

Sentencia T-653/09

Referencia: expediente T-2312739

Acción de tutela instaurada por Vilma Alcira Páez Velasco en calidad de agente oficiosa de Bernardino Miranda Moreno, contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social.

Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de septiembre de dos mil nueve (2009).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá, que resolvió la acción de tutela promovida por Vilma Alcira Páez Velasco en calidad de agente oficiosa de Bernardino Miranda Moreno, contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social.

I. ANTECEDENTES

El 27 de abril de 2009, Vilma Alcira Páez Velasco, actuando en calidad de agente oficiosa de Bernardino Miranda Moreno, interpuso acción de tutela ante el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de su representado a la seguridad social y al mínimo vital.

Fundamentó su acción en los siguientes:

1. Hechos

1. La accionante sostuvo que de conformidad con el dictamen médico laboral expedido el 16 de agosto de 2007 por la Sección de Medicina Laboral del Instituto de Seguro Social, Bernardino Miranda Moreno padece una pérdida de su capacidad laboral del 53.7%, con fecha de estructuración del 16 de agosto de 2007.

1. Indicó que en virtud de lo anterior, el 17 de septiembre de 2007 solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez prevista en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

1. Afirmó que Bernardino Miranda realizó aportes al Sistema General de Pensiones desde el 2 de junio de 1979 hasta el 30 de julio de 1996, razón por la cual cuenta con un total de 827 semanas cotizadas.

1.5 Manifestó que aunque Bernardino Miranda interpuso recurso de reposición contra la decisión referida, el Instituto de Seguro Social aún no se ha pronunciado al respecto.

1.6 Por último, sostuvo que Bernardino Miranda padece una enfermedad en las manos que le imposibilita trabajar y actuar en nombre propio ante instancias judiciales. Así mismo, que su núcleo familiar está compuesto por su cónyuge y tres hijas de 11, 9 y 2 años de edad.

2. Solicitud de tutela

Por lo anterior, Vilma Alcira Páez Velasco, actuando en calidad de agente oficiosa de Bernardino Miranda Moreno, solicitó ante el juez de tutela ordenar al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social el reconocimiento y pago a su favor de la pensión de invalidez prevista en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

3. Trámite de instancia

3.1 La acción de tutela fue tramitada ante el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de

Bogotá, el cual mediante auto del día 27 de abril de 2009 ordenó su notificación a la entidad accionada.

3.2 Sin embargo, el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social guardó silencio sobre los hechos y consideraciones que fundamentan la presente acción de tutela.

4. Pruebas relevantes que obran en el expediente

* Copia de la Resolución No. 005488 del 10 de febrero de 2009 “Por medio de la cual se concede una prestación económica en el Sistema General de Pensiones – Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, expedida por la Gerente II del Centro de Atención Pensiones del Instituto de Seguro Social, Seccional Cundinamarca y Distrito Capital, señora Blanca Nelly Molano Caro (folios 9 y 10, cuaderno 2).

* Copia de la sentencia adoptada el 17 de octubre de 2008, por el Juzgado Treinta y Siete Civil del Circuito de Bogotá, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Bernardino Miranda Moreno contra el Instituto de Seguro Social (folios 11 y 12, cuaderno 2).

* Copia de la solicitud de “agilización del trámite para la pensión” presentada el 23 de mayo de 2008, por Bernardino Miranda Moreno ante el Instituto de Seguro Social (folio 14, cuaderno 2).

* Copia del Registro Civil de Nacimiento de Lina Ximena Miranda Hernández (folio 15, cuaderno 2).

* Copia del Registro Civil de Nacimiento de María Camila Miranda Hernández (folio 16, cuaderno 2).

* Copia del Registro Civil de Nacimiento de Karoll Daniela Miranda Hernández (folio 17, cuaderno 2).

* Copia de la cédula de ciudadanía de Bernardino Miranda Moreno (folio 18, cuaderno 2).

* Tres fotografías de Bernardino Miranda Moreno (folio 19, cuaderno 2).

* Copia de la Resolución No. 020389 del 15 de mayo de 2009 “Por medio de la cual se resuelve recurso de reposición en el Sistema General de Pensiones - Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida”, expedida por el Gerente II del Centro de Atención Pensiones del Instituto de Seguro Social, Seccional Cundinamarca y Distrito Capital, señor Luis Gabriel Arbeláez Marín (folios 34 y 35, cuaderno 2).

* Copia del “Reporte de semanas cotizadas - Período 1967 - 1994” por el afiliado Bernardino Miranda Moreno, expedido por el Instituto de Seguro Social el 21 de agosto de 2009 (folios 24 a 27, cuaderno 2).

* Copia del “Resumen de semanas cotizadas por empleador” desde 1967 hasta agosto del año 2009, correspondiente al afiliado Bernardino Miranda Moreno, expedido por el Instituto de Seguro Social el 21 de agosto de 2009 (folio 28, cuaderno 2).

* Copia del “Detalle de pagos efectuados a partir de 1995”, correspondiente al afiliado Bernardino Miranda Moreno, expedido por el Instituto de Seguro Social el 21 de agosto de 2009 (folio 29, cuaderno 2).

5. Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

5.1 Por encontrar necesario practicar algunas pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para proferir el fallo, mediante auto del 18 de agosto de 2009 el magistrado sustanciador dispuso que la Secretaría General de esta Corporación solicitara al Instituto de Seguro Social que remitiera a este despacho copia del dictamen médico laboral expedido el 16 de agosto de 2007 por la Sección de Medicina Laboral del Instituto de Seguro Social, mediante el cual se determinó que el accionante padece una pérdida de su capacidad laboral del 53.7%. Adicionalmente, solicitó que la entidad accionada remitiera copia de la historia laboral del actor, a fin de constatar el número de semanas cotizadas al Sistema de Pensiones, la fecha en que se surtieron los aportes y, de manera precisa, el número de semanas cotizadas con anterioridad a la fecha en que se estructuró su invalidez. Por último, solicitó información sobre si el accionante reúne los requisitos exigidos para obtener el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez.

5.2 El 28 de agosto de 2009, el Instituto de Seguro Social remitió a este despacho copia del “Reporte de semanas cotizadas - Período 1967 - 1994” por el afiliado Bernardino Miranda Moreno; copia del “Resumen de semanas cotizadas por empleador” desde 1967 hasta agosto del año 2009 y copia del reporte de “Pagos efectuados a partir de 1995”.

II. LA SENTENCIA QUE SE REVISAS

En sentencia del 11 de mayo de 2009, el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá denegó la tutela de los derechos fundamentales invocados.

Para fundamentar su decisión, el juez de instancia indicó: “...pese a lo manifestado por quien agencia de oficio al accionante, lo cierto es que, indicó que contra el mencionado acto administrativo [Resolución No. 005488 del 10 de febrero de 2009], al parecer interpuso los recursos de ley, sin que se demostrara en la actuación este suceso; a la

par, se obtuvo que en momento alguno el petente (sic) efectivamente, demostró siquiera sumariamente cuáles son sus gastos o deudas; por ello, no se advierte vulneración de sus derechos, al no entreverse en su escrito la existencia de una nueva petición dejada de resolver”.

Adicionalmente, sostuvo que en virtud del numeral 1° del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, la presente acción de tutela no satisface el requisito de subsidiariedad, pues existen otros medios de defensa judicial para obtener el amparo de la pretensión de reconocimiento y pago de pensión de invalidez. En este sentido, precisó que de conformidad con las pruebas que obran en el expediente de tutela, no se acreditó la ocurrencia de un perjuicio irremediable sobre los derechos fundamentales invocados.

III. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE

1. Competencia

De conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y con la selección y el reparto efectuados el 9 de julio de 2009, esta Sala es competente para revisar la decisión judicial mencionada.

2. Problema jurídico

2.1 De acuerdo con los hechos expuestos, corresponde a la Corte determinar si la presente acción de tutela es procedente para ordenar al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que reconozca y pague a favor de Bernardino Miranda Moreno, la pensión de invalidez prevista en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, de manera específica, la Corte deberá establecer si de conformidad con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

2.3 Con base en lo anterior, esta Sala de Revisión estimará si se debe conceder la acción de tutela interpuesta por Vilma Alcira Páez Velasco en calidad de agente oficiosa de Bernardino Miranda Moreno y, en consecuencia, revocar la sentencia de tutela proferida el 11 de mayo de 2009 por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá, dentro del presente trámite.

3. Fundamentos normativos de la pensión de invalidez consagrada en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993

3.1 De conformidad con artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social como bien jurídico objeto de protección en el ordenamiento colombiano, es un servicio público “de carácter obligatorio” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado¹; y un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional.

3.2 Con fundamento en lo dispuesto en la Carta para el efecto, mediante la Ley 100 de 1993 “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral”, el legislador definió “el conjunto de instituciones, normas y procedimientos” orientados a garantizar “la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica de los habitantes del territorio nacional²”. En este sentido, el inciso 2° del artículo 4 de dicha ley prevé que la seguridad social en su condición de derecho irrenunciable y servicio público, “es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud” y “en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.”

3.3 En correspondencia con lo anterior, en el artículo 39 de la citada Ley se dispuso la creación de la denominada pensión de invalidez a favor de “la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral³”. En este contexto, es preciso indicar que el artículo en comento ha sufrido importantes modificaciones desde su redacción original. En este sentido, según el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento del derecho a la pensión era procedente de conformidad con los siguientes supuestos fácticos: “a. (...) [quien] se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez. [O] || b. 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.”

3.4 Estas previsiones fueron modificadas por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003. En

concordancia con la modificación introducida por esta norma, el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez implicaba acreditar, según el caso: “1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. || 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma.”

Empero, esta disposición fue declarada inexecutable mediante la sentencia C-1056 de 2003, con base en la presunta infracción de los artículos 157, 160 y 161 de la Constitución, por vicios de procedimiento. En criterio de la Corte, el trámite legislativo dado a la norma demandada vulneró el principio de consecutividad, pues “tan solo fue objeto de aprobación en la Sesión Plenaria de la Cámara de Representantes y sobre él no se decidió ni por las Comisiones Séptimas en las sesiones conjuntas, ni tampoco por Senado de la Republica”4.

3.5 Posteriormente, mediante el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 se introdujeron nuevos cambios al artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En efecto, de conformidad con esta reforma, quien se encuentre en estado de invalidez como consecuencia de una enfermedad y demuestre que (i) ha cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; o (ii) 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la invalidez causada por un accidente, tiene derecho a recibir una pensión de invalidez, equivalente a:

“a. El 45% del ingreso base de liquidación, más el 1.5% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral sea igual o superior al 50% e inferior al 66%.

b. El 54% del ingreso base de liquidación, más el 2% de dicho ingreso por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el afiliado tuviese acreditadas con posterioridad a las primeras ochocientas (800) semanas de cotización, cuando la disminución en su capacidad laboral es igual o superior al 66%.5”

Por su parte, en la sentencia C-428 de 2009 la Corte analizó la constitucionalidad de la reforma introducida por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 según la cual, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez era necesario acreditar una fidelidad de cotización al Sistema de Pensiones “al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que [el afiliado] cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.”

En esa sentencia la Corte estableció que en virtud de los principios de progresividad y no regresividad de la legislación en materia de derechos prestacionales, las medidas que pretendan disminuir o mermar la protección dada a un derecho de esa naturaleza⁶, en principio, se presumirán contrarias a los artículos 48 y 53 de la Constitución y a las previsiones aplicables contenidas en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En tal sentido, esta Corporación indicó que aunque el legislador goza de amplias facultades de configuración en la materia⁷, dichas medidas se encuentran sometidas a un control estricto de constitucionalidad que implica establecer si: “(i) busca[n] satisfacer una finalidad constitucional imperativa, (ii) resulta[n] conducente[s] para lograr la finalidad perseguida; (iii) evaluadas las distintas alternativas, parece[n] necesaria[s] para alcanzar el fin propuesto; (iv) no afecta[n] el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido y (v) el beneficio que alcanza[n]a es claramente superior al costo que apareja[n].”

En aplicación de lo expuesto, este Tribunal estimó que el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, estableció requisitos más rigurosos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, pues aumentó el número de semanas de cotización exigidas e incorporó el deber de fidelidad al Sistema. En este sentido, la Corte explicó que si bien la modificación en comento aumentó el número de semanas de cotización de 26 a 50, “de igual manera aumentó el plazo a ser tenido en cuenta para que el afiliado (cotizante activo o no), acredite las semanas mínimas requeridas y en tal medida se pasó para la configuración de la invalidez, del año inmediatamente anterior a los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez.” Así mismo, la Corte destacó que la nueva legislación “eliminó la diferencia establecida en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 entre afiliados que se encontraban cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran al momento de estructuración de su estado

de invalidez, al establecer los mismos requisitos para todos los afiliados.”

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

3.6 En este contexto, en innumerables sentencias de tutela esta Corporación también se ha pronunciado sobre los alcances y propósitos de la pensión de invalidez⁸. En dichas oportunidades, la Corte se ha referido sobre los aspectos sustanciales de esa prestación económica y ha precisado sus límites y alcances, así como la interpretación del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que más se ajusta a la Constitución. De este modo, se puede indicar que, de manera general, la jurisprudencia constitucional ha fijado los siguientes presupuestos de interpretación y aplicación de las normas que regulan la pensión de invalidez: (i) en principio, corresponde la aplicación de las normas que rigen al momento en que se estructuró el estado de invalidez, pues a partir de esta fecha se causa el derecho al reconocimiento de la pensión; (ii) sin embargo, a la luz de los hechos que fundamentan la acción, se deberá determinar si las normas conforme a las cuales se sustentó la negativa frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez resultan, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos prestacionales; (iii) en este sentido, de manera general, las reformas introducidas al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 mediante los artículos 11 de la Ley 797 de 2003 y 1° de la Ley 860 de 2003, resultan contrarias a los principios de progresividad y no regresividad de los derechos, toda vez que imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento, no prevén un régimen de transición y afectan de manera desproporcionada los derechos de quienes merecen especial

protección por parte del Estado (personas con discapacidad y de la tercera edad); y (iv) en virtud del principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la ley laboral, ante la concurrencia de varias interpretaciones sobre la determinación de la norma aplicable al caso concreto, debe darse preferencia a lo fijado en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues la aplicación de esa norma permite al trabajador acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con el cumplimiento de menores requisitos. Esto, “sin perjuicio que hayan sido expedidas con posterioridad normas sobre pensión de invalidez que, verificadas las circunstancias del caso concreto, se muestren más favorables para el trabajador. En este último evento, conforme al principio en comento, deberá aplicarse el precepto que otorgue mejores condiciones al empleado.⁹”

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

4. Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento de una pensión. Reiteración de jurisprudencia

4.2 Sin embargo, dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, la Corte ha sostenido que se deben considerar las siguientes excepciones a la subregla de la improcedencia¹⁴:

(i) La acción de tutela es procedente si no existe otro medio judicial de protección. Como se indicó, en principio, respecto de las prestaciones que se derivan de Sistema General de Pensiones, el legislador dispuso los medios y recursos judiciales adecuados, así como las autoridades y jueces competentes. Sin embargo, puede ocurrir que aunque dicho medio exista, luego de analizar las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto, se concluya que éste no es idóneo o eficaz para garantizar la protección constitucional reclamada. Esta comprobación da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo definitivo de protección de los derechos invocados¹⁵. En este sentido, de manera reiterada la Corte ha considerado que la condición de sujeto de especial protección constitucional -personas de la tercera edad (Art. 46 C.P.), discapacitados (Art. 47 C.P.) y madres cabeza de familia (Art. 43 C.P.), por ejemplo- y la circunstancia de debilidad manifiesta en la que se encuentre el accionante, permiten presumir que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos y, por tanto, que la acción de tutela es procedente y debe ser concedida¹⁶.

(ii) La acción de tutela también será procedente cuando a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor. En estos casos, ha dicho la Corte, esa comprobación da lugar a que la acción de tutela sea concedida como mecanismo transitorio hasta tanto la jurisdicción competente resuelva el litigio¹⁷. Al respecto, es menester considerar que las circunstancias especiales que dan lugar a la configuración de un perjuicio irremediable deben ser analizadas por el juez de tutela a la luz de las especificidades del caso concreto¹⁸.

(iii) Con relación al análisis sustancial de la solicitud de amparo, la Corte ha sostenido que “es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional”¹⁹, es decir, que trascienda del ámbito de un conflicto del orden legal y tenga relación directa con el contenido normativo superior²⁰. De conformidad con la jurisprudencia, el reconocimiento de una pensión adquiere relevancia constitucional cuando: a.) del conjunto de condiciones objetivas en las cuales se encuentra el accionante, por ejemplo, su edad avanzada, su estado de salud, su precaria situación económica²¹, se concluye que se encuentra en una circunstancia de debilidad manifiesta²²; b.) se verifica la grave afectación del derecho fundamental a la seguridad social y de otros de derechos fundamentales como la

vida digna, la salud, el mínimo vital y el debido proceso²³; y c.) se constata la afectación de principios constitucionales como el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley, el principio de primacía de lo sustancial sobre lo formal o el principio de irrenunciabilidad de los beneficios económicos establecidos en las normas que dan contenido prestacional al derecho a la seguridad social²⁴.

(iv) Por último, esta Corporación ha afirmado que la acción de tutela procede cuando se encuentra debidamente probado que el accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión y, sin embargo, la entidad encargada, luego de la solicitud respectiva, no ha actuado en consecuencia²⁵. Así, para admitir la procedibilidad de la acción de tutela en estos casos, quien alega la vulneración de sus derechos fundamentales como consecuencia de la falta de reconocimiento de una pensión, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección de sus derechos, salvo que haya resultado imposible hacerlo por motivos ajenos a su voluntad²⁶.

4.3 En síntesis, en virtud del principio de subsidiariedad, de manera general, la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos pensionales. Sin embargo, la Corte ha estimado que dada la necesidad de garantizar la prevalencia de los derechos fundamentales, se deben considerar las siguientes excepciones a la subregla de la improcedencia: (i) cuando de acuerdo con las circunstancias especiales que fundamentan el caso concreto, se concluye que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos o eficaces para garantizar la protección constitucional reclamada porque, por ejemplo, el beneficiario de la prestación económica es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta; (ii) a pesar de existir un medio ordinario de protección idóneo y eficaz, se hace necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales del actor; (iii) el asunto puesto a consideración del juez de tutela supone un problema de relevancia constitucional; y (iv) existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener la protección invocada.

5. Estudio del caso concreto

5.1 Con base en las consideraciones y fundamentos expuestos, esta Sala de Revisión determinará si la presente acción de tutela es procedente para ordenar al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que reconozca y pague a favor de Bernardino Miranda Moreno, la pensión de invalidez prevista en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, de manera específica, la Corte deberá establecer si de conformidad con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada.

5.2 Para resolver el presente caso, en las consideraciones generales de esta sentencia la Sala concluyó que la pensión de invalidez debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes requisitos: (i) que el afiliado acredite que ha perdido el 50% o más de su capacidad laboral; y (ii) que demuestre haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Al respecto, la Sala precisó que la aplicación de las normas que regulan la materia deberá ser cotejada a la luz de los supuestos fácticos que fundamentan el caso concreto, a fin de determinar si resultan contrarias al principio de progresividad de los derechos prestacionales. En este sentido, indicó que de presentarse esta situación, de conformidad con el principio constitucional de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral, deberá aplicarse la norma que proporcione más beneficios al afiliado y asegure el reconocimiento del derecho a esa prestación económica.

Igualmente, la Sala sostuvo que aunque en principio la acción de tutela es improcedente para obtener el reconocimiento de derechos pensionales, la jurisprudencia constitucional ha considerado las siguientes excepciones a esa regla: cuando se concluye que los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos o eficaces para garantizar la protección constitucional reclamada porque, por ejemplo, el beneficiario de la prestación económica es un sujeto de especial protección constitucional o se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta; el problema jurídico supone un problema de relevancia constitucional; y existe prueba, al menos sumaria, de la titularidad del derecho exigido y de que se ha desplegado cierta actividad administrativa o judicial tendiente a obtener el reconocimiento de la pensión.

5.3 En aplicación del criterio jurisprudencial expuesto, esta Sala considera que se debe revocar la sentencia proferida el 11 de mayo de 2009 por el Juzgado Cincuenta Penal

del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Vilma Alcira Páez Velasco en calidad de agente oficiosa de Bernardino Miranda Moreno, contra el Instituto de Seguro Social.

5.4 En efecto, aunque en principio el accionante cuenta con acciones judiciales ordinarias para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez, en criterio de la Sala, a la luz de los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, dichos medios no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada. Esto por cuanto: (i) su estado de discapacidad permite concluir que requiere un tratamiento acorde con su situación de vulnerabilidad, como quiera que por expreso mandato superior es sujeto de especial protección constitucional (Art. 47 de la C.P.); y (ii) su difícil situación económica como consecuencia de su imposibilidad para desempeñar una actividad productiva que le permita subsistir dignamente y garantizar el sustento económico de sus tres menores hijas y de su cónyuge²⁷, también permite concluir que Bernardino Miranda Moreno se encuentra en una considerable circunstancia de debilidad manifiesta que implica que resulte desproporcionado y contrario a la Constitución Política y a la jurisprudencia de esta Corporación, la exigencia del agotamiento de los mecanismos ordinarios de defensa judicial para admitir la procedencia de la presente acción de tutela.

De igual forma, la Sala considera que el presente caso plantea un problema de relevancia constitucional, toda vez que, como se indicó, el actor y su núcleo familiar se encuentran en una precaria situación económica debido a que no cuentan con los medios económicos requeridos para satisfacer sus necesidades básicas. Así las cosas, es razonable concluir que la decisión del Instituto de Seguro Social frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez elevada por la accionante, no sólo afecta su derecho fundamental a la seguridad social, sino también sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital.

Adicionalmente, se encuentra acreditado que el accionante adelantó las actuaciones pertinentes para obtener la protección de sus derechos, dado que el 17 de septiembre de 2007 solicitó ante el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social, el reconocimiento y pago a su favor de la pensión prevista en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993²⁸. Así mismo, está demostrado que ante la falta de

respuesta frente a dicha solicitud, el 23 de mayo de 2008 solicitó ante esa entidad la “agilización de[l] trámite para la pensión²⁹”. Por último, se encuentra probado que en octubre del año 2008, el actor interpuso una acción de tutela contra el Instituto de Seguro Social por considerar vulnerado su derecho fundamental de petición³⁰, toda vez que para esa fecha ese Instituto aún no había dado respuesta a su solicitud de reconocimiento de la prestación reclamada.

De conformidad con lo anterior, esta Sala concluye que a diferencia de lo considerado por el juez de tutela, la presente acción es procedente, pues según lo expuesto en los fundamentos normativos de esta sentencia, reúne los requisitos definidos por la jurisprudencia constitucional para el efecto.

5.5 Ahora bien, a la luz de lo previsto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, esta Sala encuentra que para efectos del presente fallo, Bernardino Miranda Moreno no satisface todos los supuestos fácticos y jurídicos para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En efecto, aunque está probado que Bernardino Miranda Moreno padece una pérdida de su capacidad laboral superior al 50%³¹, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente, la Sala concluye que no reúne el número de semanas de cotización al Sistema de Pensiones exigido en el artículo en comento, ni en su versión original ni en aplicación de las modificaciones incorporadas a la Ley 100 de 1993 mediante el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Esto por cuanto, en concordancia con el “Reporte de semanas cotizadas por empleador” expedido el 21 de agosto de 2009 por el Instituto de Seguro Social³², la Sala encuentra probado que desde el 2 de junio de 1979 hasta el 9 de agosto de 1996, el accionante cotizó 829,00 semanas al Sistema de Pensiones. Al respecto, se debe considerar que de acuerdo con lo informado en el escrito de tutela y lo indicado en la resolución No. 005488 expedida por ese Instituto el 10 de febrero de 2009³³, la Sección de Medicina Laboral – Pensiones Seccional Cundinamarca de la entidad accionada estimó que el estado de invalidez del actor se estructuró el 16 de agosto de 2007.

En este sentido, de conformidad con las consideraciones generales de esta sentencia, en principio, en el presente caso corresponde la aplicación de las normas vigentes al

momento en que se estructuró el estado de invalidez del accionante, es decir, al 16 de agosto de 2007. Entonces, bajo esta previsión, la Sala concluye que debe darse aplicación al artículo 1° de la Ley 860 de 2003 según el cual, quien haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral tiene el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez si ha cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de ese estado. En este contexto, de acuerdo con las pruebas aportadas durante el trámite de la acción de tutela, la Sala encuentra que ninguna de las 829,00 semanas cotizadas por el accionante al Sistema de Pensiones se surtió dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, como quiera que la última semana de aportes corresponde al 9 de agosto de 199634.

Ahora bien, como se indicó en las consideraciones generales de esta sentencia, en criterio de las diferentes Salas de Revisión de la Corte Constitucional, de manera general, las reformas introducidas al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 mediante el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, resultan contrarias al principio de progresividad de los derechos prestacionales, toda vez que imponen requisitos más gravosos para el acceso a la pensión de invalidez. En este sentido, resta por establecer si a la luz del principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral, en concordancia con el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el accionante tiene derecho al reconocimiento de esa pensión.

De acuerdo con la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, quien haya perdido el 50% o más de su capacidad laboral y se encuentre cotizando al Sistema, tiene el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez si ha cotizado por lo menos 26 semanas al momento de producirse el estado de invalidez; o habiendo dejado de cotizar, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento en que se produjo dicho estado.

En ese orden de ideas, es claro que el accionante se encuentra en el segundo de los supuestos fácticos señalados, pues desde hace aproximadamente nueve años dejó de realizar aportes al Sistema de Pensiones. De ahí que, como es lógico, el actor no satisface el requisito en comento, en tanto no efectuó aportes “durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se

produ[jo] el estado de invalidez³⁵". Al respecto, se reitera que se encuentra probado que la última semana cotizada al Sistema por el accionante tiene por fecha el 9 de agosto de 1996³⁶ y que su estado de invalidez se estructuró el 16 de agosto de 2007³⁷.

Dado lo anterior, la Sala concluye que para efectos del presente fallo, Bernardino Miranda Moreno no satisface los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez, debido a que no reúne el número de semanas de cotización al Sistema de Pensiones exigido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, ni en su versión original ni en aplicación de las modificaciones incorporadas a esa Ley mediante el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Al respecto, la Sala debe agregar que el análisis efectuado por la Corte en el presente caso, no constituye un obstáculo para que, de considerarlo pertinente, el accionante adelante otras acciones judiciales e incluso administrativas para obtener el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez. En este sentido, se reitera que por regla general, la acción de tutela no es procedente para determinar la existencia del derecho a una pensión, entre otras razones, porque, dadas las competencias del juez constitucional, la jurisdicción laboral es la encargada de dar aplicación a la legislación que existe en materia pensional, pues "Así lo recomienda el experticio propio de las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción laboral y la idoneidad que prima facie ostentan los procedimientos ordinarios.³⁸"

5.6 En virtud de lo expuesto, está demostrado que a diferencia de lo considerado por el juez de tutela, la presente acción de tutela sí satisface el requisito de subsidiariedad. En consecuencia, esta Corporación revocará la sentencia proferida el 11 de mayo de 2009 por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá dentro del presente trámite y, en su lugar, denegará la protección de los derechos fundamentales de Bernardino Miranda Moreno a la seguridad social y al mínimo vital.

Sin embargo, la Sala encuentra que de conformidad con el artículo 45 de la Ley 100 de 1993, el afiliado que al momento de invalidarse no hubiere reunido los requisitos exigidos para la pensión de invalidez, "tendrá derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a la que le hubiera correspondido en el caso de la

indemnización sustitutiva de la pensión de vejez” prevista en el artículo 37 de la misma Ley39. Por esto, y dado que se encuentra plenamente demostrado que el accionante se encuentra en una considerable circunstancia de debilidad manifiesta como consecuencia de su estado de invalidez y su difícil situación económica, se advertirá al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que en caso de que el actor lo solicite, deberá expedir de manera inmediata la resolución correspondiente al reconocimiento de su derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, con fundamento en el artículo en cita y las demás disposiciones aplicables.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la decisión adoptada el día once (11) de mayo de 2009 por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por Vilma Alcira Páez Velasco en calidad de agente oficiosa de Bernardino Miranda Moreno, contra el Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social y, en su lugar, NEGAR la tutela de sus derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital.

Segundo.- Advertir al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que en caso de que Bernardino Miranda Moreno lo solicite, deberá expedir de manera inmediata la resolución correspondiente al reconocimiento de su derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993 y las demás disposiciones aplicables.

Tercero.- DÉSE cumplimiento a lo dispuesto 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

MAURICIO GONZALEZ CUERVO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. Artículo 365 de la Constitución Política. En el mismo sentido, se puede consultar la sentencia C-623 de 2004.

3 Artículo 38 de la Ley 100 de 1993.

4 En esta oportunidad, la Corte reiteró el precedente jurisprudencial fijado en la sentencia C-839 de 2003, mediante la cual se declaró la inexecutable del artículo 22 de la Ley 797 de 2003, con base la presunta infracción de los artículos 157, 160 y 161 de la Constitución, por vicios de procedimiento.

5 Artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

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

7 Así, según la sentencia en comento, “(...) acorde con los principios de eficiencia,

universalidad y solidaridad, el legislador bien puede adoptar las medidas que estime adecuadas para asegurar la ampliación progresiva de la cobertura de la seguridad social y la garantía de todos los habitantes al derecho irrenunciable a la seguridad social". Empero, en la misma oportunidad, la Corte aclaró: "(...) las expectativas legítimas de quienes aspiran a pensionarse bajo un régimen determinado deben ser objeto de consideración y no pueden ser modificadas de manera arbitraria en contraposición a la confianza legítima de los ciudadanos."

8 Véanse, entre otras, las sentencias T-383 de 2009, T-271 de 2009, T-217 de 2009, T-952 de 2008, T-646 de 2008, T-422 de 2008, T-077 de 2008, T-854 de 2007, T-757 de 2007, T-699A de 2007, T-580 de 2007, T-043 de 2007, T-1018 de 2006, T- 1065 de 2006, T-841 de 2006, T-221 de 2006, T-1291 de 2005, T-1182 de 2005 y T-974 de 2005.

9 Sentencia T-043 de 2007.

10 Sobre el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, véase la sentencia T-297 de 2009.

11 Véanse las sentencias T-015 de 2009, T-413 de 2008, T-344 de 2008, T-184 de 2007, T-685 de 2006, T-203 de 2006, T-973 de 2005, T-691 de 2005, T-443 de 2005 y T-425 de 2004.

12 Al respecto, se puede consultar la sentencia T-184 de 2007.

13 En efecto, al abordar el tema de la procedibilidad de la acción de tutela para reconocer prestaciones relacionadas con el derecho a la seguridad social, en la sentencia T-658 de 2008, la Corte explicó: "En este punto resulta oportuno indicar que, de acuerdo a la regla descrita en el inciso 3° del artículo 86 superior -principio de subsidiariedad- en principio, no corresponde al juez de tutela resolver este tipo de controversias en la medida en que el ordenamiento jurídico ha dispuesto un cauce procedimental específico para la composición de esta suerte de litigios. Así las cosas, la jurisdicción laboral y de seguridad social es la encargada de dar aplicación a dicha normatividad y, en consecuencia, ha recibido el alto encargo de garantizar protección al derecho fundamental a la seguridad social. Así lo recomienda el experticio propio de las autoridades judiciales que hacen parte de la jurisdicción laboral y

la idoneidad que prima facie ostentan los procedimientos ordinarios.” (Subraya fuera del texto).

14 Sobre las excepciones de la improcedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de derechos pensiones, se pueden consultar, entre otras, las sentencias T-610 de 2008, T-851 de 2006, T-249 de 2006. Igualmente, se encuentran las sentencias T-229 de 2009, T-021 de 2009, T-007 de 2009, T-938 de 2008, T-826 de 2008, T-681 de 2008, T-634 de 2008, T-854 de 2007, T-628 de 2007, T-389 de 2007, T-1064 de 2006, T-701 de 2006 y T-860 de 2005.

15 Véanse las sentencias T-090 de 2009 y T-621 de 2006.

16 Sentencias T-702 de 2008, T-681 de 2008 y T-607 de 2007.

17 Sentencias T-174 de 2008, T-567 de 2007, T-529 de 2007, T-251 de 2007, T-857 de 2004, T-651 de 2004, T-169 de 2003 y T-631 de 2002.

18 En concordancia con la jurisprudencia, el perjuicio irremediable debe reunir las siguientes características: “A) El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. (...). || B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal (...).|| C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. (...). || D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. (...).” Sentencia T-225 de 1993, reiterada, entre otras, en las sentencias T-401 de 2009, T-269 de 2009, T-913 de 2008, T-422 de 2008, T-757 de 2007, T-373 de 2007, T-1034 de 2006 y T-595 de 2006.

19 Sentencia T-658 de 2008. Igualmente, véanse, entre otras, las sentencias T-217 de

2009, T-1030 de 2008, T-826 de 2008, T-108 de 2007.

20 Al respecto, se puede consultar la sentencia T-335 de 2000.

21 En este sentido, véase la sentencia T-1206 de 2005. Igualmente, las sentencias T-614 de 2007 y T-124 de 2007.

22 Sobre este punto, se puede consultar la sentencia T-730 de 2008.

23 Sentencias T-019 de 2009, T-524 de 2008 y T-920 de 2006.

24 Véanse, por ejemplo, las sentencias T-090 de 2009, T-997 de 2007, T-621 de 2006, T-158 de 2006, T-871 de 2005, T-545 de 2004 T-169 de 2003, T-631 de 2002 y T-800 de 1999.

25 Sentencias T-019 de 2009, T-099 de 2009, T-1213 de 2008, T-752 de 2008, T-729 de 2008, T-702 de 2008, T-052 de 2008, T-597 de 2007, T-169 de 2003 y T-571 de 2002.

26 Sobre este aspecto se puede consultar las sentencias T-567 de 2007, T-529 de 2007 y T-432 de 2005.

27 Cfr. Folios 15 a 17, cuaderno 2.

28 Cfr. Folio 9, cuaderno 2.

29 Cfr. Folio 14, cuaderno 2.

30 Cfr. Folios 11 y 12, cuaderno 2.

31 Cfr. Folio 9, cuaderno 2.

32 Cfr. Folio 28, cuaderno 2.

33 Cfr. Folios 9 y 10, cuaderno 2.

34 Cfr. Folios 28 y 29, cuaderno 2.

35 Versión original del artículo 39 de la Ley de 1993.

36 Supra No. 34

37 Cfr. Folio 9, cuaderno 2.

38 Sentencia T-658 de 2008.

39 Artículo 37 de la Ley 100 de 1993: "INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ. Las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado."