodio cardíaco que lo condujo a un procedimiento quirúrgico de Revascularización Miocárdica y posteriormente en enero de 2008, a la implantación de un by pass en el corazón, hechos que a la postre lo limitarían en su trabajo. Según un certificado de calificación de invalidez expedido por el ISS Seccional Bolívar el 14 de septiembre de 2007, el accionante tuvo una pérdida de su capacidad laboral equivalente al 71.40%. Con todo, en el acta donde reposa el dictamen de pérdida de capacidad laboral, se consignaron dos fechas distintas de estructuración de la invalidez: el seis (06) de marzo de dos mil siete (2007) y el cinco (05) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998).

- El 5 de octubre de 2007, el demandante presentó la solicitud formal ante el ISS, para obtener la pensión por invalidez, pero le fue resuelta negativamente, bajo el argumento que el accionante no cumplía con el requisito establecido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, de haber cotizado mínimo 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez.¹ Según el ISS, a pesar de que el demandante tuviera un total cotizado de 901 semanas al sistema, sólo aportó 32 en el término anteriormente descrito, el cual, según la Entidad, se debe contar a partir del seis (6) de marzo de 2007, fecha en la que a su juicio se estructuró la invalidez del señor Bernal Navia, según el certificado de invalidez. El ISS sostuvo que una vez “revisado el certificado de semanas cotizadas por el Asegurado y luego de efectuar la imputación de pagos (...) se establece que el Asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 554 SEMANAS, de las cuales 32 semanas corresponden a los tres últimos años anteriores a la fecha de la estructuración. Que sumado el tiempo laborado al sector público no cotizado al ISS con el cotizado al ISS el asegurado cuenta con un total de (...) 17 años 6 meses y 10 días (901 semanas) (...) Que en atención a lo anterior se reitera, que el Asegurado NO cumple con los requisitos exigidos para acceder a la Pensión de Invalidez”.²

- El demandante sostiene que trabajó hasta el año de 2007, es decir hasta los 86 años, y prueba haber cotizado interrumpidamente al ISS, 554 semanas desde 1995. Asegura, por otra parte, que la decisión de la Entidad fue tomada sin tener en cuenta que en la misma certificación de invalidez, en el numeral 9, se dice expresamente que la estructuración de la invalidez se produjo el cinco (05) de junio de mil novecientos noventa y ocho (1998), es decir,

después de haber sido sometido a la cirugía de corazón.³ Para demostrarlo, el actor aporta copia del certificado, que dice expresamente:

“[s]e estructura la PCL LA PERDIDA DE CAPACIDAD LABORAL a la fecha 5 de junio de 1998, del resumen Historia Clínica de la Fundación Clínica Shaio, porque (sic) pese habersele realizado el procedimiento quirúrgico de revascularización Miocárdica al paciente en fecha 19/05/1998, se establece en el resumen de historia clínica unos diagnósticos definitivos al egreso del paciente en fecha 28/05/1998 que (sic) lo incluye claramente en patología orgánica del corazón clase IV desde entonces y que ha persistido en la evolución desfavorable”.⁴

- El actor solicita que, en virtud del certificado de invalidez de septiembre de 2007, donde se señala que la pérdida de la capacidad laboral debía ser entendida desde junio de 1998, le sea aplicada la norma vigente al momento en que se estructuró la incapacidad, es decir el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 antes de ser modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en el que se establecía como requisito para la pensión 26 semanas cotizadas, al momento de producirse el estado de invalidez.⁵ Concluye que para el momento de la estructuración de la invalidez en 1998, cumplía a cabalidad con el número de semanas exigidas por la ley para ser beneficiario de la pensión que le corresponde. El señor Bernal Navia solicita también que se declare la procedencia de la tutela y que “se acrediten debidamente las condiciones de urgencia, inminencia, gravedad e impostergabilidad de la medida judicial de protección”.⁶

2. Respuesta de la entidad accionada

El ISS no contestó la demanda a pesar de haber sido debidamente notificada del proceso que cursaba en su contra.

3. Decisión judicial que se revisa

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena, en fallo del trece (13) de enero de 2010, negó el amparo constitucional por considerar que, si bien la tutela resultaba procedente en el caso concreto, el señor Bernal Navia no cumplía con el requisito de las semanas cotizadas. Según el juez, el accionante sólo aportó 13.71 semanas entre el 6 de marzo -fecha en la que entiende estructurada la incapacidad- y el momento en que presentó

la solicitud. El a quo sostuvo que “si bien existen situaciones excepcionales, como la persona que se halle expuesta a un perjuicio irremediable, la viabilidad de la acción estará sujeta a que se encuentren probados los elementos que lo caracterizan, como su inminencia, gravedad, impostergabilidad y la necesidad de tomar medidas urgentes, pero además se requiere que se encuentren cumplidos los requisitos legalmente establecidos (...) En el presente caso tenemos que el tutelante no cumple con los requisitos exigidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez que solicita. Nótese que a la fecha de estructuración de la invalidez, Marzo (sic) 6 de 2007, sólo cuenta con 13.7 semanas de las 50 exigidas por la norma en comento, y el resto de las semanas no pueden ser tenidas en cuenta (...) en virtud de que se encuentran por fuera del periodo que la ley exige para ello”.⁷

4. Medios de prueba relevantes en el expediente

4.1. Certificado expedido el 28 de enero de 2008 por parte del Instituto del Corazón Cardiosalud LTDA, donde se constata que en esa fecha se le realizó el implante de un marcapasos al señor Bernal Navia.

4.2. Documentos relativos a varias consultas realizadas ante un cardiólogo para hacer seguimiento de la condición del paciente.

4.4. Resolución 18134 del 27 de agosto de 2009 expedida por el ISS, por medio de la cual se Resuelve una solicitud de prestaciones económicas. En esta resolución se procedió a negar el beneficio pensional al accionante.

4.5. Certificado de aportes al sistema general de pensiones realizado entre 1995 y 2009 por parte del Demandante.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferidas dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

El presente caso le plantea a la Sala la necesidad de resolver si la negativa del ISS de reconocerle la pensión por invalidez al demandante, bajo el argumento de que no reunía cincuenta semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de su invalidez, vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la favorabilidad en la aplicación de las leyes sociales, teniendo en cuenta que la invalidez se estructuró antes de entrar en vigencia la ley que exige las cincuenta semanas, y mientras estaba en vigor la ley anterior, al amparo de la cual el tutelante habría podido pensionarse por invalidez porque reunía los requisitos en ella establecidos. Pero, antes de decidir el problema jurídico central, la Sala debe verificar si la tutela es procedente en este caso para reclamar el reconocimiento del derecho pensional.

3. La tutela es el medio judicial idóneo para obtener el reconocimiento de una pensión de invalidez, cuando se acredita una violación o amenaza al mínimo vital

3.1. La acción de tutela procede (i) cuando no existan otras acciones legales, (ii) cuando existiendo éstas no fueren eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, o (iii) cuando no lo fueren para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.).⁸ Por eso, cuando se trata de resolver una tutela en materia pensional, dado que regularmente existen medios de defensa judiciales alternativos, idóneos para alcanzar el propósito de obtener el reconocimiento de un derecho pensional, el estudio de fondo del amparo es posible sólo si se advierte que los medios regulares (ordinarios o contenciosos) de defensa no son eficaces para evitar un perjuicio irremediable, en las circunstancias precisas del peticionario y de acuerdo con los elementos de juicio obrantes en el expediente. Así lo ha dicho la Corte, por ejemplo, en la sentencia T-699A de 2007,⁹ en la cual tuteló los derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la vida de un demandante que padecía el VIH, y tenía una incapacidad laboral equivalente al 53%. En esa oportunidad, la Corporación reiteró que la acción de tutela puede ser el mecanismo procedente para resolver una controversia pensional, si el accionante está en una situación de debilidad manifiesta, la pensión es su principal o única fuente de ingresos, y sin ella durante un tiempo puede sufrir un perjuicio irremediable.¹⁰

3.2. Pues bien, en este caso, de acuerdo con los documentos que descansan en el

expediente, se puede concluir que la acción de tutela es el medio eficaz para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Eduardo Bernal Navia, debido a las circunstancias específicas en las cuales se encuentra. En primer lugar, es una persona de avanzada edad, pues tiene actualmente noventa años. En segundo lugar, es una persona con una pérdida de capacidad laboral del 71.40% que, en tercer lugar, no cuenta con otros medios de subsistencia. Estas tres circunstancias hablan por sí solas. Dan cuenta de una persona que requiere con urgencia una decisión estatal, pues no tiene trabajo, ni condiciones físicas o emocionales para conseguirlo o para acceder al mercado laboral en condiciones de competitividad, y además tiene una edad que le hace difícil soportar con paciencia el desenlace de procesos judiciales que no son preferentes y sumarios, como sí lo es la acción de tutela. Todo esto conduce a concluir que si no se emplea la tutela para resolver la controversia, el peticionario puede pasar una parte importante de sus últimos años de vida en la incertidumbre, y en la precariedad de una vida sin condiciones básicas de existencia. En un caso de esta naturaleza, la acción de tutela es el único medio idóneo de protección de sus derechos a la seguridad social y al mínimo vital, y por eso debe ser estudiada de fondo.

4. El régimen aplicable a las pensiones de invalidez en casos de duda, es el más favorable

4.1. La Ley 100 de 1993 estableció, en su artículo 39, los siguientes como requisitos para adquirir el derecho a pensionarse por invalidez: “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”.

Esa disposición fue modificada, posteriormente, por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. De modo específico, el numeral 1 de ese precepto estipuló que para tener derecho a la pensión de invalidez por enfermedad, se debía demostrar que el afiliado había cotizado por lo menos 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez.¹¹

4.2. Nótese, entonces, que hubo una sucesión de regímenes y un cambio en los requisitos exigidos para obtener la pensión de invalidez. Debido a ello, es común encontrar casos que claramente, al menos en principio, deben ser regulados por uno de esos regímenes, y no por

el otro. Por ejemplo, si durante la vigencia de la versión original de la Ley 100 de 1993 se produjeron tanto la estructuración de la invalidez de la persona, como el reclamo, trámite y resolución de su solicitud de reconocimiento pensional, entonces claramente debe dársele aplicación a esa versión primigenia. Asimismo, si lo que ocurre es que después de entrar en vigencia la Ley 860 de 2003 se producen la estructuración de invalidez de la persona, y también el reclamo, trámite y resolución de su solicitud de reconocimiento pensional, entonces el régimen que estaría llamado a aplicarse sería este último, desde luego, en cuanto resulte aceptable desde un punto de vista constitucional.

Sin embargo, hay otros casos que están en una zona de penumbra y, por lo tanto, no es claro si deben ser resueltos de acuerdo con el régimen pensional en su versión inicial, o con el régimen tal y como quedó configurado después de la reforma. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando una persona reclama su pensión de invalidez después de entrar en vigencia la Ley 860 de 2003, pero en virtud de una invalidez que se estructuró antes de ella; es decir, mientras estuvo vigente la versión primigenia del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En una hipótesis de esa naturaleza, existe ciertamente una oscuridad pues al menos prima facie concurren ambas normatividades, ya que tanto la una como la otra han estado en vigor en momentos relevantes: en la estructuración de la invalidez, por un lado, y en la reclamación, trámite, calificación y resolución de la pensión de invalidez, por otro. ¿Cuál régimen debe aplicarse, entonces, en casos de duda?

Pues bien, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que por regla general debe aplicarse la normatividad vigente al momento de la estructuración de la invalidez.¹² Pero, si la otra normatividad, que también ha estado en vigor en un momento relevante para la pensión de invalidez (por ejemplo, en el momento de la calificación y la reclamación) es más favorable, entonces debe aplicarse esta última.¹³ En otras palabras, se trata de aplicar entre más de un régimen concurrente en la solución de un caso, el que resulte más favorable. Esa decisión se deduce del principio de favorabilidad, en virtud del cual “en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho” debe preferirse la que le garantice al aspirante a pensión una “situación más favorable” (art. 53, C.P.).

Eduardo Bernal Navia tiene 90 años de edad. A partir de 1995 comenzó a cotizar en el ISS. En 1998 fue sometido a una intervención quirúrgica de Revascularización Miocárdica, hecho que

según el dictamen elaborado el 14 de septiembre de 2007 por la junta calificadora del Seguro Social –Seccional Bolívar-, dejó como resultado definitivo una patología del corazón Clase IV. En el mismo documento se determinó que la enfermedad sufrida por el accionante le representó una pérdida del 71.40% de su capacidad laboral.¹⁴ A la fecha de la calificación tenía cotizadas 901 semanas, de las cuales 554 habían sido aportadas al ISS mientras que las restantes correspondían a las labores desempeñadas por el tutelante en el sector público. En total, se pudo evidenciar que el actor contaba con 17 años, 6 meses y 10 días.¹⁵ Una vez obtuvo el resultado de la calificación procedió a solicitarle al ISS el derecho pensional por invalidez. Pero el ISS le resolvió en sentido adverso su petición, bajo el argumento de que en los 3 años inmediatamente anteriores a la estructuración de la invalidez el accionante sólo había cotizado 32 semanas, y no las 50 que exige el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.¹⁶

Así las cosas, la Sala considera que al actor se le ha violado su derecho fundamental a la favorabilidad en la aplicación de las leyes sociales. En efecto, según la certificación expedida por la Junta Calificadora del Seguro Social –Seccional Bolívar- el 14 de septiembre de 2007, la pérdida de la capacidad laboral del señor Bernal se produjo a partir del 5 de junio de 1998, es decir después de la intervención quirúrgica a la cual fue sometido. En ese momento estaba vigente la versión original del artículo 39, Ley 100 de 1993, y todavía no había sido expedida la Ley 860 de 2003. Por lo tanto, el tutelante tenía derecho a que se le reconociera la pensión de invalidez que reclamaba, pues la versión primigenia del artículo 39, Ley 100 de 1993, exigía haber cotizado veintiséis (26) o más semanas en el año inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez, y él reunía ese requisito a cabalidad.¹⁷

Esta constatación sería suficiente para conceder la tutela instaurada por el señor Eduardo Bernal Navia. Sin embargo, es necesario referir, adicionalmente, que incluso si se toma por definitiva la otra fecha de estructuración –tal y como la asumió el ISS-, que aparece en el acta de calificación de invalidez, de acuerdo con la cual la invalidez del peticionario se estructuró el seis (06) de marzo de dos mil siete (2007), él tendría derecho a la pensión de invalidez, esta vez con fundamento en la excepción consagrada por el artículo 1º, párrafo 2, de la Ley 860 de 2003.¹⁸ En efecto, esta última norma establece que, si al momento de solicitar el reconocimiento del derecho pensional de invalidez el peticionario demuestra haber cotizado el 75% de las semanas requeridas para obtener la pensión de vejez, entonces no debe cumplir con las 50 semanas en los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, sino que le basta con haber cotizado al menos 25 en ese mismo período de tres

años. Dice la Sala que en este caso el tutelante tenía derecho a la pensión bajo esa hipótesis, porque (i) tenía en ese momento 901 semanas cotizadas, es decir, más del 75% de las semanas exigidas para obtener su pensión de vejez, que para esa época eran 1100;19 y (ii) tenía más de veinticinco (25) semanas cotizadas en los tres años inmediatamente anteriores a la estructuración.²⁰

Así las cosas, en vista de que hay dos posibles fechas de estructuración, de que en cualquiera de las dos el tutelante tiene derecho al reconocimiento de la pensión, de que no hay dudas insuperables al respecto, y de que sería una carga demasiado pesada la de someterlo a un proceso adicional pues existe una razonable certidumbre acerca de que es una persona inválida y desamparada, la Corte procederá a ordenar el reconocimiento definitivo del derecho a la pensión de invalidez del tutelante. Pero, con miras a adoptar una decisión equilibrada entre las pretensiones esgrimidas por ambas partes, la Corte adoptará como válida la fecha de estructuración de la invalidez asumida por el ISS, y en consecuencia admitirá que la invalidez del peticionario surgió el seis (06) de marzo de dos mil siete (2007), pero le dejará al peticionario la opción de que respecto de este último punto intente otra acción judicial, enderezada a determinar el momento mismo del surgimiento de la invalidez. Esta última asunción, a juicio de la Sala, es equilibrada porque por una parte decide la controversia de un modo que garantiza la satisfacción del derecho al mínimo vital del accionante -que es el amenazado por la negativa de la pensión-, pero por otra no la decide definitivamente en toda su extensión, básicamente porque no es competencia de la Corte decidir cuál es la fecha de estructuración de una invalidez, si con una indefinición referida a ese punto no se ponen en riesgo de un modo apreciable los derechos fundamentales del actor. Por ende, aun cuando en este caso quedará definitivamente resuelto que el tutelante tiene derecho a la pensión de invalidez, sólo se resolverá de forma transitoria la controversia acerca de la fecha a partir de la cual surgió el referido derecho. De modo que el tutelante quedará con la libertad de intentar las demás acciones judiciales en orden a determinar la fecha específica de estructuración.

En consecuencia, la Sala procederá a revocar el fallo expedido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el trece (13) de enero de dos mil diez (2010), y en su lugar a tutelar los derechos del señor Eduardo Bernal Navia a la seguridad social y al mínimo vital. Por lo tanto, le ordenará al Instituto de Seguros Sociales -Seccional Atlántico- que en un término igual o inferior a los cinco días siguientes a la notificación de la presente providencia,

le reconozca la pensión de invalidez al ciudadano Eduardo Bernal Navia y le pague las mesadas pensionales debidas desde el seis (06) de marzo de dos mil siete (2007), fecha en la cual según el ISS se estructuró su invalidez, y se las siga pagando oportunamente mes a mes.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Cartagena el día trece (13) de enero de 2010. En su lugar, CONCEDER la tutela de los derechos a la seguridad social y al mínimo vital del ciudadano Eduardo Bernal Navia.

Segundo.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales –Seccional Atlántico- que en un término igual o inferior a los cinco días siguientes a la notificación de la presente providencia, (i) le reconozca al ciudadano Eduardo Bernal Navia la pensión de invalidez, (ii) le pague las mesadas pensionales debidas desde el seis (06) de marzo de dos mil siete (2007), fecha en la cual según el ISS se estructuró su invalidez, y (iii) se las siga pagando oportunamente mes a mes.

Tercero.- El desacato a lo ordenado en esta providencia, se sancionará de conformidad con lo señalado en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991.

Cuarto.- LIBRESE por Secretaría la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí establecidos.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

(T-406 de 2010)

1 Resolución 018134 del 27 de agosto de 2009, folio 23.

2 Folio 24 del expediente

3 Folio 2 del expediente.

4 Folio 2 del expediente.

5 Como no se resolvía su situación el señor Bernal Navia debió presentar un derecho de petición a la entidad el 5 de febrero de 2009.

6 Folio 6 del expediente.

7 Folio 46 del expediente.

8 De hecho, el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6.1, de manera expresa liga dice que los otros medios deben ser eficaces, y que incluso cuando lo son la tutela procede para evitar un perjuicio irremediable. Dice: “[l]a acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

9 (MP Rodrigo Escobar Gil).

10 Dijo la Corte, en ese caso: “[e]n este sentido, no obstante que prima facie la pretensión a la pensión de invalidez involucra un aspecto meramente económico, cuya reclamación corresponde hacerse ante la jurisdicción ordinaria, este derecho puede adoptar el carácter de fundamental cuando, en el caso concreto, sea posible observar que del reconocimiento y pago de las mesadas dependen las condiciones mínimas de subsistencia de una persona, y por lo tanto, resultaría procedente que, en aras de amparar los derechos a la vida digna y al mínimo vital, se acuda a la acción de tutela como mecanismo expedito para tal fin, toda vez que los mecanismos ordinarios no resultan eficaces para dar una solución oportuna a la situación de urgencia planteada (M.P. Rodrigo Escobar Gil)”. En un sentido similar se pronunció la Corte, en la Sentencia T-854 de 2007 (MP Humberto Sierra Porto), al declarar procedente una acción de tutela para solicitar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de un ciudadano, que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta al momento de presentarla, debido a una incapacidad laboral equivalente al 72% que padecía como consecuencia de su enfermedad. En dicha oportunidad, la Corporación consideró que las condiciones de vida digna del demandante dependían de la pensión de invalidez que estaba solicitando, y eso fue motivo suficiente para considerar que el juez de tutela tenía competencia para decidir el asunto pensional.

11 Esta norma fue declarada exequible mediante sentencia C-428 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo). En aquella oportunidad se discutió sobre la posibilidad de que la nueva disposición fuera regresiva de cara al artículo 39 de la Ley 100 de 1993. No obstante, la Corte determinó que la norma se ajustaba al principio de progresividad.

12 Cfr., la Sentencia T-043 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), de acuerdo con la cual “de manera general [...] la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente (Ley 100/93. arts. 42 y 43)”.

13 Cfr., al respecto, por ejemplo la Sentencia T-710 de 2009 (MP Juan Carlos Henao Pérez). En ella la Corte decidía la tutela interpuesta por una persona cuya invalidez se estructuró en vigencia de la versión original de la Ley 100 de 1993, pero que reclamaba la pensión de invalidez después de entrar en vigor la modificación introducida por la Ley 860 de 2003. La administradora de pensiones le negó la pensión, porque no cumplía los requisitos

establecidos en la versión inicial de la Ley 100, aun cuando en realidad sí cumplía las condiciones para pensionarse, si se le aplicaba el régimen de la Ley 860 de 2003. La Corte tuteló su derecho tras constatar que había una duda en cuanto a la determinación de cuál era el régimen aplicable, y ante la duda, prefirió decantarse por aquella que le resultaba más favorable al peticionario. En ese caso, la Ley 860 de 2003. Una solución opuesta podría deducirse de lo que ha dicho la Corte, por ejemplo en la Sentencia T-043 de 2007 (MP Jaime Córdoba Triviño), de acuerdo con lo cual “de manera general y salvo las excepciones que se analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente (Ley 100/93. arts. 42 y 43)”.

14 En efecto, en el acápite IX de la certificación se estableció lo siguiente: “se estructura la PCL a la fecha 5/06/1998 del RESUMEN HISTORIA CLINICA de la FUNDACION CLINICA SHAI0, por que (sic) pese habersele realizado el procedimiento quirúrgico de Revascularización Miocárdica al paciente en fecha 19/05/1998, se establecen en el resumen de historia clínica unos diagnósticos definitivos al egreso del paciente en fecha 26/05/1998 que lo incluyen claramente en la patología orgánica del corazón Clase IV desde ese entonces, y que ha persistido con evolución desfavorable”.

15 El artículo 33 de la Ley 100 de 1993 establece que para acceder a la pensión de vejez se tendrán también en cuenta aquellas semanas cotizadas a fondos distintos al ISS por parte de las personas que se hubieran desempeñado como servidores públicos: “PARÁGRAFO 1o. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo, se tendrá en cuenta: a) El número de semanas cotizadas en cualquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones; b) El tiempo de servicio como servidores públicos remunerados, incluyendo los tiempos servidos en regímenes exceptuados”. En el presente caso se pudo comprobar que el accionante estuvo vinculado al sector público antes de comenzar a cotizar al ISS, razón por la cual para efectos de cálculo se deben tener en cuenta los aportes realizados durante su desempeño como servidor público.

16 En el folio 24, la entidad sostuvo que “revisado el certificado de semanas cotizadas por el Asegurado y luego de efectuar la imputación de pagos (...) se establece que el Asegurado cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 554 SEMANAS, de las cuales 32

semanas corresponden a los tres últimos años anteriores a la fecha de la estructuración. Que sumado el tiempo laborado al sector público no cotizado al ISS con el cotizado al ISS el asegurado cuenta con un total de (...) 17 años 6 meses y 10 días (901 semanas) (...) Que en atención a lo anterior se reitera, que el Asegurado NO cumple con los requisitos exigidos para acceder a la Pensión de Invalidez”¹⁶ (Negritas y mayúsculas del texto original).

17 Expediente, Folio. 30.

18 Dice, a la letra, la citada disposición: “parágrafo 2.- Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.

19 Debe tenerse presente que la Ley 100 de 1993, en su artículo 33, consagró el monto total de semanas indispensables para obtener la pensión de vejez en 1000. Sin embargo, a partir de la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, el número de semanas se aumentó en 50 para el 2005, 25 para el 2006 y 25 para el 2007, es decir, que para el 2007, en aras de obtener la pensión, el señor Bernal debió haber cotizado 1100. El 75% de 1100 equivale a 825 semanas, lo cual implica que para el momento de solicitar la pensión el accionante cumplía con los presupuestos expresados en el artículo 1º, parágrafo 2 de la Ley 860 de 2003 dado que tenía 901 de ellas.

20 Según el ISS, tenía 32 semanas cotizadas en ese período.