

Sentencia T-532/10

PENSION DE INVALIDEZ-Análisis constitucional artículo 1 de la Ley 860 de 2003

REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ-Carácter regresivo/REQUISITO DE FIDELIDAD-No puede ser exigido para su reconocimiento por cuanto fue declarado inexecutable mediante sentencia C-428 de 2009

ACCION DE TUTELA-Procedencia excepcional para el reconocimiento y pago de acreencias laborales y pensionales

PENSION DE INVALIDEZ-Procede amparo constitucional toda vez que el actor cumple con los requisitos actualmente vigentes para su reconocimiento

Referencia: expediente T-2577299

Acción de tutela instaurada por Luis Jorge Cerquera Giraldo contra Protección cesantías y pensiones.

Magistrado ponente:

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C. veintinueve (29) de junio de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle, Mauricio González Cuervo y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha emitido la siguiente

SENTENCIA

Por guardar unidad de materia, la Sala de Selección de Tutelas Número Tres de 16 de marzo de 2010, dispuso ordenar la acumulación de los procesos T-2568946, T-2569682, T-2569850, T-2570824, T-2571093, T-2573071, T-2575037, T-2577299 y T-2577636 para que fueran fallados en una sola sentencia. Sin embargo, analizado el expediente T-2577299, la Sala Novena de Revisión consideró, que si bien la temática contenida en dicho expediente era similar al resto de los casos, existían elementos que singularizaban la situación fáctica y no

permitían por lo tanto que fuese fallado en una misma sentencia, razón por la cual se ordenó su desacumulación.

I. Antecedentes

Señala el accionante, que el día 22 de julio de 2009, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, por tener una pérdida de capacidad laboral del 67.80%, y aportadas 121 semanas al sistema.

La empresa accionada, mediante escrito número 20883 del 11 de noviembre de 2009, niega la pretensión argumentando que efectivamente el accionante cuenta con 121 semanas, pero para generar la pensión por invalidez debe demostrar una fidelidad de cotización de 276.34, y en los últimos tres años sólo se advierte el 80.28%.

Sostiene que la entidad accionada incurre en una vía de hecho, cuando decide negarle la prestación por no reunir el requisito de la fidelidad al sistema pues “deja de lado lo resuelto en la sentencia C- 428/09, que declaró inexecutable la norma precitada dejándolo desprovisto del mínimo vital para subsistir, pues tiene una discapacidad mayor al 50%, imposibilitado para trabajar y lo devuelto no serviría para su manutención esta su vejez”.

Solicita que se tutelen sus derechos a la vida en conexidad con el mínimo vital, ordenando al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, que proceda a dejar sin efecto la decisión 2009-20883 del 11 de noviembre del año en curso y expida una nueva decisión en la que se reconozca y liquide la pensión de invalidez y sea incluido en nómina.

Allega como pruebas las siguientes: (i) copia de su cédula de ciudadanía, (ii) la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez emitida por la entidad accionada y (iii) copia del comunicado de prensa de la Corte Constitucional correspondiente a la sentencia C-428 de 2009.

El juez de primera instancia escuchó en declaración al accionante el día 27 de noviembre de 2009, diligencia en la que, bajo la gravedad del juramento, se ratificó de los hechos formulados y reseñó lo expuesto en la sentencia C-428 de 2009.

II. Respuesta de la entidad demandada

Durante el término de ley, la Doctora Sonia Posada Arias, representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, dio respuesta al libelo de tutela en los siguientes términos:

-Que efectivamente el señor Luis Jorge Cerquera Giraldo, se afilió al Fondo de Pensiones Obligatorias Protección, desde el 1 de agosto de 2007, como traslado de Régimen proveniente del Instituto de Seguro Social.

-Que frente a la solicitud de Pensión de Invalidez, la comisión Médico- Laboral de Protección S.A., dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 67.80%, por enfermedad de origen común.

-Que según lo prevé el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para obtener la pensión de invalidez, el afiliado debe contar con 50 semanas de cotización durante los 3 años anteriores y una fidelidad al sistema equivalente al 20%. Este presupuesto de la fidelidad no se cumple en el presente caso, pues el accionante debió haber cotizado 276.34 semanas y en el historial reporta un total de 121 semanas.

Finalmente, el escrito detalla lo preceptuado en la sentencia C- 428 del 1 de Julio de 2009, destacando, que la fecha de la constitución de la pérdida de capacidad laboral del señor Cerquera fue el 16 de abril de 2009, anterior a la sentencia de inexecutable, por lo que la pensión se debe valorar con base en lo normado en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por tratarse de una decisión de la Corte con efectos ex nunc.

III. Sentencias objeto de revisión

Las sentencias de instancia, proferidas por los Juzgados 22 Penal Municipal con Función de Control de Garantías y 33 Penal del Circuito, ambos de la ciudad de Bogotá, negaron el amparo invocado luego de sostener que (i) no hay inminencia de un perjuicio irremediable y (ii) fue legítimo el proceder de la entidad accionada al negar la pensión del accionante con base en la falta del requisito de fidelidad al sistema, “pues siendo este el punto álgido de la presente acción se debe indicar que para esta clase de situaciones se debe tener en cuenta el momento en que se estructura la pérdida de capacidad laboral, que en este caso lo es el

día 16 de abril de año en curso, y por lo tanto dicha situación conlleva a que la petición aquí invocada se debe perseguir con base en lo normado en el artículo I de la Ley 860 de 2003, que sí hace imprescindible el requisito de fidelidad de al menos el 20%..”

IV CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9o., de la Constitución Política y en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y problema jurídico

Debe la Sala estudiar la situación del señor Luis Jorge Cerquera Giraldo, a quien le fue valorada su discapacidad laboral en un 67.80%, y, posteriormente, negada la pensión de invalidez por no cumplir el requisito de “fidelidad” establecido en el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Ante tal circunstancia, el señor Cerquera interpuso acción de tutela argumentando que la exigencia establecida por la Ley 860 de 2003 respecto del requisito de fidelidad había desaparecido luego de la sentencia C- 428 de 2009, y por ende no pueden aplicarse dichos criterios a su caso específico. La tutela fue negada en dos instancias, tras considerar que no existía un perjuicio irremediable en esta situación y que el accionante contaba con otros medios de defensa judicial. Adujeron los falladores, que le asiste razón a la entidad accionada en solicitar el requisito de fidelidad al sistema para generar la pensión de invalidez, en tanto la declaratoria de inexecutable de tal exigencia fue posterior a la estructuración de la invalidez del accionante.

El problema jurídico que se plantea entonces consiste en determinar, si en las condiciones del accionante, tiene aplicación la sentencia C- 428 de 2009 o las exigencias previstas por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Por tales razones, la Sala abordará los argumentos que sustentaron la decisión de la Corte respecto de la disposición en comento y, posteriormente, se dará resolución al caso concreto.

3. La decisión de la Corte en la sentencia C-428 de 2009. 1

La sentencia C- 428 de 2009 analizó la constitucionalidad del artículo 1º de la Ley 860 de 2003 concluyendo sobre su inexecutable parcial. La disposición en comento era del siguiente tenor:

Art. 1.El artículo 39 de la ley 100 quedará así:

“Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

PARÁGRAFO 1o. Los menores de veinte (20) años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado veintiséis (26) semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.” -subrayado ausente en texto original-

La Corte comparó los requisitos establecidos por la Ley 860, con los previstos con el artículo 39 de la Ley 100, a efecto de determinar si resultaban regresivos y por tanto violaban los artículos 48 y 53 de la Constitución. Resolvió en consecuencia, que el artículo 1º de la Ley 860 contempla requisitos más exigentes que la disposición que estaba reformando, es decir,

el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Explicó el fallo, que para conceder una pensión de invalidez la disposición de la Ley 100 exigía el cumplimiento de 26 semanas de antigüedad en cualquier tiempo, siempre que el solicitante estuviere cotizando al momento de consolidarse la invalidez; o 26 semanas durante el año inmediatamente anterior, en aquellos casos en que el solicitante no estuviera cotizando al momento de producirse el estado de invalidez. La nueva disposición exigía haber cotizado por lo menos 50 semanas durante los últimos tres años y, adicionalmente, el requisito conocido como 'fidelidad' al sistema, que consiste en haber cotizado por lo menos el 20% del tiempo comprendido entre el momento en que se cumple 20 años y aquel en que se califica por vez primera el estado de invalidez.

Estimó este Tribunal, que la exigencia de 50 semanas de cotización no era un criterio regresivo, pues no obstante aumentar la exigencia numérica de semanas de cotización, amplió el tiempo a tener en cuenta para el cumplimiento de dichas semanas. Igualmente, eliminó la diferencia entre afiliados cotizantes y no cotizantes al momento de la evaluación de la invalidez, lo que puede interpretarse como un elemento de mayor garantía dentro del sistema. De esta forma, a pesar de la apariencia regresiva de la disposición, en realidad ampliaba las posibilidades para acceder a dicha pensión por parte de la población, por lo que no quebrantaba ni el principio de progresividad, ni la prohibición de la regresión establecidas en los artículos 48 y 53 de la Carta Política y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Sin embargo, fue diferente el análisis constitucional frente el nuevo requisito de la 'fidelidad' al sistema de seguridad social en pensiones, en tanto se advirtió que la medida creaba una exigencia que no resultaba legítima desde el punto de vista constitucional, que no existía antes de la promulgación de la Ley 860 y, por tanto, hacía más gravoso el cumplimiento de los requisitos por parte de los afiliados disminuyendo la amplitud de la protección prevista. Por esta razón la Corte no encontró que, desde el punto de vista constitucional, esta disposición tuviera una finalidad legítima y plausible que justificara la nueva exigencia para acceder a la pensión de invalidez, esto es, el haber cotizado el 20% del tiempo transcurrido entre la fecha en que arribó a la edad de 20 años y el momento de la primera calificación de invalidez.

Las razones expuestas llevaron a la Corte a concluir en la sentencia C-428 de 2009 sobre la inexecutable del requisito de 'fidelidad' al sistema; en este sentido la parte pertinente de

la decisión consagra:

Primero.- Declarar EXEQUIBLE el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “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 cual se declara INEXEQUIBLE.

De esta forma, fue expulsado del ordenamiento el requisito de la fidelidad, dejando como única exigencia para el reconocimiento de la pensión de invalidez el haber cotizado un mínimo de 50 semanas durante los tres años anteriores a la fecha de la estructuración de la invalidez.

4.- El caso concreto

El accionante interpuso acción de tutela en contra de la decisión 2009-20883 expedida por el Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, en la cual se le niega la pensión de invalidez. Las sentencias de instancia objeto de revisión, denegaron el amparo por (i) no haberse demostrado por parte del accionante que la negativa de conceder la pensión implicó la ocurrencia de un perjuicio irremediable y (ii) porque se encontró legítima la conducta de la accionada en exigir el presupuesto de fidelidad al sistema como requisito para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Para la resolución del caso en concreto se analizará la procedibilidad de la acción de tutela y, posteriormente, la aplicación de los requisitos previstos en la Ley 860 de 2003.

1. Respecto de la procedibilidad de la presente acción, observa la Sala que por su intermedio se pretende el reconocimiento de una prestación económica, lo cual en términos generales excede del ámbito previsto para la acción de tutela. Precisamente, la existencia de mecanismos ordinarios de solución de las controversias que se presentan en estas materias ha originado que la Corte Constitucional, en diferentes pronunciamientos, haya previsto que la acción de tutela no es el instrumento procedente para el reconocimiento de acreencias laborales o de derechos pensionales². En este sentido ha sido reiterada la jurisprudencia que manifiesta:

“Teniendo en cuenta tal disposición y en tratándose de la solicitud del reconocimiento y pago

de un derecho pensional, esta Corporación ha sido consistente en sostener que la acción de tutela resulta, por regla general, improcedente para resolver cuestiones de esta estirpe, toda vez que por su naturaleza excepcional y subsidiaria, no puede reemplazar las acciones ordinarias laborales concebidas por el Legislador para resolver asuntos de carácter litigioso. De tal suerte que la existencia y disposición de otros medios de defensa judiciales como escenarios pertinentes para ventilar tanto las diversas controversias de índole económica como para desplegar ampliamente las diferentes garantías de orden procesal encaminadas a demostrar el supuesto de hecho de las normas cuyo efecto jurídico persiguen, permiten suponer que, en principio, la acción de amparo constitucional se torna en un mecanismo impropio para decidir sobre tales pretensiones.”³

Sin embargo, cuando se comprueba que los medios ordinarios no resultan ni idóneos ni eficaces para garantizar de forma adecuada el derecho a la seguridad social – pensiones- y que una desprotección en este sentido implicaría una afectación de las condiciones de vida que tenía la familia del discapacitado en grado tal que se podría afectar su derecho al mínimo vital o a la alimentación, impidiendo así que llevara su existencia en condiciones mínimas de dignidad, la acción de tutela se erige como el mecanismo adecuado para precaver la protección iusfundamental requerida.

Otras consideraciones pertinentes en estos casos han sido: (i) la condición de persona de la tercera edad del actor o de la actora; (ii) su condición de sujeto de especial protección, y (iii) el deber de especial protección que, de acuerdo con el art. 46 de la Constitución, surge para el Estado, la sociedad y la familia respecto de los sujetos en esta condición, el cual resulta incompatible con el tiempo de respuesta de los medios ordinarios dentro del sistema jurídico, el que resulta excesivo si se tiene en cuenta que se resuelven casos de personas que no cuentan con otra fuente de ingresos económicos.

2. En punto a los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 para obtener pensión por invalidez, la Sala encuentra que la negativa para conceder la pensión de invalidez se centró en este caso, en el argumento según el cual, el accionante no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema general de pensiones. Al respecto, valgan las siguientes consideraciones:

-Como fue explicado en precedencia, la disposición jurídica contentiva del requisito de

fidelidad al sistema, fue expulsada del ordenamiento jurídico, de manera que la exigencia por ella establecida no puede ser exigida 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 años⁴.

-Así entonces, y teniendo en cuenta que el señor Cerquera cumple con los requisitos actualmente vigentes para obtener pensión de invalidez⁵, esta Sala de Revisión ordenará le sea reconocido su derecho a obtener la mencionada prestación.

3. Resta señalar finalmente, que las razones aducidas por la entidad accionada para negar la pensión solicitada por el accionante pueden objetarse de la siguiente manera:

A juicio de la entidad, la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición que consagraba la exigencia de la fidelidad al sistema como requisito para conceder la pensión de invalidez, luego la norma que hay que aplicar es la vigente al momento de la estructuración. La Sala se aparta de tal consideración, en tanto que la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada por contravenir en casos concretos, la norma fundamental⁶, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tiene un carácter declarativo y no constitutivo.⁷

4. Adicionalmente, como lo expuso la Corte en las sentencias T- 609 y T-822 de 2009, si en gracia de discusión se aceptara que resultan constitucionalmente posibles tanto la interpretación que restringe la eficacia de la protección desde el momento en que se profirió la decisión y hacia el futuro, como la que predica su eficacia incluso para las situaciones que se configuraron antes de proferirse la decisión de la Corte, “la vigencia del principio pro homine en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados” de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos.

Con base en los anteriores argumentos, esta Sala revocará el fallo del Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá y reconocerá el derecho fundamental a la pensión de invalidez del señor LUIS JORGE CERQUERA GIRALDO. En consecuencia, se ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, que en el lapso de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente providencia, se inicien las diligencias para el reconocimiento y pago de la respectiva pensión, desde cuando se hizo la solicitud de su reconocimiento, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

V. DECISIÓN.

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

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Penal del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, CONCEDER por las razones antes expuestas el amparo solicitado.

Segundo: DECLARAR SIN VALOR NI EFECTO ALGUNO la comunicación 2009-20883 de 11 de noviembre de 2009 del Fondo de Pensiones y Cesantías Protección, por la cual se decide “la no procedencia de la pensión de invalidez”.

Cuarto: Por Secretaría líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MENDEZ

Secretaria General

1 El análisis fue hecho por la sentencia T-609 de 2009.

2 Sentencias T-657 de 2005, T-691 de 2005, T-971 de 2005, T-1065 de 2005, T-008 de 2006, T-630 de 2006, T-692 de 2006, T-701 de 2006, T-836 de 2006, T-129 de 2007, T-168 de 2007, T-184 de 2007, T-236 de 2007, T-326 de 2007, T-335 de 2007, T-593 de 2007, entre otras.

3 Corte Constitucional, Sentencia T - 177 de 2008.

4 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 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.

5 Como puede observarse el señor Cerquera tiene una incapacidad laboral valorada en 6.80 % -superando el 50% de incapacidad exigido por el artículo 38 de la ley 100 de 1993- y durante los tres años anteriores a la configuración de la invalidez cotizó un total de 121 semanas -superando claramente la exigencia normativa de 50 semanas cotizadas durante los últimos tres años-.

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

7 En el mismo sentido la sentencia T- 822 de 2009