

Sentencia T-717/16

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Servicio público de carácter obligatorio y derecho irrenunciable

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES SOCIALES-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

La pensión de invalidez puede ser exigida a través de la acción de tutela cuando se acredita que se trata de un sujeto que por haber perdido parte considerable de su capacidad de trabajo no puede esperar o tramitar un proceso ordinario.

PENSION DE INVALIDEZ COMO PARTE INTEGRAL DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y COMO MATERIALIZACION DEL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD

PENSION DE INVALIDEZ-Evolución de los requisitos

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

Los argumentos que llevaron a la Corte a inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, consisten en que la referida disposición legal contraría la Carta Política, en tanto resulta incompatible con el principio de progresividad de los derechos sociales y afecta desmesuradamente a un grupo de personas que son sujetos de especial protección constitucional, cual es el caso de las personas discapacitadas y a las personas de la tercera edad, que si bien han cotizado las 50 semanas, en las más de las veces no alcanzan a cumplir con el requisito de fidelidad. Tanto así, que una vez esta Corporación tuvo la oportunidad de realizar el control abstracto del artículo en mención, declaró inexecutable el requisito de fidelidad contenido en el mismo, mediante sentencia C-428 de 2009.

PRECEDENTE CONSTITUCIONAL-Carácter vinculante

La obligatoriedad y alcance de los fallos de esta Corporación, tiene su génesis en el carácter preponderante y jerárquico de la Constitución, tal y como lo señala el artículo 4 superior, la Constitución “es norma de normas”, y en este sentido el precedente constitucional fijado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes cuando regulen derechos fundamentales. Luego, el precedente vincula a todas las autoridades, sin discriminación alguna como una fuente obligatoria de derecho.

DERECHO A LA VIDA DIGNA, AL MINIMO VITAL Y A LA SEGURIDAD SOCIAL-Vulneración por Fondo de Pensiones al exigirle a la accionante el requisito adicional de fidelidad al sistema que ahora se encuentra excluido del ordenamiento jurídico

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Orden a Fondo de Pensiones reconocer y pagar pensión de invalidez, aplicando el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 de acuerdo con la declaratoria de inexequibilidad prevista en la Sentencia C- 426 de 2009

Referencia: Expediente T-5.768.934

Acción de tutela interpuesta por la Viviana Andrea Pérez Zamudio contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y otros.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., quince (15) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Aquiles Arrieta Gómez (E), Alberto Rojas Ríos y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la presente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por los Juzgados Veintidós (22) Civil Municipal de Bogotá D.C.[1] y Cuarenta y Cinco (45) Civil del Circuito de la misma ciudad[2], en la acción de tutela instaurada por la señora Viviana Andrea Pérez Zamudio contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y otros.

I. ANTECEDENTES

La señora Viviana Andrea Pérez Zamudio, por intermedio de apoderada judicial, interpuso acción de tutela contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el Ministerio de Salud y Protección Social, el Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga-, Seguros de Vida Alfa S.A., la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y la Superintendencia Nacional de Salud, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, vida digna y confianza legítima. Para fundamentar su demanda relató los siguientes:

1. Hechos:

1.1. Señaló que el 27 de diciembre de 2014, Seguros de Vida Alfa S.A., determinó que presentaba una pérdida de la capacidad laboral del 69.11%, con fecha de estructuración el 27 de marzo de 2009, en razón a que padecía enfermedad renal crónica terminal estadio V, lupus eritomatoso sistémico con compromiso de órgano blando e hipertensión arterial.

1.2. Inconforme con la decisión anterior, el 14 de enero de 2015 la actora presentó reclamación ante la aseguradora, en razón a que la fecha de estructuración no era la correcta porque su enfermedad fue diagnosticada el 29 de octubre de 2007.

1.3. Por su parte, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, mediante dictamen núm. 73774 de 29 de mayo de 2015, ratificó la pérdida de la capacidad laboral de la accionante y la fecha de estructuración de la misma. Es decir, la fijó en un 69.11% a partir del 27 de marzo de 2009.

1.4. Contra ese dictamen, la actora interpuso los recursos de reposición y apelación. La Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen núm. 1015999027-3593 de 13 de enero de 2016, estableció una pérdida de capacidad laboral del 69.10%, enfermedad común, con fecha de estructuración del 3 de noviembre de 2008, por los diagnósticos de

“Hipertensión esencial (primaria), enfermedad renal hipertensiva con insuficiencia renal y lupus eritematoso sistémico”. Agregó que la fecha de estructuración se determinó según el concepto de medicina interna de 3 de noviembre de 2008, donde se indicó que padecía nefropatía clase III y cardiopatía hipertensiva.

1.5. Adujo que la anterior sintomatología comenzó durante su segundo embarazo el cual acaeció en el año 2007, al presentar las patologías de lupus eritomatoso sistémico y nefropatía lúdica, lo que generó la enfermedad renal crónica terminal que padece.

1.6. Indicó que en atención a su delicado estado de salud y de embarazo, en septiembre de 2007 renunció al cargo de gestor de cobranzas de la Cooperativa Social para los Trabajadores Costa C.T.A., empresa para la cual trabajaba.

1.7. Manifestó que no fue posible conseguir un nuevo empleo en razón a su precario estado de salud y a las diálisis que debía realizarse. Aclaró, que por desconocimiento sobre la materia no realizó de manera oportuna las gestiones necesarias para obtener la prestación pensional solicitada en la presente acción de tutela.

1.8. Afirmó que, cumple con los requisitos establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión, en razón a que cotizó cincuenta (50) semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la enfermedad. En virtud de lo anterior, solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el reconocimiento y pago de la mencionada prestación.

1.9. Informó que el 22 de marzo de 2016 ingresó a la página web del mencionado Fondo para consultar el estado de su solicitud, en donde se indicaba que “¡Tenemos muy buenas noticias! La solicitud presentada ha sido Aprobada (...) La solicitud se encuentra actualmente en liquidación, para determinar el monto del derecho. Una vez culmine el proceso estaremos informando”. Sin embargo, el 23 de mayo siguiente recibió una llamada telefónica de una funcionaria de la entidad en la que le indicaron que la pensión había sido negada por lo que debía iniciar el trámite de devolución de saldos.

1.10. Sostuvo que el Fondo de Pensiones está actuando de manera arbitraria, además de asaltar su buena fe por cuanto aprobó la pensión de invalidez y posteriormente la negó sin

justificación alguna.

1.11. Finalmente, manifestó que se encuentra desempleada, es soltera, madre cabeza de familia y tiene dos hijas de 8 y 14 años de edad, siendo la madre de la actora la encargada del sostenimiento del núcleo familiar.

1.12. Como consecuencia de lo anterior, solicita la protección de los derechos fundamentales invocados y que se le ordene al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., reconocer y pagar la pensión de invalidez.

2. Trámite procesal y contestación de las entidades accionadas

2.1. Mediante auto de 3 de junio de 2016[3], el Juzgado Veintidós (22) Civil Municipal de Bogotá D.C. admitió la acción de tutela y corrió traslado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y al Ministerio de Salud y Protección Social, al Fondo de Solidaridad y Garantía -Fosyga-, a Seguros de Vida Alfa S.A., la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca y a la Superintendencia Nacional de Salud, como terceros interesados en los resultados del proceso, con el fin de que rindieran informe sobre los hechos objeto de la tutela.

2.2. En escrito radicado el 9 de junio de 2016[4], el representante legal de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca solicitó la desvinculación del presente trámite en razón a que no ha vulnerado los derechos fundamentales deprecados por la actora, por el contrario ha respetado el debido proceso de la misma. Además, el recurso de amparo va dirigido al reconocimiento de prestaciones económicas, circunstancia que es ajena, ya que su competencia radica en efectuar la calificación de pérdida de capacidad laboral, la determinación del origen y la fecha de estructuración de quien la solicita.

2.3. El Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., se opuso a las pretensiones de la acción de tutela y solicitó negarla o declararla improcedente por cuanto no cumple con el requisito de subsidiariedad, no ha vulnerado los derechos fundamentales reclamados por la actora y tampoco se evidencia la configuración de un perjuicio irremediable.

Afirmó que la pensión de invalidez es una prestación económica que cubre una contingencia

derivada de la pérdida de capacidad laboral del afiliado por circunstancias de origen común, siempre que se reúnan los requisitos previstos en la legislación vigente, que en el asunto sub examine son los establecidos en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, esto es: “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”.

En virtud de lo anterior, adujo que la accionante solo cuenta con 17.37% de fidelidad al sistema entre la fecha en que cumplió 20 años de edad (3 de noviembre de 2006) y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez (13 de enero de 2016), por lo que no es posible reconocerle la prestación reclamada.

Insistió que al no encontrarse acreditado el requisito de fidelidad de cotización al Sistema General de Pensiones, conforme a lo previsto en la legislación vigente para la fecha de estructuración de la invalidez, no había lugar a reconocer el derecho reclamado ya que no es posible otorgar la pensión de invalidez bajo los parámetros de una ley posterior.

Aclaró que, si bien es cierto la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 2009 declaró inexecutable el requisito de fidelidad contenido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, también lo es que las situaciones consolidadas con anterioridad a esa providencia deben permanecer incólumes, por tanto, como la fecha de estructuración de la invalidez acaeció antes del referido fallo, el Fondo de Pensiones dio aplicación al mencionado artículo.

En cuanto al requisito de subsidiariedad, señaló que este no se cumple toda vez que la actora cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la prestación pensional a través del proceso ordinario laboral.

2.4. El 23 de mayo de 2016[5], el Ministerio de Salud y Protección Social solicitó declarar improcedente la acción de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva debido a que esa cartera ministerial no tiene competencia para dirimir conflictos de carácter pensional.

2.5. El Fondo de Solidaridad y Garantía –Fosyga-, la entidad Seguros de Vida Alfa S.A. y la Superintendencia Nacional de Salud guardaron silencio.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN CONSTITUCIONAL

1. Fallo de primera instancia

El 16 de junio de 2016, el Juzgado Veintidós (22) Civil Municipal de Bogotá D.C., dictó sentencia en el caso sub examine. En dicha providencia consideró que no era posible acceder a la solicitud de la señora Pérez Zamudio toda vez que, existe incertidumbre sobre el derecho a la pensión reclamada porque para el 3 de noviembre de 2008 (fecha de estructuración de la incapacidad), el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 exigía un término de fidelidad al Sistema 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. Agregó, que si bien es cierto la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 2009 eliminó el requisito de fidelidad, también lo es que dicha norma resulta aplicable porque “es un estudio de carácter legal y no constitucional” lo que implica que la acción de tutela se torne improcedente.

En ese sentido, sostuvo que la negativa del Fondo de Pensiones se encuentra, en principio, revestida de una presunción de legalidad, dada por la aplicación de la ley vigente para el momento en que se estructuró la incapacidad de la actora. Además, afirmó que han transcurrido más de 8 años desde que la accionante dejó de trabajar a consecuencia de su pérdida de la capacidad laboral, lo que desvirtúa la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital y vida digna, así como la existencia de un perjuicio irremediable.

2. Impugnación

La señora Viviana Andrea Pérez Zamudio impugnó la anterior decisión aduciendo que el fallador de primera instancia omitió hacer un análisis de la oportunidad, idoneidad y eficacia de la acción de tutela, utilizando argumentos sin justificación y con base en jurisprudencia no aplicable al caso concreto.

Indicó que lo solicitado a través del recurso de amparo no está encaminado a la resolución

de derechos litigiosos de naturaleza legal, sino a la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social, el mínimo vital, la vida digna y la confianza legítima, que están siendo vulnerados por parte del Fondo de Pensiones Porvenir S.A., al exigir requisitos que están fuera del ordenamiento jurídico.

A su juicio, el requisito de fidelidad aplicado para negar la pensión de invalidez no es de recibo por la actora por cuanto existen sendos pronunciamientos de la Corte Constitucional según los cuales “el requisito de fidelidad de cotización al sistema –del 20% para el reconocimiento de la pensión de invalidez y del 25% para la pensión de sobrevivientes, contradice el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales, entre el cual se encuentra el derecho a la seguridad social”. Razón por la cual, el Tribunal Constitucional mediante la sentencia C-428 de 2009, declaró inexecutable el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

Afirmó que a partir de la mencionada sentencia el requisito de fidelidad es inaplicable así la fecha de estructuración de la invalidez sea antes de la declaratoria de inexequibilidad referida, sin embargo, el A quo solo se basó en los argumentados de Porvenir S.A., y lo expuesto en el fallo T-063 de 2009 el cual no es aplicable dado que fue proferido antes del pronunciamiento que declaró la inconstitucionalidad del requisito de fidelidad. En ese sentido, reprochó que el Juez de primera instancia no podía argumentar “que existe incertidumbre sobre el derecho a pensión reclamado” porque la entidad accionada está exigiendo de forma arbitraria y caprichosa un requisito que esta fuera de la órbita de la legalidad.

Insistió en que su progenitora es la encargada de suministrar la ayuda necesaria para la subsistencia de ella y de sus dos menores hijas, circunstancia que evidencia la existencia del perjuicio irremediable, máxime si es un sujeto de especial protección constitucional, dada su condición de discapacidad.

Adujo que si bien es cierto desde hace 8 años la accionante dejó de trabajar, no lo es menos que el trámite pensional inició en el 2016 y por tanto la vulneración de los derechos reclamados debe hacerse desde el 23 de mayo de 2016, fecha en la que la entidad negó la prestación pensional solicitada. Agregó que la condición de discapacidad de la actora convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez

ordinario para acceder a la pensión.

Finalmente, manifestó que no se tuvieron en cuenta las pruebas allegadas al proceso porque Provenir S.A., en su página web publicó que la demandante sí tenía derecho a la pensión de invalidez y posteriormente negó dicho reconocimiento, lo que evidencia la mala fe de la entidad.

3. Sentencia de segunda instancia

Mediante fallo de 1º de agosto de 2016[6], el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Civil del Circuito de Bogotá D.C., confirmó la decisión adoptada en primera instancia. Para ello, consideró que la Corte Constitucional ha indicado que por regla general la acción de tutela resulta improcedente para ordenar el reconocimiento o reliquidación de derechos de naturaleza pensional. En virtud de lo anterior, señaló que la accionante debe acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para reclamar la prestación pensional que arguye tiene derecho.

Aunado a lo anterior, manifestó que la actora no probó la existencia de un perjuicio irremediable dado que para probar que se encuentra ante la inminencia del daño irreparable no basta con hacer afirmaciones que caen en el vacío ante la ausencia de documentos que así lo confirmen.

4. Pruebas

A continuación se relacionan las pruebas que reposan en el expediente:

- Poder especial otorgado por la accionante (folio 37).
- Copia simple de la calificación de segunda instancia expedida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez con sede en Bogotá. En ese documento se observa que a la accionante se le dictaminó una pérdida de la capacidad laboral del 69.10%, origen: enfermedad común, como consecuencia de los diagnósticos de hipertensión esencial (primaria), enfermedad renal hipertensiva con insuficiencia renal y lupus eritematoso sistémico, con fecha de estructuración de 3 de noviembre de 2008 (folios 15 a 21).
- Historia laboral consolidada del régimen de ahorro individual de la señora Viviana Andrea

Pérez Zamudio, donde se observa que cotizó al sistema entre el 2005 y el 2007 de forma interrumpida un total de 578 días, equivalentes a 83 semanas (folio 24).

- Copia de la cédula de ciudadanía, donde consta que la actora nació el 3 de diciembre de 1986 (folio 35).

- Registros civiles de nacimiento de las menores Natalia Andrea Peláez Pérez e Ivon Mariana Pachón Pérez, según los cuales son hijas de la accionante y nacieron el 22 de julio de 2002 y 2 de marzo de 2008, respectivamente (folios 33 y 34).

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala es competente para examinar los fallos materia de revisión, 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.

2. Problema jurídico

Consiste en determinar si el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y mínimo vital de la señora Viviana Andrea Pérez Zamudio quien tiene una pérdida de la capacidad laboral del 69.10%, al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, aduciendo la falta del requisito de fidelidad al Sistema General de Pensiones -artículo 1° de la Ley 860 de 2003-.

Para resolver el problema jurídico, la Corte abordará los siguientes ejes temáticos: (i) la acción de tutela y el principio de inmediatez; (ii) procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez de personas que padecen una enfermedad de carácter degenerativo; (iii) la pensión de invalidez como parte integral del derecho a la seguridad social y como materialización real y efectiva de los principios de igualdad y solidaridad; (iv) los requisitos necesarios para acceder a la pensión de invalidez contenidos en la legislación; (v) inaplicación e inconstitucionalidad del requisito de fidelidad al sistema pensional, consagrado en el numeral 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por desconocimiento del principio de progresividad; y, (vi) finalmente se dará solución al

caso concreto.

3. La acción de tutela y el principio de inmediatez

3.1. La acción de tutela es un mecanismo para resolver de manera rápida, inmediata y eficaz casos que requieren la protección de los derechos fundamentales vulnerados por la acción u omisión de una autoridad pública, y por ello debe ser interpuesta en un término razonable.

3.2. El principio de inmediatez exige que la acción de tutela sea interpuesta en un tiempo razonable y proporcional desde el hecho vulnerador[7]. Conforme a estos criterios, esta Corporación en algunas oportunidades ha admitido que un término de 6 meses es suficiente para recurrir a este mecanismo constitucional. Este plazo no está preestablecido a priori, sino que es determinado por las circunstancias particulares de cada caso. En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que la demora puede ser justificable, cuando la afectación del derecho fundamental perdura y existe una relación causal entre el ejercicio inoportuno y la vulneración[8].

No obstante, también ha sostenido que dicha valoración es casuística, por lo que en algunos casos ha aprobado un plazo mayor a 6 meses cuando se demuestra una justificación para la tardanza[9]. En este sentido, la sentencia T-158 de 2006 estableció que el retraso del accionante para interponer la acción de tutela sólo puede ser aceptado bajo dos hipótesis[10]:

“De hecho, de la jurisprudencia de esta Corporación se puede derivar que solamente es aceptable un extenso espacio de tiempo transcurrido entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: (i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual. Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.[11]”

En este orden de ideas, la acción de tutela es procedente inclusive cuando ha transcurrido un tiempo considerable entre el hecho vulnerado y su interposición, en los casos en el que el accionante demuestra que existe una vulneración continua y actual y/o cuando es un sujeto de especial de protección.

Así, este Tribunal ha sostenido que en cada cuestión se debe verificar “si la tutela es presentada cuando aún es vigente la vulneración, lo que se presume cuando la acción es promovida dentro de un término razonable, prudencial y cercano a la ocurrencia de los hechos que se consideran violatorios de derechos fundamentales. En consecuencia, ante la injustificada demora en la interposición de la acción, se vuelve improcedente el mecanismo extraordinario”[12].

En este orden, esta Corporación estableció algunos parámetros a observar tratándose de la inaplicación excepcional de este requisito en materia pensional en los siguientes términos:

“Por otra parte, y si en gracia de discusión se considerara un término excesivo para la interposición del amparo tutela, debe tenerse en cuenta que de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es factible inaplicar el requisito de inmediatez en materia pensional cuando (i) la carga de interponer la acción de tutela en un plazo razonable resulta desproporcionada en atención a la avanzada edad del peticionario; (ii) el accionante se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta por el deterioro ostensible de su salud; (iii) la decisión en sede de tutela no afectará los derechos de terceros y el principio de seguridad jurídica; y (iv) la conducta del interesado frente al reconocimiento de sus derechos no ha sido negligente”[13].

3.3. En suma, la jurisprudencia constitucional ha indicado que en aras de garantizar la eficacia y prevalencia de los derechos fundamentales, la solicitud de amparo será procedente aun habiendo transcurrido un extenso lapso de tiempo entre la situación que dio origen a la transgresión alegada y la presentación de la acción de tutela, siempre que sean analizadas las condiciones específicas del caso concreto.

4. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales. Reiteración jurisprudencial[14]

4.1. El derecho a la seguridad social ha sido concebido dentro del ordenamiento jurídico como un servicio público de carácter obligatorio que debe ser prestado bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad[15].

Igualmente, se considera como un servicio público esencial, en lo relacionado con el sistema de salud y con las actividades vinculadas al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales[16], que busca “mitigar las consecuencias propias de la desocupación, la vejez y la incapacidad de las personas, y que garantiza consigo mismo el ejercicio de otros derechos fundamentales, tales como el derecho a la vida, la dignidad humana y el mínimo vital”[17].

Al mismo tiempo se caracteriza por ser un derecho constitucional irrenunciable[18], cuya interpretación debe ser realizada de conformidad con los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia[19]. Su carácter fundamental fue en principio desestimado por su ubicación dentro de la Carta como un derecho de segunda generación. No obstante, ha dejado de ser reconocido como un derecho social en el entendido que “todos los derechos constitucionales son fundamentales, pues se conectan de manera directa con los valores que los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución”[20].

Sin embargo, la posibilidad de hacer efectivo el derecho a la seguridad social a través de la acción de tutela no es necesariamente consecuencia de su connotación como un derecho fundamental. Sobre este aspecto es necesario hacer referencia a la procedencia excepcional de este mecanismo de protección constitucional respecto al reconocimiento de prestaciones de contenido económico.

4.2. El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela como un medio para reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando los mismos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública[21]. La misma disposición establece que será procedente cuando el afectado no cuente con otro mecanismo de defensa judicial, salvo que con ella pretenda evitar un perjuicio irremediable[22].

Lo anterior denota el carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, que condiciona su procedencia a la previa utilización de los mecanismos ordinarios de defensa judicial, evitando que se convierta en una oportunidad para revivir términos vencidos o que sirva para sustituir otras vías contempladas dentro del ordenamiento jurídico para obtener la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados.

En lo que tiene que ver con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales de carácter económico, existen diferentes pronunciamientos de esta Corte que indican que por regla general la acción de tutela no procede para este evento, por cuanto dentro del ordenamiento jurídico se encuentran previstos otros medios judiciales tendientes a resolver este tipo de controversias, ya sea a través de la jurisdicción ordinaria laboral o la contencioso administrativa.

Empero, los jueces pueden reconocer derechos en materia pensional cuando la reclamación es concurrente con circunstancias que ameritan un pronunciamiento a través de la acción de tutela. Esta Corporación, en la Sentencia T-265 de 2012, hizo mención a aquellas situaciones excepcionales, así[23]:

a) “Cuando al realizar un análisis del caso concreto el juez encuentra probada la ineficacia del medio judicial ordinario existente”[24]. Se asumirá la falta de idoneidad de dicho mecanismo y el juicio de procedibilidad deberá ser menos riguroso cuando se trate de sujetos de especial protección constitucional, tales como niños y niñas, personas en condición de discapacidad, mujeres embarazadas, madres cabeza de familia o personas de la tercera edad.

b) Cuando a través de la tutela, como mecanismo transitorio, se busca evitar la ocurrencia de un perjuicio grave, inminente e irremediable, hasta que la jurisdicción competente resuelva el litigio.

c) También ha sostenido la Corte que “es necesario que la controversia planteada suponga un problema de relevancia constitucional”[25]. Para llegar a esta conclusión, el juez verifica el conjunto de condiciones objetivas en las que se encuentra el accionante (como la edad, el estado de salud o la situación económica).

d) Cuando exista prueba, siquiera sumaria, de que el accionante tiene derecho al

reconocimiento de la pensión y ha iniciado las actuaciones judiciales o administrativas tendientes a lograr la reclamación que pretende a través de la acción de tutela. Al respecto ha dicho esta corporación que “la exigencia de una cierta actividad administrativa y judicial tendiente a obtener la protección del derecho fundamental a la seguridad social, encuentra su justificación en la armonía que debe imperar entre el sistema judicial y la naturaleza misma de la acción de tutela, que exige para su procedencia el uso de los mecanismos ordinarios de defensa o la justificación de la ineficacia de los medios regulares y la configuración de un perjuicio irremediable que permita la procedencia del amparo como un mecanismo transitorio”[27] .

4.3. En síntesis, el derecho a la seguridad social es susceptible de protección excepcional por medio de la acción de tutela, habida cuenta del carácter prestacional que ostenta, cuando sean verificadas por el juez las circunstancias especiales que justifiquen dejar de lado los mecanismos judiciales ordinarios establecidos inicialmente para su protección.

5. Procedencia de la acción de tutela para ordenar el reconocimiento de la pensión de invalidez de personas que padecen una enfermedad de carácter degenerativo. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. El principio de subsidiariedad de la tutela aparece claramente expresado en el artículo 86 de la Constitución en los siguientes términos: “esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Respecto al anterior mandato, este Tribunal ha manifestado en reiteradas ocasiones que el juez debe analizar en cada caso si el accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial o en su defecto, si aun existiendo estos, no resultan eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. Así lo sostuvo en sentencia T-235 de 2010, al indicar:

“Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun

existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela[28]”.

En lo relativo a la idoneidad y eficacia del instrumento judicial ordinario, como elemento para amparar de manera definitiva los derechos fundamentales invocados, esta corporación expresó en la sentencia T-671 de 2011 lo siguiente:

“...es posible sostener que sólo cuando la persona que solicita la pensión de invalidez esta inmersa en una de las categorías que han sido consideradas con (sic) esta Corporación como de especial protección y se compruebe que no cuenta con los medios económicos para asumir y aguardar los resultados del proceso ordinario sin compromiso de sus derechos fundamentales y los de su familia, es procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo, pues los mecanismos legales ordinarios en estos casos, debido a su duración y a los costos económicos que implican, no resultan idóneos y eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez.”

Así las cosas, como regla general la tutela es un mecanismo excepcional de defensa judicial ya que solo después de ejercer infructuosamente todos los medios ordinarios de defensa judicial o ante la inexistencia de los mismos, es procedente la acción. Así lo consideró la Corte Constitucional, por ejemplo, en la sentencia T-043 de 2014:

“Por regla general la acción de tutela resulta improcedente para reclamar por vía judicial el reconocimiento de derechos de naturaleza pensional. Sin embargo, en determinados eventos el recurso de amparo procede con el puntual fin de salvaguardar bienes iusfundamentales cuya protección resulta impostergable, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del asunto concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido, ya sea porque carecen de idoneidad o eficacia, o porque se busca evitar la inminente consumación de un perjuicio irremediable.”.

No obstante, este Tribunal ha manifestado que cuando se logra demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable procede la acción de tutela como mecanismo transitorio a pesar de existir otras vías judiciales. Esto se presenta cuando las condiciones físicas del peticionario permiten deducir que se encuentra en un especial estado de indefensión y de

no intervenir de inmediato el juez constitucional se produciría un daño irremediable[29].

5.2. En ese orden de ideas, la pensión de invalidez puede ser exigida a través de la acción de tutela cuando se acredita que se trata de un sujeto que por haber perdido parte considerable de su capacidad de trabajo no puede esperar o tramitar un proceso ordinario. Sobre este aspecto esta Corporación determinó lo siguiente:

“debemos recordar que la misma jurisprudencia constitucional ha señalado que no resulta aceptable someter a las personas con una particular condición de vulnerabilidad, al agotamiento de actuaciones administrativas o judiciales de carácter ordinario, que por su dispendioso y lento trasegar judicial, no surgen como el medio más adecuado e idóneo para proteger de manera oportuna y efectiva sus derechos fundamentales, pues de someterlas a dichos trámites se podría llegar a comprometer hasta su propia dignidad.”[30]

En desarrollo de lo anterior, para la Corte es claro que se atenta contra los postulados que predicen la vigencia y el goce efectivo de los derechos fundamentales cuando un juez de tutela aplica mecánicamente la cláusula de improcedencia de la acción para debatir el reconocimiento de acreencias prestacionales, alegando la posibilidad de acudir en todos los casos a la jurisdicción ordinaria laboral.

En reiteradas oportunidades se ha admitido la procedibilidad de la tutela ante la evidencia de condiciones precarias que tornarían injusto el agotamiento de un trámite judicial ordinario. Ejemplo de lo anterior es el caso de enfermedades congénitas o degenerativas que afectan las posibilidades de auto sostenimiento. Al respecto, en la sentencia T-561 de 2010 este Tribunal conoció de una accionante que padecía de “esquizofrenia esquizo-afectiva” y solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión a través del recurso de amparo. En dicha oportunidad se precisó que:

“En el presente caso se observa que la esquizofrenia esquizo-afectiva, que es la patología que aqueja a la persona necesitada de la protección tutelar, es una condición que afecta al paciente haciéndole difícil diferenciar entre experiencias reales e irreales, pensar de manera lógica, tener respuestas emocionales apropiadas ante los estímulos generados por otras personas y comportarse normalmente en situaciones sociales

Considerados estos factores, el derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de

derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de personas que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no pueden acceder al mercado de trabajo, de modo que dicha pensión se convierte en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas y las de su familia, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos. Esta penosa situación coloca a dichos individuos en un completo estado de indefensión y vulnerabilidad que hace indispensable la adopción de medidas urgentes para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.”

Igualmente la Corte en la sentencia T-022 de 2013, manifestó respecto de una persona que padecía una enfermedad de carácter degenerativa conocida como “toxoplasmosis congénita”, y solicitaba la misma prestación pensional, lo siguiente:

“La acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para proteger los derechos fundamentales de la actora, porque es un sujeto de especial protección constitucional, que no cuenta con recursos económicos suficientes que le permitan soportar la carga de un proceso ordinario, y que para resolver su solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez requiere que se haga un estudio especial en el que se tenga en cuenta su derecho a no ser discriminada”.

En esa medida, es posible concluir que la acción de tutela procede de manera excepcional para requerir el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez cuando se evidencie que una enfermedad, dolencia o discapacidad impida que una persona pueda seguir derivando su sostenimiento.

6. La pensión de invalidez como parte integral del derecho a la seguridad social y como materialización real y efectiva de los principios de igualdad y solidaridad.

Sobre este asunto, es preciso advertir que este Tribunal mediante sentencia T-777 de 2009 hizo especial énfasis en la obligación que tiene el Estado, cuando dirige y orienta las políticas públicas en materia de seguridad social, de garantizar la materialización y concreción de los principios de solidaridad e igualdad que informan al Estado Social de Derecho y que fueron acogidos como pilar fundamental de nuestra forma organizacional por el constituyente primario. Al respecto el mencionado fallo indicó lo siguiente:

“Los objetivos de la seguridad social que deben comprender a todo el conglomerado, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad, promover la prosperidad general, garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales, promover las condiciones para una igualdad real y efectiva, adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados, proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político, donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación.

Estos fines sociales se concretan en el bienestar de toda la comunidad a través del cubrimiento de los eventos de pensión de invalidez, vejez y muerte; servicios de salud, cubrimiento de riesgos profesionales y servicios sociales complementarios. También comprenden la garantía que debe otorgarse a los sujetos de especial protección constitucional como son las personas gravemente enfermas; los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales; los mayores adultos, la mujer embarazada y cabeza de familia, los niños menores de un año, los desempleados; los indigentes o personas sin capacidad económica alguna, entre otras.”

Esta teleología esencial del Estado social de derecho, fue elevada a rango constitucional a través del artículo 48 del estatuto superior, el cual debe ser leído en concordancia con los artículos 1° (Estado social de derecho); 2° (fines esenciales del Estado); 4° (supremacía de la Constitución); 13 (igualdad), 45 (derechos de los jóvenes y adolescentes); 53 (derecho al mínimo vital) y 93 (bloque de constitucionalidad).

De acuerdo con la amplia facultad de configuración legislativa que el artículo 48 de la Constitución Política otorgó al Congreso, éste expidió la Ley 100 de 1993, mediante la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, compuesto por los regímenes de salud, pensiones y riesgos profesionales.

Dentro del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, el legislador estableció una prestación específica para garantizar que aquellas personas que han cotizado al sistema o que se encuentran realizando aportes y sufren una pérdida de su capacidad laboral igual o

superior al 50%, tengan derecho a acceder a una fuente de ingresos que les permita solventar sus necesidades vitales; dicha prestación está representada en la pensión de invalidez y a través de esta se busca realizar el mandato previsto en el artículo 13 constitucional, al brindar especial protección a las personas disminuidas físicamente.

La pensión de invalidez, tal y como lo ha señalado esta Corporación, guarda un estrecho vínculo con los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna de las personas que han visto mermada su capacidad laboral en los porcentajes legalmente establecidos. De igual manera, tiene una especial conexidad con los principios de igualdad y de solidaridad por cuanto, como regla general, en estos casos les es imposible a los afiliados al sistema de pensiones acceder por sus propios medios y en forma autónoma a una fuente de ingresos que les permita satisfacer sus necesidades básicas.

Ahora bien, la pensión de invalidez puede generarse por enfermedades o accidentes de riesgo común o de origen profesional; en lo atinente a la pensión de invalidez por riesgo común, ésta se encuentra regulada por el Capítulo III del Título II de la Ley 100 de 1993. Según el artículo 38 del régimen de seguridad social, “se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional y no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. Este es, entonces, el presupuesto fundamental de la prestación, ya que esa contingencia explica el hecho de que no se pueda continuar laborando y por ende justifica el reconocimiento de una suma de dinero que garantice la subsistencia de la persona afectada.

Esta especial condición de los sujetos que han visto menguada su capacidad laboral hace necesaria la valoración de los principios de igualdad y solidaridad, de vida digna y el mínimo vital, para establecer la relevancia constitucional del problema planteado y obliga a que el juez de tutela se pronuncie sobre las disposiciones legales que rigen el derecho a la seguridad social -pensión de invalidez-, sobre todo buscando que su interpretación se realice conforme a la Constitución.

Así mismo debe precisarse que en un Estado social de derecho el principio de igualdad también implica que los poderes públicos investidos con capacidad de expedir normas atiendan a las diversas situaciones con un criterio de racionalidad y proporcionalidad, en donde las diferencias existentes encuentren una justificación legítima y suficiente a las

distintas consecuencias jurídicas que de ellas se deriven.

Al respecto, la Corte ha manifestado que tratándose del derecho al mínimo vital de sujetos merecedores de especial protección, este es consecuencia directa del principio de dignidad humana y, en el Estado Social de Derecho, hace parte de la organización política, social y económica justa que fue acogida como meta por el Constituyente primario bajo el principio de progresividad.[31].

En conclusión, el reconocimiento del mínimo vital no es una concesión altruista como muestra de generosidad, sino que debe ser visto como un derecho fundamental enfocado en la solidaridad del Estado para con la población que se encuentra en estado de debilidad manifiesta y cuya materialización recae también en los particulares que administran recursos de la seguridad social de los colombianos[32].

7. Requisitos para acceder al derecho a la pensión de invalidez

7.1. Con la expedición de la Constitución de 1991 se alteró sustancialmente el paradigma legal y normativo que regía la seguridad social. Específicamente en el artículo 48, consagró el derecho a la pensión como una garantía esencial y como un servicio público de carácter obligatorio que se presta conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

La seguridad social se encuentra prevista en la Carta Política como un derecho económico y social. En virtud de ese reconocimiento la jurisprudencia de esta Corte ha señalado lo siguiente: “en cuanto a su naturaleza jurídica el mismo se identifica como un derecho prestacional[33]. Ello es así, por una parte, porque todas las personas tienen el derecho de exigir un conjunto de prestaciones a cargo de las entidades que integran el sistema de seguridad social, no solamente dirigidas a garantizar los derechos irrenunciables de las personas, sino también a obtener una calidad de vida acorde con el principio de la dignidad humana[34], y por la otra, porque para asegurar su efectiva realización, se requiere en la mayoría de los casos acreditar el cumplimiento de normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio económico y financiero del sistema[35]”.

Bajo la vigencia de la nueva Constitución se expidió la Ley 100 de 1993. Esta normativa

concretó los requisitos mínimos para lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez en los artículos 38 y 39, así:

“la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

(...)

“Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

La pensión de invalidez por accidentes de trabajo y enfermedad profesional está prevista en el capítulo I del libro tercero de la Ley 100. Este, en síntesis, establece que la calificación del estado de invalidez derivado de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional se sujeta a lo dispuesto para calificación de la invalidez de origen común. Así las cosas, si bien existen diferencias sustanciales en torno al porcentaje de la prestación, el titular de la obligación y el reconocimiento de derechos, a grandes rasgos podría establecerse que los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad o accidente de origen laboral, son los mismos que contempla el artículo 39 de la ley 100 de 1993.

Sobre este aspecto la Ley 100 de 1993 tuvo dos reformas. La primera, con la expedición de la Ley 797 de 2003, había dispuesto nuevas y más rigurosas exigencias para el reconocimiento de la pensión de invalidez, que fueron declaradas inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-1056 de ese mismo año, por haber incurrido en vicios de trámite durante su expedición[36].

Posteriormente, la Ley 860 de 2003 señaló los nuevos requisitos para acceder a la pensión de invalidez, los cuales pueden ser sintetizados así: (i) invalidez causada por enfermedad o accidente de origen común cuando el beneficiario tiene 20 o más años, requiere de 50 semanas de cotización dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración; (ii) si la invalidez es causada por enfermedad o accidente de origen

común, cuando el beneficiario es menor de 20 años de edad, requiere de 26 semanas de cotización en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria; (iii) si el afiliado cotizó 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 3 años; y (iv) cumplir con una fidelidad del 20% al sistema después de tener 20 años de edad.

Esta disposición tuvo vigencia desde el 26 de diciembre de 2003 hasta el 1° de julio de 2009, fecha en que fue declarada su inconstitucionalidad parcial mediante Sentencia C-428 de 2009, donde se declaró inexecutable el requisito de fidelidad al sistema; quedando en vigor hasta la fecha, la exigencia de que la invalidez sea igual o superior al 50% y que se haya cotizado al sistema 50 semanas durante los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la contingencia.

El anterior recuento normativo reviste gran importancia para la resolución del caso concreto sometido a consideración de esta Sala, toda vez que del estudio de la normatividad citada, se pueden extraer los siguientes argumentos:

1. Entre cada una de las reformas sucesivas que se hicieron al artículo 39 primigenio de la Ley 100 de 1993, no se dejó, como se ha hecho con otros tránsitos legislativos en materia pensional (especialmente en la pensión de vejez), un régimen de transición.
2. Como puede deducirse de los textos legales transcritos, la intención del legislador en cada una de las modificaciones, fue imponer requisitos más gravosos al acceso a la pensión de invalidez, especialmente en lo que se refiere al número de semanas cotizadas (pasó de 26 a 50) y en la inclusión de un requisito de fidelidad consistente en aportes durante toda la vida laboral del cotizante, superiores al 20% desde el momento en que el trabajador cumplió 20 años de edad y la fecha en que se estructuró la invalidez.
3. La aplicación literal de las normas modificatorias del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, conllevaría en algunos casos, a una flagrante violación de los principios constitucionales de favorabilidad, progresividad, igualdad y mínimo vital del trabajador.
4. Desde tiempos muy cercanos a la expedición de las Leyes 797 y 860 de 2003, esta Corporación devino en inaplicar el requisito de fidelidad al sistema por parecer

abiertamente contrario a postulados constitucionales contenidos en nuestra Carta Política y en instrumentos internacionales que forman parte del Bloque de Constitucionalidad.

7.2. Ahora bien, es pertinente indicar que la pérdida de capacidad laboral se establece por medio de una calificación que realizan las entidades autorizadas por la ley. Específicamente el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Decreto Ley 19 de 2012, que establece lo siguiente:

“El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional...”.

Así las cosas, a partir del dictamen se determina la condición médica de la persona y se indica el porcentaje de afectación producida por la enfermedad, debiéndose expresar los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a la decisión teniendo en cuenta los criterios de deficiencia, discapacidad y minusvalía de conformidad con el artículo 7º del

Decreto 917 de 1999[37]:

“[...] DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anomalía de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano.

DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o regresivos. Representa la objetivación de la deficiencia y por tanto, refleja alteraciones al nivel de la persona.

MINUSVALÍA: Se entiende por Minusvalía toda situación desventajosa para un individuo determinado, consecuencia de una deficiencia o una discapacidad que lo limita o impide para el desempeño de un rol, que es normal en su caso en función de la edad, sexo, factores sociales, culturales y ocupacionales. Se caracteriza por la diferencia entre el rendimiento y las expectativas del individuo mismo o del grupo al que pertenece. Representa la socialización de la deficiencia y su discapacidad por cuanto refleja las consecuencias culturales, sociales, económicas, ambientales y ocupacionales, que para el individuo se derivan de la presencia de las mismas y alteran su entorno.”

Finalmente, esta misma disposición en el artículo tercero definió la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”.

8. Inaplicación e inconstitucionalidad del requisito de fidelidad al sistema pensional, consagrado en el numeral 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, por desconocimiento del principio de progresividad

8.1. El artículo 48 constitucional le atribuye a la seguridad social una doble naturaleza; la primera, como servicio público de obligatoria prestación por el Estado y de los particulares autorizados y, la segunda, como un derecho garantizado a todos los ciudadanos.

8.2. Con fundamento en dicho principio, el legislador desarrolló el Sistema General de Seguridad Social con la Ley 100 de 1993. Esta norma consagró, entre otros temas, lo atinente a las prestaciones pensionales exigibles y los requisitos para acceder a ellas. Específicamente, sobre la pensión de invalidez dispuso en su artículo 38 que la persona en condición de discapacidad es aquella que “por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50 % o más de su capacidad laboral”.

A renglón seguido, el artículo 39 estableció las condiciones que se debían reunir para que se tuviera derecho a dicha prestación, a saber:

“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.”[38]

Esta disposición fue modificada por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, que consagraba requisitos más estrictos para acceder a la pensión de invalidez. No obstante, esta norma fue declarada inexecutable por esta Corporación en sentencia C-1056 de 2003, debido a vicios en el trámite legislativo.

Posteriormente, se expidió la Ley 860 de 2003, cuyo artículo 1° consagró que el afiliado al sistema que sea declarado inválido tendrá derecho a la pensión de invalidez siempre que acredite:

“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”.

El párrafo 1° determinó que los menores de veinte años debían acreditar solamente veintiséis semanas en el año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o de su declaratoria. El párrafo 2° estableció que cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, sólo requeriría haber cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años.

8.3. Sin embargo, en sede de revisión de tutela, esta Corporación decidió en reiteradas oportunidades inaplicar estos nuevos requisitos para acceder a la pensión de invalidez, por considerar que resultaban regresivos, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad.[39] Concretamente, determinó que el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 era contrario al principio de progresividad de los derechos sociales puesto que representaba una situación más gravosa para el afiliado al pasar de un régimen que exigía 26 semanas de cotización durante el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, a uno que aumentó el tiempo de cotización a 50 en los últimos tres años anteriores a la fecha de la consumación del hecho generador de la invalidez y adicionó el requisito de fidelidad.

Por lo anterior esta Corporación, una vez identificados los factores constitucionales relevantes de orden fáctico y jurídico en casos similares al que ahora se debate, concluyó que los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 siendo regresivos, no obedecieron a una justificación razonable y proporcional, lo que de paso la convertía en una disposición contraria a la Constitución, ordenando la inaplicación de dicho artículo.

8.3.1. Por ejemplo, en la sentencia T-1291 de 2005 la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de conocer el caso de una madre cabeza de familia que sufrió un accidente el 28 de enero de 2004, que le ocasionó una incapacidad laboral del 69.05%. La AFP negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, por cuanto no se cumplía con el lleno de los requisitos exigidos por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

En este caso la Corte decidió: “Conforme a lo anterior y frente a la evidente necesidad de aplicar la Constitución directamente, hay que reiterar que para que sea posible el reconocimiento de la prestación, es necesario que el legislador haya definido sus requisitos. Así las cosas y ante la ausencia de un régimen de transición y conforme al principio de favorabilidad de las normas laborales, la Sala considera necesario dar aplicación en este caso del numeral 1 del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 que dispone la cotización de veintiséis (26) semanas de cotización al momento de producirse el estado de invalidez. Los requisitos previstos por esta norma (como se advirtió) los cumple cabalmente la peticionaria, (...)”.

8.3.2. Uno de similar naturaleza fue estudiado por esta Corporación en la sentencia T-221 de 2006. En esta oportunidad, la Sala Quinta de Revisión conoció el caso de una mujer de 73 años de edad, quien a causa de un accidente de trabajo contrajo cáncer pulmonar, enfermedad que redujo su capacidad laboral en un 58,6%. En este asunto, con el fin de proteger los derechos de la accionante esta Corporación fijó lo siguiente: “Así, dado que se ha evidenciado la regresividad injustificada de la norma, es palmaria la contradicción de ésta con la Carta Fundamental, requiriéndose indefectiblemente su inaplicación para dar cabida a la justicia material y al restablecimiento de los derechos que hasta la fecha han sido vulnerados a la accionante por la aplicación indebida de una norma que en su caso concreto resulta inconstitucional. Bajo este argumento se concedió el amparo constitucional reclamado.

8.3.3. Estos análisis fueron realizados desde la hipótesis de que no existía un pronunciamiento del pleno de la Corporación sobre la constitucionalidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Al respecto, por ejemplo, la sentencia T-287 de 2008 señaló: “Por lo tanto, mientras no haya un pronunciamiento del pleno de esta Corte sobre la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en sede de tutela el juez podrá inaplicar dicho artículo y ordenar que se aplique la norma anterior más favorable de la Ley 100 de 1993 (artículo 39), cuando se constaten circunstancias de especial vulnerabilidad.”

Los argumentos que llevaron a la Corte a inaplicar el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, en los casos anteriores y en otros más[40], consisten en que la referida disposición legal contraría la Carta Política, en tanto resulta incompatible con el principio de progresividad de los derechos sociales y afecta desmesuradamente a un grupo de personas que son sujetos

de especial protección constitucional, cual es el caso de las personas discapacitadas y a las personas de la tercera edad, que si bien han cotizado las 50 semanas, en las más de las veces no alcanzan a cumplir con el requisito de fidelidad. Tanto así, que una vez esta Corporación tuvo la oportunidad de realizar el control abstracto del artículo en mención, declaró inexecutable el requisito de fidelidad contenido en el mismo, mediante sentencia C-428 de 2009.

8.4. En esa ocasión, este Tribunal analizó el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales expresando que este principio le impone al Estado la carga de adoptar medidas que amplíen la cobertura de los derechos. Así, por regla general, no podrá disminuir el nivel de protección alcanzado, es decir, se prohíbe la regresividad en materia de estos derechos.

Explicó que, como garantía del principio de progresividad, una norma que presente una condición desfavorable frente al alcance de un derecho económico, social o cultural se presume regresiva y, por tanto, le corresponde al Estado justificar ampliamente la finalidad de la medida.

Así las cosas, decidió que el requisito de cotización de 50 semanas en los últimos tres años antes de la estructuración de la calificación no implicaba una regresión “pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez”[41].

Sin embargo, declaró inexecutable el requisito de fidelidad para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez por enfermedad común o por accidente, dado que el Estado no logró desvirtuar la presunción de regresividad de la medida. Resaltó que la norma imponía una carga mayor para acceder a la prestación y que no existía “una conexión entre el fin previsto en la norma -la promoción de la cultura de la afiliación a la seguridad social y el control de los fraudes- con los efectos producidos por la misma”[42].

8.5. En este punto, es necesario resaltar que las decisiones proferidas por la Corte Constitucional, en ejercicio de su función de control abstracto de constitucionalidad tienen efecto erga omnes y hacen tránsito a cosa juzgada, tal y como lo consagran los artículos 243 de la Constitución Política y 45 de la Ley 270 de 1996, a saber:

“Art. 243 CP.- Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución”.

“Art. 45, Ley 270 de 1996.- REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD. Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

En este sentido, esta Corporación ha expresado que los efectos de los fallos de constitucionalidad se dan “a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la exequibilidad o no de la norma objeto de control”[43], y que “la declaratoria de exequibilidad o inexecutable de un precepto jurídico, hace que este tenga carácter de definitivo en el ordenamiento o que salga de éste, sin la posibilidad de volverlo a invocar”[44].

Asimismo, ha establecido que dichas decisiones son “obligatorias, generales y oponibles a todas las personas, sin excepción de ninguna índole. Luego, el conocimiento de la parte resolutive de una sentencia de exequibilidad o inexecutable a partir de su divulgación oficial es igualmente exigible a todos los operadores jurídicos, sin importar sus exclusivos intereses individuales”[45].

8.6. De esta forma, se concluye que la sentencia C-428 de 2009 expulsó del ordenamiento jurídico el requisito de fidelidad al sistema, razón por la cual el reconocimiento de la pensión de invalidez resultará procedente siempre que se verifique que: (i) la persona haya sido declarada inválida y (ii) haya cotizado cincuenta semanas durante los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

8.7. Sobre este aspecto, vale la pena cuestionarse ¿qué sucede con las solicitudes de reconocimiento de pensión presentadas antes de la sentencia que declaró la inexecutable parcial del artículo 1° de la Ley 860 de 2003?

Para dar solución a este interrogante se debe tener en cuenta la fuerza y el carácter vinculante de las sentencias, cuya ratio decidendi se constituye en precedente constitucional, el cual debe observarse para atender casos similares.

Así mismo, y como se indicó en precedencia, la declaratoria de inexequibilidad del artículo mencionado, lo único que hizo fue ratificar una situación que desde un principio era inconstitucional, por lo que la disposición enjuiciada no podía generar los efectos que pretendió.

Esta situación ha sido analizada en reiteradas oportunidades por este Tribunal, en las sentencias T-266 de 2010, T-532 de 2010, T-615 de 2010, T-016 de 2011 y T-453 de 2011 entre muchas otras, dentro de las cuales se precisó de manera unívoca, que la exigencia del requisito de fidelidad contenido en la Ley 860 de 2003, deviene en inadmisibles sin importar la fecha de estructuración de la enfermedad, ya que la sentencia C-428 de 2009, lo que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue inconstitucional, por lo que dicha providencia tenía efecto declarativo y no constitutivo, generando con ello que las entidades prestadoras de este servicio no se excusen en que el hecho generador del derecho pensional sea anterior a esos fallos de constitucionalidad, habida consideración de que el carácter vinculante de la ratio decidendi se los impide[46].

Por tanto, las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones sociales en pensiones debieron inaplicar, de acuerdo al principio de progresividad, el requisito del artículo 1º de la ley 860 de 2003, como lo venía haciendo la Corte Constitucional en sede de tutela y lo ratificó en control abstracto de constitucionalidad.

9. El carácter vinculante del precedente constitucional

En reiteradas ocasiones[47] la Corte ha reconocido el carácter vinculante, obligatorio y de fuente de derecho que tienen sus sentencias de constitucionalidad. El precedente constitucional se ha justificado bajo los principios de primacía de la Constitución, de igualdad, de confianza legítima y de debido proceso, entre otros, y es asumido como una técnica judicial que busca mantener la coherencia de los sistemas jurídicos. Por ello, el artículo 243 superior dispone: “Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional. Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de

fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.”

Tratándose de las providencias dictadas por la Corte Constitucional en una Sala de Revisión de Tutelas, es claro que sus efectos son inter partes. Empero, también se ha precisado reiteradamente “que en el caso de las sentencias de tutela la Corte actúa como tribunal de unificación de jurisprudencia[48]”. Resaltando la fuerza vinculante de la ratio decidendi de los fallos de tutela, esta Corporación en fallo T-292 de 2006 sostuvo:

“El fundamento constitucional del carácter vinculante de tales aspectos de la parte motiva de estas providencias, es: i) el respeto a la cosa juzgada constitucional reconocida en el artículo 243 de la Carta, que se proyecta a algunos de los elementos de la argumentación, conforme a las consideraciones previamente indicadas[49]. ii) La posición y la misión institucional de esta Corporación que conducen a que la interpretación que hace la Corte Constitucional, tenga fuerza de autoridad y carácter vinculante general, en virtud del artículo 241 de la Carta. Igualmente, y en especial respecto de las sentencias de tutela, la Corte resaltó con posterioridad otros fundamentos de la fuerza vinculante de la ratio decidendi, tales como iii) el principio de igualdad, la seguridad jurídica, el debido proceso y el principio de confianza legítima.

La razón del valor vinculante de la ratio decidendi en materia de tutela, es como se dijo, asegurar la unidad en la interpretación constitucional en el ordenamiento y un tratamiento en condiciones de igualdad frente a la ley, por parte de las autoridades judiciales, que asegure la seguridad jurídica. Precisamente, sobre el tema ya se había pronunciado también la sentencia C-104 de 1993 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), en la que se comentó que con respecto al acceso a la justicia, el artículo 229 de la Carta debía ser concordado con el artículo 13 de la Constitución, en el entendido de que ‘acceder’ igualitariamente ante los jueces implica, ‘no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse, por parte de los jueces y tribunales ante decisiones similares’.

Por las razones anteriores, puede concluirse que en materia de tutela, – cuyos efectos inter partes eventualmente pueden llegar a hacerse extensivos en virtud del alcance de la revisión constitucional[50] –, la ratio decidendi sí constituye un precedente vinculante para

las autoridades[51]. La razón principal de esta afirmación se deriva del reconocimiento de la función que cumple la Corte Constitucional en los casos concretos, que no es otra que la de 'homogeneizar la interpretación constitucional de los derechos fundamentales'[52] a través del mecanismo constitucional de revisión de las sentencias de tutela (artículo 241 de la C.P). En este sentido, la vinculación de los jueces a los precedentes constitucionales resulta especialmente relevante para la unidad y armonía del ordenamiento como conjunto, precisamente porque al ser las normas de la Carta de textura abierta, acoger la interpretación autorizada del Tribunal constituye una exigencia inevitable."

Así, de la mano de la jurisprudencia, es dable entender que mientras los efectos inter partes proyectan entre los involucrados en la acción de tutela la aplicación cabal de lo dispuesto en la parte resolutive de la providencia, la ratio decidendi constituye un precedente constitucional que por regla general ha de ser observado por todas las autoridades y por la comunidad, so pena de contrariar la Constitución.

Distintos pronunciamientos[53] de esta Corporación han reiterado que todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley y como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas están obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional.

La anterior afirmación tiene como sustento la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y desde ese mandato, el acatamiento del precedente judicial constituye un presupuesto esencial del Estado Social de Derecho, un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, de su jerarquía superior; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad; del derecho a la igualdad; del postulado de ceñimiento a la buena fe de las autoridades públicas; de los principios de la función administrativa; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior y de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la Carta Política.

En razón de lo anterior, todas las autoridades que se encuentren prestando un servicio público, como es el caso de las administradoras de fondos de pensiones y cesantías, se

encuentran sujetas al imperio de la Constitución y la ley, como una viva expresión del principio de legalidad que gobierna y rige el Estado Social de Derecho, implicando ello el irrefutable y necesario acatamiento del precedente judicial emanado de las Altas Cortes.

En suma, la obligatoriedad y alcance de los fallos de esta Corporación, tiene su génesis en el carácter preponderante y jerárquico de la Constitución, tal y como lo señala el artículo 4 superior, la Constitución “es norma de normas”, y en este sentido el precedente constitucional fijado por la Corte Constitucional como guardiana de la supremacía de la Carta tiene fuerza vinculante no sólo para la interpretación de la Constitución, sino también para la interpretación de las leyes cuando regulen derechos fundamentales. Luego, el precedente vincula a todas las autoridades, sin discriminación alguna como una fuente obligatoria de derecho.

9. Análisis del caso concreto

9.1. Síntesis del planteamiento de la acción de tutela.

La señora Viviana Andrea Pérez Zamudio, por intermedio de apoderada judicial, promovió acción de tutela en contra el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debido a que esta entidad negó el reconocimiento de su pensión de invalidez, argumentando que no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Además, por cuanto si bien la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 2009 declaró inexecutable la referida norma, las situaciones consolidadas con anterioridad a esa providencia deben permanecer incólumes.

Por su parte, los falladores de instancia negaron el recurso de amparo al considerar que la accionante contaba con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la pensión de invalidez, más aún si no logró demostrar la configuración de un perjuicio irremediable.

9.2. Procedencia excepcional de la acción de tutela en el caso concreto.

En primer lugar, es preciso advertir que en el caso examinado, el juez de primera instancia constitucional indicó la falta de inmediatez, habida cuenta que han transcurrido más de 8 años desde que la accionante dejó de trabajar como consecuencia de su pérdida de capacidad laboral.

La Sala advierte que dicho razonamiento no tiene en cuenta que se trata de un reclamo prestacional de una persona en estado de debilidad manifiesta, que merece especial protección por parte del juez constitucional.

Lo anterior, se debe a que: (i) la señora Viviana Andrea Pérez Zamudio tiene 69.10% de pérdida de capacidad laboral lo que acredita su dificultad de trabajar y percibir una remuneración; y, (ii) la protección reforzada que amerita por su disminución física está consagrada en los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la Constitución Política, que establecen el deber del Estado de brindar una protección especial a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, con el fin de lograr que la igualdad de estas personas sea material y no simplemente formal. En este mismo sentido, el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, entre otros, son instrumentos internacionales suscritos y ratificados por Colombia, con el propósito de garantizar a las personas con discapacidad el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

9.3. A juicio de la Sala, el juez de instancia perdió de vista que el derecho pensional es imprescriptible por lo que su vulneración conserva el carácter de actual, y en esta medida la solicitud de amparo fue establecida de manera próxima a la vulneración. Lo anterior, en razón a que el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez fueron realizados el 29 de mayo de 2015[54] y el 13 de enero de 2016[55], respectivamente y la acción de tutela fue interpuesta el 2 de junio de 2016[56].

Así mismo, de esta situación deriva la vulneración de otros derechos fundamentales de la accionante como lo es el mínimo vital, en razón de que el propósito de la pensión de invalidez es cubrir las expensas necesarias para el sustento de las personas cuya vida laboral ha cesado. De la vulneración real, continua y actual de esos derechos se infiere un perjuicio irremediable, máxime si tiene dos hijas menores de edad que necesitan de su manutención, a quienes con la negativa de la entidad también se les están desconociendo sus derechos fundamentales, los cuales priman sobre los demás, en atención al interés superior del menor.

En consecuencia, los supuestos fácticos del caso bajo estudio se adecuan a los establecidos por la Corte para la inaplicación del requisito de inmediatez, toda vez que la actora se encuentra en un estado de debilidad manifiesta por el deterioro ostensible de su salud y debido a que reclama un derecho cuya vulneración es continua.

En segundo lugar, la Sala considera que opera la procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez porque la actora no cuenta con fuentes de ingresos de los cuales pueda procurarse un mínimo de subsistencia para sí y para su núcleo familiar, ostenta la condición de madre cabeza de familia, padece de una enfermedad en estado terminal y tiene una disminución en la capacidad laboral calificada con el 69.10% y desde esa perspectiva es un sujeto de especial protección constitucional. A pesar de tratarse de la reclamación de un derecho pensional, este se justifica en que es el único medio de subsistencia que puede garantizar la vida digna a una persona incapacitada para laborar y propenderse su manutención. En este sentido, Resulta razonable suponer que la demandante no cuenta con medios de subsistencia diferentes, debido a la incapacidad para trabajar que le fue calificada, lo cual afectaría gravemente su mínimo vital y calidad de vida, así como el de sus dos hijas menores de edad.

Igualmente, se advierte que la señora Pérez Zamudio debe recibir una especial protección constitucional, dada la disminución de la capacidad laboral calificada en un 69.10%, que la pone en una situación de debilidad manifiesta; precisamente, a la luz del artículo 38 de la Ley 100 de 1993 se considera que es una persona en situación de discapacidad.

9.4. Resolución del caso concreto.

9.4.1. Como se expuso en el problema jurídico le corresponde a la Sala Sexta de Revisión examinar si el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., vulneró los derechos fundamentales a la vida digna, seguridad social y mínimo vital de la señora Viviana Andrea Pérez Zamudio al negarle el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, aduciendo la falta del requisito de fidelidad al Sistema General de Pensiones -artículo 1° de la Ley 860 de 2003-, a pesar de que éste fue declarado inexecutable por parte de esta Corporación en la sentencia C-428 de 2009 y anteriormente inaplicado al ser considerado contrario a la Constitución.

A juicio del Fondo de Pensiones, el requisito de fidelidad era aplicable al caso de la

peticionaria porque la estructuración de su invalidez (3 de noviembre de 2008) fue previa a la fecha en que se profirió la sentencia de constitucionalidad, y la misma no tiene efectos retroactivos. Por su parte, la actora estima que es titular del derecho a la pensión reclamada porque ha perdido más del 50% de la capacidad laboral.

En casos similares al presente, la jurisprudencia constitucional ha sostenido de manera uniforme y pacífica, que los fondos de pensiones vulneran los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de un afiliado, cuando niega el reconocimiento de la pensión de invalidez al no acreditar el requisito de fidelidad al sistema, independientemente de que la fecha de estructuración sea anterior a la declaratoria de inexequibilidad de dicho requisito[57].

En efecto, esta Corporación ha explicado que cuando retiró del sistema jurídico las normas que consagraban el requerimiento mencionado (numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003), mediante la sentencia C-428 de 2009, lo que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue inconstitucional, por lo que dicha providencia tenía un efecto declarativo y no constitutivo, tal y como fue explicado en la parte considerativa de esta providencia.

Ahora bien, Si en gracia de discusión se aceptara la interpretación según la cual la protección operaba hacia el futuro a partir de la declaratoria de inexequibilidad, “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 incurrían en limitaciones ilegítimas de los derechos[58]”.

En este sentido, alegar que no se puede dar aplicación a la sentencia C-428 de 2009, en los eventos en que el hecho generador del derecho pensional ocurrió antes del 1º julio de 2009, no es jurídicamente válido, debido a que el requisito siempre fue considerado inconstitucional, pues contrariaba ostensiblemente el principio de progresividad que rige todo el Sistema General de Seguridad Social, al establecer reformas que disminuían sustancialmente derechos adquiridos, sin encontrar justificación para ello.

En síntesis, el precedente constitucional en estos casos obliga a que en todo tiempo se

tenga como inadmisibles la exigencia de fidelidad, así como que las administradoras de fondos de pensiones que se encuentran prestando un servicio público, como es el caso de la accionada, no pueden continuar excusándose en que el hecho generador del derecho pensional sea anterior a esos fallos de constitucionalidad, dado que el carácter vinculante de la ratio decidendi de las decisiones de tutela y sobretodo de constitucionalidad se lo impide.

9.4.2. Al revisar el dictamen de pérdida de capacidad laboral y la historia laboral de la señora Pérez Zamudio[59], se tiene que la actora acredita el cumplimiento de los requisitos del artículo 1º de la Ley 860 de 2003[60], que modificó el 39 de la Ley 100 de 1993, como se explicará a continuación:

Con relación a la declaratoria de invalidez, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez certificó que la accionante había perdido un 69.10% de su capacidad para trabajar en atención a que padecía de hipertensión esencial (primaria), enfermedad renal hipertensiva con insuficiencia renal y lupus eritematoso sistémico, que la disminución tenía un origen común y que la fecha de estructuración fue el 3 de noviembre de 2008[61], confirmándose este aspecto de la mencionada norma.

En cuanto al requisito de semanas de cotización, el Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.[62], certificó que la peticionaria aportó lo correspondiente a 83 semanas en los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, cumpliendo igualmente esta previsión.

Sin embargo, la entidad accionada a pesar de que publicó en su página web que la actora tenía derecho a la pensión[63], posteriormente la negó, exigiendo además del requisito de las 50 semanas en los últimos tres años desde la configuración de la invalidez, el requisito de fidelidad al sistema previsto en la ley, consistente en la cotización de al menos el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez[64]. Exigencia esta que esta Corporación ha calificado como inconstitucional, razón por la cual había sido inaplicada en múltiples ocasiones dado que contrariaba ostensiblemente el principio de progresividad que rige el derecho a la seguridad social y fue, posteriormente, declarada inexecutable en la sentencia C-428 de 2009, como se expuso en el fundamento número 8 de

esta providencia.

La Corte constató que la actora reúne los requisitos para acceder a la pensión de invalidez a la luz del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por lo que le corresponde al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir reconocer y pagar la prestación solicitada.

En ese sentido, la Sala estima que el Fondo de Pensiones vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna de la accionante, al exigirle el requisito adicional de fidelidad al sistema que ahora se encuentra excluido del ordenamiento jurídico.

Al examinar las circunstancias específicas del caso, la entidad accionada debió abstenerse de negar la pensión con fundamento en una norma que a todas luces va en contra de los derechos de la peticionaria y que agrava su situación, puesto que dicha medida constituiría la única fuente de ingreso para su subsistencia y el de su núcleo familiar[65], así como para costear los servicios médicos que su enfermedad requiere.

En tal sentido, la Sala concluye, que en el caso concreto la negativa de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, fundada en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que exigía el requisito adicional de fidelidad al sistema, declarado inexecutable por ésta corporación, resulta contraria a sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna. En consecuencia, se revocará la sentencia proferida el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Civil del Circuito de Bogotá de 1º de agosto de 2016, que a su turno confirmó la dictada por el Juzgado Veintidós (22) Civil Municipal de la misma ciudad el 16 de junio del mismo año. En su lugar se concederá el amparo pretendido en forma definitiva, dado el grave estado de discapacidad de la accionante.

Asimismo, la Corte ordenará al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, reconozca la pensión de invalidez de la señora Viviana Andrea Pérez Zamudio y la incluya en nómina de pensionados.

III. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la Sentencia proferida el 1º de agosto de 2016, por el Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Civil del Circuito de Bogotá D.C., que a su vez confirmó la dictada por el Juzgado Veintidós (22) Civil Municipal de la misma ciudad de 16 de junio del mismo año. En su lugar CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social y vida digna de la señora Viviana Andrea Pérez Zamudio.

Segundo: ORDENAR al representante legal del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia reconozca y ordene el pago de la pensión de invalidez a la actora, aplicando el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 de acuerdo con la declaratoria de inexequibilidad prevista en la Sentencia C- 426 de 2009.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

Magistrado (E)

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] 16 de junio de 2016.

[2] 1º de agosto de 2016.

[3] Folio 48, cuaderno de instancia.

[4] Folios 72 y 73, cuaderno de instancia.

[5] Folios 87 a 89, cuaderno de instancia.

[6] Folios 3 a 5, cuaderno de instancia.

[7] Sentencia C-590 de 2005.

[8] Sentencia T-684 de 2003.

[9] Sentencia T-328 de 2010.

[10] Esta regla es reiterada en sentencia T-1028 de 2010.

[11] Sentencia T-158 de 2006.

[12] Sentencia SU-198 de 2013.

[13] sentencia SU-198 de 2013.

[14] La base argumentativa y jurisprudencial de este acápite se encuentra en la sentencia T-618 de 2013 y fue reiterada en la sentencia T-181 de 2015.

[15] Constitución Política. Artículo 48, inciso 1º: “La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.”

[16] Ley 100 de 1993. Artículo 4º, inciso 2º: “Este servicio público es esencial en lo relacionado con el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Con respecto al Sistema General de Pensiones es esencial sólo en aquellas actividades directamente vinculadas con el reconocimiento y pago de las pensiones.”

[17] Sentencia T-201 de 2013. Cfr. Sentencia C-623 de 2004.

[18] El inciso 2° del artículo 48 de la Carta Política dispone que “se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social”. De igual forma el inciso 1° del artículo 3 de la Ley 100 de 1993 establece que “el Estado garantiza a todos los habitantes del territorio nacional, el derecho irrenunciable a la seguridad social.”

[19] Sentencia T-658 de 2008. Cfr. Artículo 9° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Artículo 11, numeral 1, literal e de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer; Artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

[20] Sentencia T-201 de 2013.

[21] Artículo 86, inciso 1°: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”.

[22] Artículo 86, inciso 3°: “Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

[23] Cfr. Sentencias T-052 de 2008, T-705 de 2012 y T-061 de 2013.

[24] Sentencia T-265 de 2012. En este caso el accionante, de 56 años de edad, solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación que había sido negada por el Instituto de Seguros Sociales al considerar que el régimen pensional aplicable era el de la Ley 71 de 1988, en el cual la edad para pensionarse es de 60 años. Al parecer del actor debía aplicarse la Ley 33 de 1985, que establece una edad de jubilación de 55 años. La Corte consideró que si bien el accionante contaba con las acciones ordinarias laborales para obtener el derecho pensional, las mismas resultaban inocuas para la resolución del caso

concreto, puesto que la pretensión del actor era la de pensionarse con la edad de 55 años, y por la prolongada duración de los procesos ordinarios y suponiendo que eventualmente se acceda a su solicitud, el afectado ya habría cumplido 60 años, edad que en los dos regímenes le permitiría pensionarse.

[26] En esta oportunidad la Corte concedió la tutela interpuesta por un ciudadano que solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de vejez negada por el ISS por no cumplir, al parecer de esta entidad, con el tiempo de cotización requerido. La discrepancia radicó en que parte de las cotizaciones fueron realizadas a la Caja de Previsión Social de Boyacá y no al ISS en su totalidad. La Sala consideró que el caso adquiriría relevancia constitucional dado que el actor era una persona de avanzada edad, sin ingresos permanentes que permitieran solventar los gastos ordinarios, le resultaba imposible obtener una nueva vinculación laboral, no era propietario de bienes ni había acumulado riqueza puesto que siempre se desempeñó como vigilante.

[27] Sentencia T-167 de 2011.

[28] Sentencias T-225 de 1993 y SU-544 de 2001.

[29] Sentencia T-145 de 2011.

[30] Sentencia T-456 de 2004.

[31] Ver Sentencia T- 285 de 2007.

[32] Sentencia T-777 de 2009.

[33] Sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999.

[34] Sentencia C-432 de 2004.

[35] Sentencia C-227 de 2004 y C-111 de 2006.

[36] El contenido del referido artículo 11 de la Ley 797 de 2003, disponía lo siguiente:
Artículo 11. 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 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. Parágrafo. Los menores de 20 años de edad sólo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.”

[37] Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995

[38] Texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

[39] Ver, entre otras, las sentencias T-221 de 2006, T-043 y 580 de 2007.

[40] Al respecto ver las sentencias T-287/2008, T-145/2008, T-110/2008, T-104/2008, T-103/2008, T-080/2008, T-078/2008, T-077/2008, T-069/2008, T-018/2008, T-1072/2007, T-699A/2007, T-641/2007, T-580/2007, T-043/2007, T-221/2006, y T-1291/2005.

[41] Sentencia C-428 de 2009.

[42] Ibíd.

[43] Sentencia C-973 de 2004.

[44] Sentencia T-048 de 2010.

[45] Sentencia C-973 de 2004.

[46] Corte Constitucional, sentencia T-826 de 2014.

[47] Cfr. C-131 de 1993; C-252 de 2001; C-310 de 2002; C-335 de 2008, entre muchas otras.

[48] “Ver al respecto, por ejemplo, las sentencias T-123 de 1995, T-260 de 1995 y T-175 de 1997.”

[49] Tanto la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia como el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, reconocen también esta fuerza vinculante. Dicho inciso 1° expresa claramente que son vinculantes los fallos de exequibilidad, tanto para las autoridades como para los particulares.

[50] “En el tema de los efectos extendidos de las sentencias de tutela, deben citarse, entre otras, las siguientes providencias: SU-1023 de 2001 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-203 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas) y T-726 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), entre otras. En la sentencia T-203 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), se sostuvo que en virtud del artículo 241 de la Carta, la Corte Constitucional ejerce cuatro tipos de control constitucional: a) El control abstracto de normas contenidas en actos legislativos, leyes, decretos con fuerza de ley, decretos legislativos, proyectos de ley y tratados (artículo 21 numerales 1,4,5,7,8 y 10 C.P). b) El control por vía de revisión de las sentencias de tutela y que comprende el control constitucional de providencias judiciales; c) “el control por vía excepcional en el curso de un proceso concreto mediante la aplicación preferente de la Constitución (artículo 4, CP)” y d) el control de los mecanismos de participación ciudadana en sus diversas manifestaciones (artículo 241, No 2 y 3, CP)[50]. Señaló la sentencia que se cita, que “los efectos son erga omnes y pro futuro cuando controla normas en abstracto; son inter partes cuando decide sobre una tutela; son inter partes cuando aplica de manera preferente la Constitución en el curso de un proceso concreto; y son erga omnes cuando controla el ejercicio de los mecanismos de participación ciudadana. Sin embargo, no siempre el efecto de las providencias de la Corte han de ser los anteriormente señalados”. (Las subrayas fuera del original). De hecho en el Auto 071 de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda) se dijo que cuando la Corte aplica la excepción de inconstitucionalidad y fija los efectos de sus providencias estos pueden extenderse respecto de todos los casos semejantes, es decir inter pares. Finalmente debe considerarse la sentencia SU-1023 de 2001, que estableció que en circunstancias muy especiales, con el fin de no discriminar entre tutelantes y no tutelantes que han visto violados sus derechos fundamentales, los efectos de la acción de tutela pueden extenderse inter comunis es decir, extenderse a una comunidad determinada por unas características específicas. En las sentencias SU-388 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) y T-493 de 2005 (M.P. Manuel José Cepeda) igualmente, se estableció que los efectos de la sentencia de unificación serían inter comunis para madres cabeza de familia desvinculadas de Telecom.”

[51] Ver, además, sentencia T-1625 de 2000.

[53] C-539 de 2011 y C-816 de 2011.

[54] Folios 5 a 8, cuaderno de instancia.

[55] Folios 15 a 21, cuaderno de instancia.

[56] Folio 46, cuaderno de instancia.

[57] Corte Constitucional. T-001 de 2014 y T-826 de 2014.

[58] Corte Constitucional. T-597/2012.

[59] Folios 15 a 21 y 24, cuaderno de instancia.

[60] “Artículo 1º. 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. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.

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. El texto subrayado fue declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-428 de 2009.

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.

NOTA: Parágrafo 1º declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-020 de 2015.

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”.

[61] Folios 15 a 21, cuaderno de instancia.

[62] Folio 24, cuaderno de instancia.

[63] A folio 28 del cuaderno de instancia, obra copia de la consulta realizada por la actora en la página web de la entidad de 22 de marzo de 2016, según la cual: “El pasado 12/02/2016 se radicó en la Oficina CALLE 106 la solicitud por invalidez con número de expediente PI 129258.// La validación de tus documentos finalizó, ahora el proceso se encuentra en definición jurídica. // ¡Tenemos muy buenas noticias! La solicitud presentada ha sido aprobada. // La solicitud se encuentra actualmente en liquidación, para determinar el monto del derecho. Una vez culmine el proceso estaremos informado”.

[64] Folios 30 y 31, cuaderno de instancia.

[65] A folios 33 y 34, obran los registros civiles de nacimiento de las menores Natalia Andrea Peláez Pérez e Ivon Mariana Pachón Pérez, según dan cuenta que son hijas de la accionante y que nacieron el 22 de julio de 2002 y 2 de marzo de 2008, respectivamente.