

Sentencia T-752/10

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

ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

PENSION DE INVALIDEZ-Tránsito normativo de requisitos para su reconocimiento

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD LABORAL Y PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA PENSION DE INVALIDEZ

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD

En reiteradas oportunidades, la Corte ha precisado que el requisito para acceder a la pensión de invalidez contemplado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, según el cual la fidelidad de cotización para con el sistema debe ser de al menos el 20% entre el momento en que la persona cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, es una medida regresiva en materia de derechos sociales, toda vez que con esta norma se imponen requisitos más exigentes para el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que originariamente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 no contemplaba esta obligación, pues tan sólo se requería la calificación de inválido según las normas pertinentes y un tiempo de cotización de 26 semanas anteriores al tiempo de producirse el estado de invalidez. Así mismo, la Corte también ha estudiado varios casos en donde la entidad administradora de pensiones ha negado el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando el petitionario no cumple los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003

PENSION DE INVALIDEZ-Régimen legal aplicable en los casos de afiliados afectados por modificaciones normativas

PENSION DE INVALIDEZ y PRINCIPIO PRO HOMINE

Si en gracia de discusión se aceptara que resultan constitucionalmente posibles tanto la interpretación que restringe la eficacia de la protección desde el momento en que se profirió la decisión y hacia el futuro, como la que predica su eficacia incluso para las situaciones que

se configuraron antes de proferirse la decisión de la Corte, la vigencia del principio pro homine en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados, de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos. Con base en los anteriores argumentos esta Sala revocará el fallo del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla del 29 de enero de 2010 y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla del 7 de abril de 2010, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Alfonso Mujica Jaimes y en su lugar, reconocerá el amparo definitivo a sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social, y se le reconocerá el derecho a la pensión de invalidez. En atención a todo lo expuesto esta Sala de Revisión pudo determinar, que en cada uno de los casos objeto de estudio, se cumplieron los requisitos para obtener la pensión de invalidez, esto es, acreditar los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral y semanas cotizadas (50) en los últimos tres años para la solicitud de pensión de invalidez.

Referencia: expedientes T-2.679.353 y T-2. 679.479.

Acción de tutela presentada por los señores Oriola Villegas Gaviria, y Alfonso Mujica Jaimes, en forma separada, contra el Instituto de Seguro Social - ISS.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside - Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión de los fallos de tutela adoptado por el Juzgado Sexto Penal del

Circuito y Tribunal Superior de Manizales Sala Penal, del 5 de marzo de 2010 y 21 de abril de 2010 respectivamente, y por el Juzgado Octavo Penal del Circuito y Tribunal Superior de Barranquilla, del 29 de enero de 2010 y 7 de abril de 2010 respectivamente, proferidos en los asuntos de la referencia, dentro de las acciones de tutela promovidas separadamente por la señora Oriola Villegas Gaviria, y Alfonso Mujica Jaimes.

De manera preliminar debe anotarse que la Sala de Selección de Tutelas Numero Seis, a través de auto del 11 de junio de 2010, decidió acumular los citados procesos, a fin que fueran resueltos en una sola sentencia. Lo anterior, en razón a la analogía de los problemas jurídicos en ellos contenidos, circunstancia que a la luz del principio de economía procesal, justifica la mencionada acumulación.

1. ANTECEDENTES

1. Expediente T-2.679.353

La señora Oriola Villegas Gaviria a través de apoderado, presentó solicitud de tutela contra el Instituto de Seguro Social ISS, invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, el derecho a la vida, a la subsistencia, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no reconocerle su pensión de invalidez.

1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. La señora Oriola Villegas Gaviria, nació el 13 de abril de 1951, y a la fecha cuenta con 59 años y 5 meses de edad y es beneficiaria del régimen subsidiado de salud.

1. Dice el apoderado que la señora Oriola Villegas, es una paciente que sufre de una patología de osteoporosis degenerativa de columna, caderas y rodilla, y además, de la pérdida severa y progresiva de la visión en ambos ojos.

1. Sostiene que la accionante presentó solicitud de valoración a Medicina Laboral del ISS, Seccional Caldas, la cual emitió su concepto el 10 de agosto de 2009, estableciendo una pérdida de capacidad laboral del 70.08%, enfermedad de origen común, con fecha de estructuración del 7 de septiembre de 2008.

1. Con base en la valoración reseñada, la accionante solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez el día 23 de septiembre de 2009, la cual fue negada mediante Resolución No. 8595 del 4 de diciembre de 2009, bajo el siguiente argumento:

“Que revisado nuevamente el reporte de semanas expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nómina de Pensiones del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, se pudo establecer que la asegurada ha cotizado al ISS un total de 275 semanas válidas para la pensión de invalidez, esto con anterioridad a la fecha de estructuración, de las cuales 149 semanas fueron cotizadas en los últimos tres años, por lo cual se observa que cumple con el primer requisito para acceder a dicha prestación. (...) Que una vez realizado el análisis de fidelidad al sistema, para el caso concreto de la solicitante se encuentra que requiere de una fidelidad mínima de 389 semanas contando únicamente con 275 semanas que equivalen a 14.13%. (...) Por lo anteriormente expuesto la señora Oriola Villegas Gaviria no cumple con el requisito de fidelidad exigido por Ley 860 de 2003.”

1. Asegura el apoderado que las condiciones de vida de la accionante son precarias dado que por su condición de invalidez, no le permite realizar trabajo alguno, y no recibe ingresos para proveerse los medios de su subsistencia.

1. Manifiesta, que convive con su esposo en una habitación de vivienda familiar que le provee un sobrino como acto de caridad; y agrega que él es una persona mucho mayor que

ella con la agravante de que se encuentra desempleado.

1. Fundamentos y pretensiones.

La accionante solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, el derecho a la vida, a la subsistencia, al mínimo vital, a la dignidad humana y a la igualdad, y se le ordene al ISS y que proceda al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de manera definitiva desde la fecha en que se estructuró su incapacidad.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, admitió la tutela y solicitó al ISS pronunciarse sobre los hechos expuestos por la señora Oriola Villegas Gaviria.

La entidad accionada respondió mediante escrito del 4 de marzo de 2010, manifestando que no considera vulnerados los derechos de la accionante, dado que la petición de pensión de invalidez se analizó y decidió conforme a la normativa legal vigente a la fecha de la solicitud y puesto que de acuerdo a la fecha de la estructuración de la incapacidad, es decir, 7 de septiembre de 2008, la norma aplicable era la Ley 860 de 2003, la cual exigía una fidelidad al sistema de 389 semanas contando únicamente 275 semanas que equivalen al 14.13%, por lo tanto su pretensión se despachó desfavorablemente.

Por lo anterior, solicita no tutelar los derechos pretendidos por la accionante ante el ISS.

1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por Medicina Laboral del ISS, Seccional Caldas.

1. Copia de la Resolución No. 8595 del 4 de diciembre de 2009.

1. Copia de la valoración realizada por Medicina Laboral del ISS, Seccional Caldas, del 10 de agosto de 2009.

1. Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Oriola Villegas Gaviria.

1. Copia del carné de Coosalud EPS-S de la accionante.

1.6 Decisiones judiciales.

1.6.1 Primera Instancia.

El Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, mediante fallo del 5 de marzo de 2010, resuelve negar la petición de amparo por improcedente, argumentando que no hizo uso de los recursos de ley como son el de reposición y apelación a que se refiere la Resolución 8595 del 4 de diciembre de 2009 en su numeral tercero, expedida por el ISS y por lo tanto, sostiene que la tutela no puede constituirse como una instancia con el fin de subsanar su falta de diligencia en el trámite del proceso.

1.6.2 Impugnación.

La accionante a través de su apoderado, invoca el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991, que expresa que no es necesario interponer previamente los recursos administrativos de ley para presentar la tutela, requisito éste que sí es indispensable para acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

1. Segunda Instancia.

La Sala Penal del Tribunal Superior de Manizales, mediante fallo del 21 de abril de 2010, dispuso confirmar la primera instancia por considerar que “ la acción incoada no puede prosperar, toda vez que se trata de un asunto en el que no se emplearon los medios jurídicos procedentes para que la actora pudiera satisfacer sus pretensiones, además de que no se acreditó un perjuicio irremediable.”

1. Expediente T-2.679.479

El señor Alfonso Mujica Jaimes, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, invocando la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, al principio de progresividad, a la favorabilidad y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada al no reconocerle y pagarle su pensión de invalidez.

1. Hechos y razones de la acción de tutela.

1. El señor Alfonso Mujica Jaimes, nació el 4 de febrero de 1946, y a la fecha cuenta con 64 años de edad.

1. Debido a que el señor Mujica venía padeciendo de serios problemas de salud, el ISS le realizó un examen médico legal el día 28 de agosto de 2007, el cual arrojó un diagnóstico de “ENFERMEDAD CEREBRO VASCULAR HEMORRÁGICO EN CEREBRO” e “HIDROCEFALIA”, determinando una pérdida de capacidad laboral del 67.50%, con una fecha de estructuración del 4 de julio de 2007.

1. Con base en lo anterior, el 28 de enero de 2008 el accionante solicitó al Departamento de Atención al Pensionado del ISS seccional del Atlántico, se le reconociera y pagara su pensión de invalidez de conformidad a lo dispuesto en los Arts. 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

1. Que el día 22 de agosto de 2008 mediante Resolución No. 17126, el ISS negó la pensión de invalidez al señor Mujica Jaimes previo el siguiente análisis: "... se establece que el Asegurado (a) cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 296 semanas, de las cuales 84 semanas corresponden a los últimos TRES (3) años anteriores a la fecha de la estructuración, siendo evidente que cumple a cabalidad con el primer requisito mencionado en párrafos precedentes." "Que en cuanto a la fidelidad con el sistema, se estableció que el Asegurado debía acreditar un porcentaje igual o superior al veinte (20%) entre el momento que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, es decir, en el caso en estudio, el asegurado tiene que acreditar una fidelidad de 444 semanas de cotización, siendo evidente que no cumple con dicho requisito." Y concluye, "Conceder la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez en única de \$3.391.950, la liquidación se basó sobre 296 semanas, con un ingreso base de liquidación de \$547.339."

1. Una vez notificado, el accionante interpone los recursos de reposición y apelación solicitando se revoque la citada resolución y en consecuencia se le otorgue la pensión de invalidez por cumplir con los requisitos legales exigidos.

1. Que el día 9 de junio de 2009 mediante Resolución No. 11612 el ISS, resolvió el recurso de reposición y confirmó la anterior decisión por cuanto "... no cumplía con uno de los requisitos exigidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y en su lugar se concedió una indemnización sustitutiva de dicha prestación en cuantía única de \$3.391.950, la liquidación se basó sobre 296 semanas, con un ingreso base

de liquidación de \$547.339, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993.”

1. Que el 17 de septiembre de 2009, la entidad accionada resuelve el recurso de apelación confirmando la decisión inicial, estableciendo: “... ALFONSO MUJICA JAIMES, cumple con el requisito de las 50 semanas aportadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, al haber aportado 84 semanas en dicho lapso.” Y concluye “... no cumple con los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003”

El accionante solicita la protección de sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, al principio de progresividad y favorabilidad y a la seguridad social, los cuales considera vulnerados por el Instituto de Seguro Social; y que se le ordene a la accionada que proceda al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de manera definitiva, desde la fecha en que se estructuró la invalidez.

1. Actuación procesal.

El Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, Atlántico, admitió la tutela vinculando al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales - ISS, y a la Asesora I de la Vicepresidencia de Pensiones del ISS, requiriéndoles que se pronunciaran sobre los hechos expuestos por el actor.

Las dependencias citadas del ISS no aportaron respuesta alguna.

1. Pruebas documentales.

En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1. Copia de la evaluación realizada por el ISS al señor Mujica Jaimes.

1. Copia del dictamen Médico Laboral expedido por el Instituto de Seguro Social, quien califica la pérdida de la capacidad laboral del accionante, y el origen de la misma.

1. Copia de la cédula de ciudadanía del señor Alfonso Mujica Jaimes.

1. Copia de la Resolución No. 17126 del 22 de agosto de 2008, expedida por el ISS.

1. Copia de la Resolución No. 11612 del 9 de junio de 2009, expedida por el ISS.

1. Copia de la Resolución No. 2384 del 17 de septiembre de 2009, expedida por el ISS.

1. Decisiones judiciales.

1. Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla, Atlántico.

Mediante fallo de primera instancia del 29 de enero de 2010, se declaran improcedentes las pretensiones del señor Alfonso Jaime Mujica.

Dentro del análisis de los hechos precisó que, en el caso concreto, se observaba que el accionante pretendía acceder por vía de tutela al reconocimiento de la pensión de invalidez, y que el Juez de tutela no era el competente para resolver las peticiones impetradas, pues el interesado goza de otro mecanismo judicial al cual acudir.

Esta decisión es impugnada por el actor mediante escrito presentado el 12 de febrero del 2010, argumentando que la Corte Constitucional ha regulado la excepcionalidad de la acción de tutela en casos similares y ha ordenado la inaplicación del criterio de fidelidad, por cuanto es regresivo en los casos de pensión de invalidez.

1. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla.

Mediante fallo del 7 de abril de 2010, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, decide la impugnación presentada por el accionante y confirma la sentencia de primera instancia, sosteniendo que sólo en casos excepcionales procede la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez, es decir, cuando éste cuenta con todos los elementos de juicio para llegar a la certeza acerca de la viabilidad del reconocimiento de la prestación económica. En el caso concreto, el accionante tiene otros mecanismos de defensa de sus derechos para obtener el reconocimiento pensional que pretende.

1. COMPETENCIA.

Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar los fallos de tutela.

1. EL PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los hechos expuestos referentes a los casos acumulados en el presente trámite, se encuentra que en ellos se debate sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez originada en enfermedad común estructurada al momento de encontrarse vigente una norma que imponía requisitos más exigentes para poder acceder a este derecho, y, posteriormente, declarada inexecutable por esta Corporación.

Por tanto esta Sala deberá reiterar lo dicho por la Corte Constitucional acerca de la procedibilidad de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez y analizar si el agotamiento de la vía gubernativa es requisito de procedibilidad para acudir a ella; igualmente establecer si con la negativa del reconocimiento de la pensión de invalidez a los accionantes, se les están vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, por no acreditar el requisito de fidelidad contemplado en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, vigente para la fecha de estructuración de la incapacidad.

Para resolver los asuntos planteados, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: primero, procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez; segundo, requisito de procedibilidad de la acción de tutela; tercero, el tránsito normativo sobre la materia; cuarto, los conflictos que estas modificaciones en la ley generan frente a la eficacia de los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales; quinto, el régimen legal aplicable en materia de pensión de invalidez, en los casos de afiliados afectados por modificaciones normativas contrarias al principio de progresividad; y sexto, con base en lo anterior, se resolverán los casos concretos.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

De conformidad con lo dispuesto en la Carta Política, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial, diseñado para la protección de los derechos fundamentales, como vía judicial residual y subsidiaria¹, que sólo procede cuando otros medios jurídicos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar el amparo a los derechos vulnerados o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable², mientras se toma una decisión definitiva del asunto por vía judicial ordinaria.

Dado su carácter subsidiario, como lo señala el artículo 86, inciso 3º de la Constitución Política, y desarrollado en el artículo 6 numeral 1º del Decreto 2591 de 1991, no se excluye

la posibilidad de que a través de la tutela se puedan dictar órdenes cuando las circunstancias especiales del caso así lo requieran, aún cuando se cuente con otros medios o recursos de defensa judicial.

En Sentencia T-1309 del 12 de diciembre de 20053 la Corte ha tratado su naturaleza subsidiaria al señalar:

“la acción de tutela como mecanismo de protección y garantía de los derechos fundamentales no es, en principio, procedente para definir controversias respecto de la titularidad de los mismos, ya que el desconocimiento o vulneración de un derecho presupone su existencia. Excepcionalmente, dichas controversias pueden dar lugar al amparo tutelar, usualmente como mecanismo transitorio de protección para evitar la configuración de un perjuicio irremediable o incluso como mecanismo definitivo en aquellos casos en los que sea posible establecer que la conducta o la omisión del accionado, y de la que resulta la controversia que debería dirimirse en la vía ordinaria, es en sí misma violatoria de los derechos fundamentales del tutelante. Pero de ordinario, en tales eventos, es claro que la protección de los derechos fundamentales pasa por la vía de los procedimientos ordinarios que se han previsto para el efecto, y en los cuales, con el respeto de las garantías propias del debido proceso, habrá de establecerse la titularidad de los derechos, determinarse si ha habido violación o desconocimiento de los mismos, y si es del caso, adoptar las medidas de protección a las que haya lugar”

Ahora bien, tratándose los temas de la seguridad social, esta Corporación ha señalado en Sentencia T-1025 del 10 de octubre de 20054 lo siguiente:

“Ahora bien, esta Corporación también ha establecido que, por regla general, las controversias relacionadas con la interpretación, aplicación y ejecución de normas legales y reglamentarias relacionadas con la seguridad social, no corresponden, en principio, al ámbito propio de determinación de los jueces de tutela, sino que deben ser resueltas a través de los mecanismos judiciales ordinarios que brinda el ordenamiento legal. Así, en algunos casos será necesario acudir a la justicia ordinaria laboral para que ella zanje con su decisión el

conflicto planteado; en otros, en razón de la calidad de las partes o de la naturaleza de la pretensión, serán los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa los encargados de decidir en el caso concreto, salvo que, en aplicación de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la ocurrencia de un perjuicio irremediable haga necesaria la protección transitoria por vía de tutela de los derechos fundamentales del afectado”.

Es así como la Corte ha reiterado que el mecanismo de amparo constitucional no procede para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social y específicamente en los casos pensionales, trátase de pensiones de vejez, de invalidez, de sobrevivientes o de una sustitución pensional, atendiendo fundamentalmente a su carácter residual y subsidiario. Igualmente ha sostenido, que estos litigios de naturaleza legal y prestacional, que corresponden a la justicia laboral ordinaria o contenciosa administrativa, según el caso, escapan al ámbito del juez constitucional.

Ahora bien, en casos específicos, la Corte ha sostenido que, excepcionalmente, se puede reconocer esta clase de derechos por vía de tutela, no sólo cuando se ejercen como mecanismo transitorio, evento en el cual es necesario demostrar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, sino también, cuando el medio de defensa judicial previsto en el ordenamiento jurídico, apreciado en concreto, resulte ineficaz para el amparo del derecho fundamental invocado y, las circunstancias específicas del caso, hagan necesaria la protección inmediata en el caso concreto.⁵

Para determinar lo anterior, la Corte ha señalado una serie de factores o criterios que permitan al juez de tutela, determinar si los medios de defensa ordinarios resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales involucrados, así como para evaluar la gravedad, la inminencia y la irreparabilidad del daño de estos derechos que se podrían causar en caso de no ser protegidos por la vía del amparo constitucional.

Refiriéndose a esos criterios, la Corte en Sentencia T-055 del 2 de febrero de 2006,⁶ señaló:

“(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital,

(iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y

En este orden de ideas, esta Corporación en Sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007,⁷ ha reiterado⁸ que es posible el amparo constitucional en forma excepcional cuando se presenten las siguientes condiciones: (i) que la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez, jubilación o vejez se origine en actos que en razón a su contradicción con preceptos superiores puedan, prima facie, desvirtuar la presunción de legalidad que recae sobre las actuaciones de la administración pública; (ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; y (iii) que la acción de tutela resulte necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

En el primer caso, la Corte sostiene que cuando la conducta desplegada por las entidades de la administración pública responsables del reconocimiento de derechos pensionales, se muestra desde el principio como contraria a los postulados de índole legal o constitucional, al punto de configurarse una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo constitucional resulta procedente, aun cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, dado que el amparo al derecho se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, segundo, en la protección de los derechos al debido proceso, a la igualdad, y al principio de dignidad humana de los afectados.⁹

En el segundo caso, ha reiterado esta Corporación que para que el amparo al derecho pensional esté llamado a prosperar, es necesario demostrar que la falta de reconocimiento, pago o reajuste de esta prestación se encuentre en conexidad con otros derechos fundamentales, tales como la vida, la integridad física y el mínimo vital. Es decir, cuando esta

omisión pone en riesgo o amenaza gravemente la vida e integridad de una persona en condiciones dignas, o de un sujeto de especial protección. Esto, dado que se debe tener en cuenta que una persona que se encuentra incapacitada para laborar, no tiene una fuente de ingreso para el pago de la pensión, lo que resulta desproporcionado negarla, ya que le ocasiona un perjuicio para su vida personal y familiar.¹⁰

Por último, para que proceda la acción de tutela ante la presencia de un perjuicio irremediable, debe comprobar la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o vulnerados o que de existir, carecen de idoneidad. La Corte ha dicho que para ello debe acreditarse: (i) que sea inminente, es decir, que exige de un grado de certeza de los hechos y las causas del daño; (ii) que sea grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea altamente significativo para ella; (iii) que las medidas de protección sean urgentes para superar el daño, las cuales deben ser proporcionales frente a la inminencia del perjuicio; y (iv) que estas medidas deben ser impostergables, y respondan a condiciones de oportunidad y eficacia, a fin de evitar la consumación del daño irreparable.¹¹

Para la evaluación de los requisitos anteriores, la Corte prevé que en el caso concreto no corresponde a un simple análisis, sino que debe tener en cuenta las circunstancias particulares del interesado, que se muestren relevantes para la determinación de la existencia del perjuicio.

Igualmente, esta Corporación ha señalado que se debe tener en cuenta si el afectado pertenece a alguna de las categorías sujetas a la especial protección del Estado. Lo anterior, por cuanto este grupo de personas tienen una incidencia directa en la evaluación del perjuicio, dado que las condiciones de competencia se ven significativamente disminuidas en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen las limitaciones física o mental, que conllevan a un tratamiento preferencial respecto a la protección de los derechos fundamentales, a fin de garantizar la igualdad material a favor de éstos.

Ha dicho la Corte,

“tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos

que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto".¹²

1. Requisito de procedibilidad de la acción de tutela.

La Corte Constitucional ha reiterado que la procedencia de la acción de tutela se encuentra condicionada a la previa utilización de los medios de defensa previstos en el ordenamiento jurídico¹³. Es claro que esta acción constitucional, como mecanismo residual y subsidiario, no puede reemplazar las figuras procesales destinadas a obtener la satisfacción de sus derechos, ni puede subsanar la negligencia de las partes en hacer uso de ellas dentro de los términos previstos en la ley.

Al respecto, la Corte se pronunció:

"La acción de tutela tiene un carácter subsidiario y no fue instaurada para remediar los errores en que incurren los ciudadanos en lo relacionado con la defensa de sus derechos. Si se llegara a admitir la posición contraria, pasaría la tutela a sustituir todos los demás medios judiciales y la jurisdicción constitucional entraría a asumir responsabilidades que no le corresponden, todo ello en detrimento de los demás órganos judiciales.

(...)

si existiendo el medio judicial, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que su acción caduque, no podrá más tarde apelar a la acción de tutela para exigir el reconocimiento o respeto de un derecho suyo. En este caso, tampoco la acción de tutela podría hacerse valer como mecanismo transitorio, pues esta modalidad procesal se subordina a un medio judicial ordinario que sirva de cauce para resolver de manera definitiva el agravio o lesión constitucional".¹⁴

En ese sentido, la acción de tutela no debe entenderse como una instancia judicial para suplir los conflictos de orden legal, máxime cuando para estas controversias, el legislador ha dispuesto las herramientas, procedimientos y recursos legales para que sean tramitados ante las instancias competentes.

Ahora bien, entendiendo que la tutela se caracteriza por su subsidiariedad, tal y como lo señala el artículo 86, inciso tercero de la Constitución Política, que se reproduce en el artículo 6 numeral 1° del Decreto 2591 de 1991, no se excluye la posibilidad de que a través de ella se puedan dictar órdenes cuando las circunstancias del caso así lo requieran, aún cuando se cuente con otros medios o recursos de defensa judicial.

En ese orden de ideas, la acción de tutela procederá de manera excepcional en los siguientes eventos:

i) Cuando los medios ordinarios de defensa judicial no sean lo suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados o amenazados.

ii) Cuando a pesar de que tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se produciría un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales.

iii) Cuando el accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas) y por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela¹⁵.

Atendiendo este principio de subsidiariedad, se podría concluir que la acción de tutela de manera excepcional será procedente si el juez constitucional al analizar el caso concreto advierte que con el no pago de la pensión de invalidez se afecta el mínimo vital del accionante.

En este sentido, se pronunció la Corte en sentencia T-335 del 14 de mayo de 2009¹⁶, cuando señala que la doctrina¹⁷, afirma "... que la acción de tutela por su naturaleza jurídica es una acción autónoma, independiente y singular que posee vida propia. En consecuencia, la interposición de los recursos de reposición y/o apelación contra el acto administrativo que

supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela.”

En efecto, el requisito de agotar los recursos de ley que se objeta en el primero de los casos que se estudian, se encuentra aclarado por el artículo 9° del Decreto 2591 de 1991, cuando dispone que “... No será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela...”.

De esta manera, si la parte afectada no ejerce las acciones o utiliza los recursos establecidos en el ordenamiento jurídico para salvaguardar los derechos amenazados o vulnerados, este mecanismo de amparo no tiene la virtualidad de revivir los términos vencidos ni se convierte en un recurso adicional o supletorio de las instancias previstas en cada jurisdicción.

1. Tránsito normativo de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez en el régimen general de seguridad social

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 señala que se considera inválida “la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”

Igualmente, el artículo 39 de la citada norma establecía los requisitos para obtener su reconocimiento y pago para los afiliados que fueran declarados inválidos, y que se encontraran en alguno de los siguientes eventos: que estuvieren cotizando al régimen y tuvieran aportes equivalentes a por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; o hubieren dejado de cotizar al sistema, pero acreditaran aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Estos requisitos fueron modificados por el artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003. La nueva norma establecía como requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, que el afiliado hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral generada por

enfermedad común, y haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea de al menos el 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.

Esta disposición fue declarada inexecutable por esta Corporación en sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003¹⁸, por vicios de procedimiento en su formación, dado que vulneraba el principio de consecutividad del trámite legislativo.

Ahora bien, los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez fueron nuevamente formulados por el artículo 1º de la Ley 860 de 26 de diciembre de 2003, modificando así el artículo 39 de la Ley 100 de 1993:

“Artículo 1 º. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:

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

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

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

Esta disposición exige requisitos similares a los contemplados en la Ley 797 de 2003. Sin embargo, se observa que disminuye el porcentaje de fidelidad al sistema del 25% en la anterior norma al 20% en la nueva disposición en el tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de

invalidez; así mismo, extiende el requisito de fidelidad al reconocimiento de la pensión de invalidez originada por accidente de trabajo; y por último, estipula que en caso que el afiliado acredite al menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, para obtener la pensión de invalidez sólo requerirá haber cotizado 25 semanas en los últimos tres años.

No obstante lo anterior, la Corte, en Sentencia C-428 del 1 de julio de 2009¹⁹ resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra este artículo por presunta violación al artículo 53 de la Carta Política, al mostrarse regresiva frente a la protección otorgada por la legislación anterior.

Dentro del análisis de la citada norma dijo:

“Ahora bien, la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso para el cotizante. En la norma -numerales 1º y 2º-, se estipuló la demostración de su fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas 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 establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie, como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez. (negrilla y subrayado nuestro)

(...)

“En efecto, como se expuso anteriormente, implica la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.”

Las anteriores consideraciones, llevaron a esta Corporación a concluir la inexecutablez del requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1º como en el

2º, por cuanto se logró demostrar su regresividad y no se encontró la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma.

De las normas anteriores, se demuestran algunas particularidades del régimen legal de pensión de invalidez, que en criterio de la Sala se muestran especialmente relevantes para la resolución de los problemas jurídicos que se analizan.

Ahora bien, contrario a como sucede en otras modalidades de pensión, para el caso de la pensión de invalidez, no existe un régimen de transición a favor de las personas que han cotizado durante la vigencia de las sucesivas modificaciones legales a los requisitos exigibles para el reconocimiento de la prestación. Siendo necesario para esta Corporación pronunciarse sobre los efectos del principio de favorabilidad en materia laboral respecto al régimen legal aplicable a los afiliados que han venido aportando al sistema y resultan afectados por la modificación legislativa, y lo relativo a la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los afiliados a los que se niega el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con base en la aplicación de disposiciones que se muestran contrarias al principio constitucional de progresividad.

En apartes siguientes serán analizadas estas controversias, para luego concluir con la decisión pertinente, de acuerdo con las particularidades de cada caso.

1. Aplicación del principio de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

Con la expedición de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, las normas en materia laboral han sufrido modificaciones de distinta modalidades, especialmente de regulación en materia de cotizaciones para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Este tránsito normativo lo resume la Corte en sentencia T- 043 del 1 de febrero de 200720, a saber: desde 1994 hasta el 28 de enero de 2003, estuvieron vigentes las reglas de la redacción “original” del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Luego, la Ley 797/03 modificó los requisitos, regulación que tuvo vigencia hasta el 11 de noviembre de 2003, fecha en la que

esta Corporación declaró inexecutable el artículo 11 de la mencionada Ley por vicios de procedimiento en su formación. Así, en consideración a lo planteado por la Corte en el sentido que la declaratoria de inexecutable de una norma derogatoria conlleva la reincorporación al ordenamiento de la norma derogada²¹, el modelo legal del artículo 39 de la Ley 100/93 pervivió desde el 12 de noviembre de 2003 hasta el 29 de diciembre del mismo año, fecha en la que entró en vigencia la Ley 860 de 2003, cuyo artículo 1º modificó el artículo 39 citado. Y por último, desde esta fecha hasta el 1 de julio de 2009, en la cual la Corte, mediante sentencia C-428 de 2009 modificó los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, al declarar inexecutable la palabra fidelidad, se exigía el citado requisito.

Para efecto de aplicación de la ley, el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales, por ser de orden público, producen efecto general e inmediato, por lo que no tiene efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. Desde esta perspectiva, al carecerse para el caso de la pensión de invalidez de un régimen de transición, se concluye que, de manera general y salvo las excepciones que se analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente.

Ahora bien, ¿qué sucede en los casos en que la norma vigente al momento de estructuración de la invalidez era el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, del cual fue expulsada del ordenamiento jurídico la palabra fidelidad contemplada en los numerales 1 y 2 del citado artículo por cuanto fue declarada inexecutable en sentencia C-428 del 1 de julio de 2009²²?

En estos casos, se hace referencia al artículo 45 de la Ley 270 de 1996 - Estatutaria de Administración de Justicia -, la cual señala que las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control tienen efectos hacia futuro, a menos que la Corte resuelva lo contrario. Pero en este evento, observamos que la sentencia C-428 de 2009 no estableció ningún efecto particular en cuanto a la vigencia de la decisión, esto genera controversia, por cuanto otorgar validez a la aplicación del precepto declarado inconstitucional contraería el desconocimiento de los efectos de la cosa juzgada constitucional prevista en el artículo 243 Superior.²³

Sin embargo, la Carta Política plantea en su artículo 53 la aplicación del principio de favorabilidad para resolver los conflictos normativos en materia laboral.

Este principio encuentra consagración legal en el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual prevé que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador. Igualmente dispone, que la que se adopte deber ser aplicada en su integridad.

Respecto al principio de favorabilidad, la Corte en la sentencia SU-1185 de 200124, realizó un estudio detallado del su contenido y alcance en materia laboral. En esa oportunidad, la Sala Plena sostuvo lo siguiente:

“En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. En la Sentencia antes citada, se manifestó sobre el tema lo siguiente:

“Pero además, la regla general -prohijada por esta Corte-, que rechaza como improcedente la tutela cuando se trata de controvertir interpretaciones judiciales acogidas por el juez en detrimento de otras igualmente válidas, admite, por expreso mandato constitucional, la excepción que surge del artículo 53 de la Constitución.

En la indicada norma el Constituyente consagró derechos mínimos de los trabajadores, es decir, derechos inalienables, que no pueden disminuirse, renunciarse, ni es factible transigir sobre ellos; que se imponen inclusive al legislador y desde luego a los jueces y a los funcionarios administrativos.

Entre tales derechos se encuentra el que surge de la aplicación del principio de favorabilidad, que la Constitución entiende como “...situación más favorable al trabajador en caso de duda

en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”.

Dentro de este marco, la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido los requisitos para que en un caso concreto pueda argumentarse la existencia de una duda sobre la legislación aplicable, la cual permita la aplicación del principio en comento.

En efecto, la sentencia T-1268 del 6 de diciembre de 2005²⁵, al estudiar un caso similar a los planteados en la referencia, estimó cómo la favorabilidad laboral resulta aplicable,

“no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes. De conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, los elementos del principio de favorabilidad laboral son (i) la noción de “duda” ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones, y (ii) la noción de “interpretaciones concurrentes”.”.|| En estos aspectos, la Corte ha considerado que la “duda” debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.”

En la sentencia T-974 del 23 de septiembre de 2005²⁶ la Corte analizó el caso de un trabajador que el día 30 de septiembre de 2003 sufrió un accidente cerebro vascular, que le ocasionó un estado de discapacidad del 73.8%; no obstante, la entidad administradora de pensiones negó la prestación debido a que no se cumplían los requisitos contemplados en el artículo 11 de la Ley 797/03, a pesar de la declaratoria de inexequibilidad ocurrida luego de la estructuración de la invalidez. En esta ocasión esta Corporación dio aplicación preferente a las normas favorables para acceder a la pensión de invalidez, entendida como consecuencia necesaria del principio constitucional de favorabilidad laboral.

Para concluir, para los casos sometidos a estudio, se analizará particularmente el principio de progresividad de los derechos sociales.

Los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política, consagran la seguridad social como un derecho constitucional, igualmente dispone que es un servicio público, irrenunciable, el cual debe ser prestado de manera obligatoria, cimentado en los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad, participación, y progresividad, cuyo alcance se materializa en la ley.²⁷

El artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ha desarrollado este principio: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas tanto por separado, como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos.”

A partir de la doctrina y la jurisprudencia internacional, la Corte Constitucional a través de su jurisprudencia ha desarrollado el principio de progresividad de los derechos sociales. Así, esta Corporación en sentencia T-221 del 23 de marzo de 2006²⁸, al referirse a la progresividad de la seguridad social señaló que “(...) implica, de una parte, el deber del Estado de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población y, de otra, la prohibición general, en principio, de establecer medidas regresivas, es decir, medidas que desconozcan reconocimientos que se hayan logrado a favor de los asociados.”

En la citada sentencia, la Corte realizó un análisis de la regresividad de la Ley 860 de 2003 y concluyó que:

“El artículo 39 del Régimen de Seguridad Social, subrogado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, consagra los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, señalando que éstos son: (i) Pérdida de la capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%), (ii) 50 semanas de cotización durante los tres años anteriores a la estructuración de la invalidez y (iii) densidad de cotización equivalente al veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que la persona cumplió 20 años y el tiempo en que se dio la primera calificación de invalidez.

Todos estos requisitos podrían ser considerados como un retroceso en el régimen de seguridad social en pensiones, en la medida en que en el sistema de pensiones bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, solo se requería para acceder a la pensión de invalidez la calificación de inválido según las normas pertinentes y un tiempo de cotización de 26 semanas anteriores al tiempo de producirse el estado de invalidez.

Así, con la Ley que rige actualmente, no solamente se aumentaron las semanas de cotización requeridas sino que se estableció un nuevo requisito consistente en la fidelidad al sistema, esto es una cotización con una densidad de 20% del tiempo transcurrido entre los extremos que la Ley señala.”

Con base en lo anterior, la Corte concluyó la existencia de argumentos suficientes para acreditar, prima facie, que lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 no respondía a los criterios que la jurisprudencia constitucional prevé para la legitimidad excepcional de las medidas regresivas de derechos sociales. En ese sentido, resultaba procedente analizar si en la controversia concreta, esta medida regresiva ocasionaba la afectación de los derechos fundamentales invocados por el afiliado.

Posteriormente, en sentencia T-043 del 1 de febrero de 200729, señaló que:

“los derechos sociales deben ser desarrollados por el legislador, el cual goza de un amplio margen de libertad para definir su alcance y condiciones de acceso. Sin embargo, esta libertad de configuración dista de ser plena, ya que encuentran límites precisos en tanto (i) no puede desconocer derechos adquiridos y (ii) las medidas que adopte deben estar plenamente justificadas conforme al principio de progresividad.

“Lo anterior implica que cuando el legislador decide adoptar una medida que implica un retroceso en relación a la protección alcanzada por la legislación anterior, debe presumirse la inconstitucionalidad de la medida regresiva, por cuanto el principio de progresividad ordena que prima facie estén prohibidas este tipo de medidas. Pero, como lo ha reiterado la Corte en su jurisprudencia, la constatación de la regresividad de la medida no conduce automáticamente a su inconstitucionalidad. Si bien este tipo de medidas pueden ser constitucionalmente problemáticas por desconocer el principio de progresividad, esto sólo opera como una presunción, prima facie, de su inconstitucionalidad. En consecuencia, para desvirtuar esta presunción es necesario que la medida sea justificada y además adecuada y

proporcionada para alcanzar un propósito constitucional de particular importancia. A continuación se presenta una síntesis de la evolución de esta doctrina constitucional”.

En reiteradas oportunidades,³⁰ la Corte ha precisado que el requisito para acceder a la pensión de invalidez contemplado en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, según el cual la fidelidad de cotización para con el sistema debe ser de al menos el 20% entre el momento en que la persona cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, es una medida regresiva en materia de derechos sociales, toda vez que con esta norma se imponen requisitos más exigentes para el reconocimiento de la pensión de invalidez, ya que originariamente el artículo 39 de la Ley 100 de 1993³¹ no contemplaba esta obligación, pues tan sólo se requería la calificación de inválido según las normas pertinentes y un tiempo de cotización de 26 semanas anteriores al tiempo de producirse el estado de invalidez.

Así mismo, la Corte también ha estudiado varios casos en donde la entidad administradora de pensiones ha negado el reconocimiento de la pensión de invalidez cuando el peticionario no cumple los requisitos consagrados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.³²

En sentencia T-628 del 15 de agosto de 2007³³ ha dicho la Corte:

“se ha manifestado que frente a los cambios normativos que puedan presentarse respecto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición, el cual no resulta indispensable cuando la nueva normatividad implica cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social. Sin embargo, cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta

más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez”.

La Ley 100 de 1993, estableció que para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez debían presentarse cualquiera de las siguientes condiciones, en primer lugar, cuando el peticionario al momento de la invalidez se encontraba afiliado al sistema para lo cual se requería que hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; y en segundo lugar, se presentaba cuando el peticionario estaba desafiliado, para ello debía acreditar que hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

La modificación a estas condiciones fue dada por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, que además de aumentar el número de semanas cotizadas (50 semanas en los últimos tres años), eliminó el evento en donde el peticionario se encontraba desafiliado³⁴, por lo tanto, quién pretende acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez no sólo debe encontrarse afiliado sino que también debe acreditar una fidelidad de afiliación al sistema del 20% contabilizado a partir de que el peticionario cumple 20 años hasta el momento de la estructuración de la invalidez.

En efecto, estas modificaciones llevaron a la Corte a establecer que la nueva normatividad hace más exigentes sus requisitos de reconocimiento a la pensión de invalidez, en forma tal que se restringe su acceso, convirtiéndola en una medida de carácter regresivo.

En sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007³⁵, esta Corporación señaló:

“El precedente jurisprudencial expuesto demuestra, entonces, la regresividad injustificada de las medidas adoptadas por el legislador en cuanto a los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. La comprobación de esta circunstancia, como también se demostró, hace parte del ámbito del control abstracto de constitucionalidad, sin que corresponda al juez de tutela, de manera general, determinar la concordancia entre disposiciones legislativas de esta naturaleza y la Carta Política. En ese sentido, la resolución de los problemas jurídicos planteados en el presente fallo dependerá no sólo de las dificultades que en términos de progresividad de los derechos sociales contraen las normas antes analizadas, sino también del perjuicio concreto a los derechos fundamentales de los

accionantes. Por ende, se hace necesario identificar las reglas que ha utilizado la jurisprudencia constitucional para resolver casos concretos en los que la regresividad de las normas sobre pensión de invalidez ha impedido el acceso a las prestaciones correspondientes.”

1. El régimen legal aplicable en materia de pensión de invalidez, en los casos de afiliados afectados por modificaciones normativas contrarias al principio de progresividad.

Como se estudió en apartes anteriores sobre la evolución normativa, y el análisis de la línea jurisprudencial de esta Corporación, y ante la verificación de la regresividad introducida por el cambio legislativo, es necesario establecer cuáles son las normas aplicables para acceder a la pensión de invalidez en los casos en que los afiliados se ven afectados por estos cambios.

En varias oportunidades, la Corte ha estudiado casos en los cuales ha concluido que debido a la regresividad de la Ley 860 de 2003, ésta se torna carente de justificación y por ende le ha sido aplicado la excepción de inconstitucional para el caso concreto. Así, en la sentencia T-1291 del 7 de diciembre de 2005³⁶ esta Corporación estudió el caso de una madre cabeza de familia que sufrió un accidente el 28 de enero de 2004, que le ocasionó una pérdida laboral 69.05% la cual le impedía desempeñar sus labores. En este caso, la subsistencia de la peticionaria dependía del reconocimiento de la pensión de invalidez, para lo cual le fue negada dado que la actora no cumplía con el requisito de semanas que debían cotizarse para acceder a dicha pensión, según lo dispuesto por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

En esta oportunidad, la Corte expresó los argumentos siguientes:

“Por tratarse de un caso de invalidez por “riesgo común” acaecido el 28 de enero de 2004, la AFP aplicó a la discapacidad y minusvalía de Adriana María Jaramillo Ríos el numeral 1 del artículo transcrito. Con base en éste concluyó que ella no cumple con el número de semanas cotizadas en los últimos tres años y negó la prestación.

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de

Seguridad Social³⁷. En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 “original” (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora Jaramillo Ríos sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija, Luisa Fernanda Gutiérrez Jaramillo.

Es de anotar que en vigencia del artículo 39 “original” (o derogado), a la peticionaria se le aplica el numeral 1 de dicha norma, es decir, se le exigirían veintiséis (26) semanas de cotización (sin límite de tiempo) al momento de producirse su estado de invalidez³⁸. Ahora, conforme al párrafo de la misma norma, el cálculo de las semanas cotizadas por la actora incluye “el número de semanas cotizadas en cualesquiera de los dos regímenes del sistema general de pensiones.”³⁹ Pues bien, para el efecto esta Corporación allegó la totalidad de aportes efectuados al sistema por Adriana María Jaramillo Ríos. Como resultado obtuvo que ella cotizara al Seguro Social un total de 162 semanas. Como conclusión de lo anterior, se puede deducir sin duda, que bajo estas condiciones la actora tiene derecho a la prestación económica derivada de su discapacidad.

No obstante lo anterior, con la entrada en vigencia de las nuevas condiciones legales, treinta días antes del acaecimiento de la invalidez, a la peticionaria se le hace imposible acceder a la prestación ya que no cumple con uno de los requisitos señalados en la norma. Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, dicho escenario deja ver que para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones - sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma - para que se acceda al derecho.”

En otra situación posterior, esta Corporación, en la sentencia T-221 del 23 de marzo de 2006⁴⁰, referida en apartes anteriores, conoció el caso de una mujer de 73 años de edad, quien contrajo cáncer pulmonar que redujo su capacidad laboral en un 58,6%. Una vez solicitada su pensión de invalidez, la entidad prestadora del servicio consideró que la

peticionaria no cumplía con el segundo requisito previsto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, esto es, una fidelidad de afiliación del 20% desde el momento en que la cotizante cumplió 20 años y la fecha en que se produjo la primera calificación del estado de invalidez.

En esta ocasión, la Corte, reiteró las reglas sobre el principio de progresividad del derecho a la seguridad social, al igual que las relativas al vínculo intrínseco entre la pensión de invalidez y la protección del mínimo vital del discapacitado.

En ella sostuvo:

“podrían ser considerados como un retroceso en el régimen de seguridad social en pensiones, en la medida en que en el sistema de pensiones bajo la vigencia de la Ley 100 de 1993, solo se requería para acceder a la pensión de invalidez la calificación de inválido según las normas pertinentes y un tiempo de cotización de 26 semanas anteriores al tiempo de producirse el estado de invalidez. || Así, con la Ley que rige actualmente, no solamente se aumentaron las semanas de cotización requeridas sino que se estableció un nuevo requisito consistente en la fidelidad al sistema, esto es una cotización con una densidad de 20% del tiempo transcurrido entre los extremos que la Ley señala. || De otra parte, se tiene que la norma que se considera no afecta a la población en general sino que va en desmedro de las expectativas de sectores minoritarios cuales son las personas discapacitadas que merecen una especial atención por parte del Estado. Además de tales destinatarios que se desprenden del supuesto fáctico que comprende la norma, para el caso concreto que nos ocupa, sus efectos se dirigen de forma directa a una persona de 73 años, perteneciente a la tercera edad y agobiada por un cáncer pulmonar, circunstancias fácticas que deben incidir en la valoración que haga el juez de tutela del caso concreto.”

Los análisis de las sentencias anteriores, permiten identificar las reglas jurisprudenciales que se pueden aplicar a la protección constitucional de los derechos fundamentales interferidos por la negativa al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en razón del tránsito normativo que ha operado en la materia.

En ese sentido, la Corte en sentencia T-043 del 1 de febrero de 200741 señaló:

“Estas reglas, a juicio de la Sala, gravitan sobre dos instancias definidas. La compatibilidad

entre las normas legales aplicables y el principio de progresividad de los derechos sociales y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez.

En cuanto al primer aspecto, se advierte que la protección a través del amparo constitucional en el asunto bajo examen está sujeta a que las normas legales que hayan sustentado la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez resulten, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos sociales. Sobre este particular, en apartados anteriores de esta decisión se han expuesto a profundidad los argumentos que ha tenido en cuenta la Corte para concluir, en distintas decisiones, que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento; (ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

En segundo término, para que el amparo constitucional proceda en los casos analizados deberán comprobarse circunstancias de índole fáctica, las cuales tendrán que concurrir ineludiblemente en cada evento concreto, como presupuesto para que el juez de tutela proteja los derechos fundamentales invocados. Así, en primer lugar, en cada caso deberá estarse ante los supuestos que la jurisprudencia constitucional ha previsto para la inminencia de un perjuicio irremediable, habida cuenta que la discusión sobre derechos laborales en un asunto que, de manera general, es de competencia de la jurisdicción ordinaria. Como segunda medida, debe acreditarse que la falta de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez tiene efectos incontrovertibles en términos de vulneración del derecho fundamental al mínimo vital del afiliado. En ese sentido, deberá comprobarse la conexión necesaria entre el pago de la prestación económica y la consecución de las condiciones materiales que garanticen la subsistencia del interesado. De esta manera, en caso que se demuestre que el afiliado cuenta con otras fuentes de ingreso, distintas a la pensión solicitada, el amparo

resultará improcedente ante la falta de inminencia de un perjuicio irremediable.

Finalmente, deberá comprobarse por parte del juez constitucional que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto. Para este efecto, servirán de criterios indicadores de esta afectación, entre otros (i) la cercanía en el tiempo entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación; y (ii) el cumplimiento en el caso concreto de las condiciones que exigía la Ley 100/93, en su versión "original", para que el asegurado tuviera acceso a la pensión de invalidez una vez acaecido el hecho que configura la discapacidad inhabilitante para el empleo."

Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, se analizarán los casos concretos para solucionar el problema jurídico planteado.

1. De los casos concretos.

En los presentes casos, los asuntos objeto de revisión se refieren a la negativa para conceder la pensión de invalidez bajo el único argumento de no cumplir el requisito de fidelidad al sistema general de pensiones, por lo tanto, es preciso señalar que tal exigencia fijada en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, es una medida contraria al principio de progresividad de los derechos sociales, luego de ser sometida a estudio de constitucionalidad y se declarara inexecutable, como quedó expuesto en el acápite de las consideraciones.

De acuerdo con lo anterior, el requisito de fidelidad no puede ser exigido a los afiliados que soliciten dichas prestaciones, pues sólo deben acreditar los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral⁴² y que hubieren cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la incapacidad, para la solicitud de la pensión de invalidez.

Ahora bien, como podría objetarse para el caso de las solicitudes de pensión de invalidez que la estructuración de la misma fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición, es necesario precisar que la sentencia de constitucionalidad corrigió una situación que antaño era contraria al derecho fundamental a la seguridad social en

pensiones, limitándose por consiguiente a reafirmar el carácter irregular de una disposición contraria a la Constitución, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte “tendría un carácter declarativo y no constitutivo⁴³.”

Finalmente, se verificará lo respectivo en cada uno de los expedientes:

1. Expediente T-2.679.353

La señora Oriola Villegas Gaviria a través de apoderado, presentó tutela contra el Instituto de Seguro Social ISS, con el fin de que se reconociera su pensión de invalidez, la cual fue negada en dos instancias judiciales, con el argumento de no haber presentado los recursos de ley y el no probar el perjuicio irremediable.

La accionante cuenta actualmente con 51 años y 5 meses de edad, quien sufre de osteoporosis degenerativa de columna, caderas y rodilla, y que además, padece de la pérdida severa y progresiva de la visión, en ambos ojos, generándole una incapacidad del 70.08% de pérdida de capacidad laboral, estructurada a partir del 7 de septiembre de 2008, de origen común. Sus condiciones de vida son precarias, debido a que por su enfermedad, no puede realizar trabajo alguno, por lo que no recibe ingreso para proveerse los medios de su subsistencia, no sólo para ella sino para su esposo quien es mucho mayor de edad y se encuentra desempleado.

Esta situación coloca a la demandante en un estado de indefensión y vulnerabilidad evidente, frente al cual los medios ordinarios de defensa no son lo suficientemente expeditos y oportunos para atender la afectación del mínimo vital.

La accionante aportó al ISS en salud y pensiones, y de acuerdo al estudio de las pruebas aportadas, se demostró que cotizó un total de 275 semanas válidas para la pensión de invalidez, esto con anterioridad a la fecha de estructuración, de las cuales 149 semanas fueron cotizadas en los últimos tres años, es decir, que cumplió con el requisito de las 50 semanas cotizadas en ese tiempo.

Pese a lo anterior, el ISS le negó la pensión mediante comunicación del 19 de diciembre de 2008, con el argumento de no acreditaba el requisito de fidelidad de aportes al Sistema

General de Pensiones, por cuanto no cumplía con el 20% que establecía la norma equivalente a 389 semanas de cotización, ya que tan solo alcanzó a cotizar 275 semanas.

Como ya se analizó en el aparte de consideraciones de la presente providencia, el requisito de fidelidad contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y modificada por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, fue declarado por la Corte Constitucional inexecutable en la Sentencia C-428 del 1 de julio de 2009⁴⁴, invocando el principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Carta Política.

Para concluir, se observa que en el presente caso están acreditadas las condiciones específicas a las que se halla sometida a la accionante, su enfermedad y su condición física e invalidez, las cuales bien pudieron haberse tenido en cuenta por la administradora de pensiones, en el marco de su calidad de prestador de un servicio público, relacionado con un derecho social fundamental irrenunciable, como es la seguridad social a través del acceso a la pensión de invalidez.

De otra parte, una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente de tutela, destaca la Sala que frente a la aludida resolución la actora omitió interponer recursos con que contaba para atacar el acto administrativo, argumento que fue el motivo principal para que los jueces de instancia negaran la pretensión de la actora, desconociendo que la acción de tutela es autónoma e independiente, por lo que la interposición de los recursos de ley contra el acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela.

Mas si lo anterior es reprochable, también lo es el hecho de que los jueces de tutela, investidos de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales, tampoco hayan considerado tales circunstancias ni valorado el precedente constitucional existente sobre la materia sometida a su juicio.

Teniendo en cuenta todo lo anteriormente expuesto, se concederá de manera definitiva la presente acción de tutela y, por tanto, la Sala revocará el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales y por el Tribunal Superior de Manizales, de fechas 5 de marzo de 2010 y 21 de abril del mismo año respectivamente, disponiendo que el Instituto de Seguro Social - ISS, proceda dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar a la señora Oriola

Villegas Gaviria, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento.

1. Expediente T-2.679.479

El señor Alfonso Mujica Jaimes, presentó acción de tutela contra el Instituto de Seguro Social - ISS, al considerar que dicha entidad vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso, al mínimo vital, al principio de progresividad y favorabilidad y a la seguridad social, al negar el reconocimiento de la pensión de invalidez a la que dice tiene derecho, bajo el argumento de no cumplir con el requisito de la fidelidad consagrado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

El accionante cuenta actualmente con 64 años y seis meses de edad, y debido a que venía padeciendo de serios problemas de salud, el ISS le realizó un examen medico legal el día 28 de agosto de 2007, el cual arrojó un diagnóstico de "ENFERMEDAD CEREBRO VASCULAR HEMORRÁGICO EN CEREBRO" e "HIDROCEFALIA", determinando una pérdida de capacidad laboral del 67.50%, con una fecha de estructuración del 4 de julio de 2007.

Así las cosas el día 28 de enero de 2008, el accionante solicitó al Departamento de Atención al Pensionado del ISS seccional del Atlántico, se le reconociera y pagara su pensión de invalidez de conformidad a lo dispuesto en el Art. 38 y 39 de la Ley 100 de 1993.

Que el día 22 de agosto de 2008 mediante Resolución No. 17126, el ISS le negó la pensión de invalidez previo el siguiente análisis: "... se establece que el Asegurado (a) cotizó a este Instituto en forma interrumpida un total de 296 semanas, de las cuales 84 semanas corresponden a los últimos TRES (3) años anteriores a la fecha de la estructuración, siendo evidente que cumple a cabalidad con el primer requisito mencionado en párrafos precedentes." "Que en cuanto a la fidelidad con el sistema, se estableció que el Asegurado debía acreditar un porcentaje igual o superior al veinte (20%) entre el momento que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez, es decir, en el caso en estudio, el asegurado tiene que acreditar una fidelidad de 444 semanas de cotización, siendo evidente que no cumple con dicho requisito." Y concluye, "Conceder la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez en única de \$3.391.950, la liquidación se

basó sobre 296 semanas, con un ingreso base de liquidación de \$547.339.”

Una vez notificado, el accionante interpone los recursos de reposición y apelación solicitando se revoque la citada resolución y en consecuencia se le otorgue la pensión de invalidez por cumplir con los requisitos legales exigidos.

Que el día 9 de junio de 2009 mediante Resolución No. 11612 el ISS, resolvió el recurso de reposición y confirmó la anterior decisión por cuanto “... no cumplía con uno de los requisitos exigidos por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 y en su lugar se concedió una indemnización sustitutiva de dicha prestación en cuantía única de \$3.391.950, la liquidación se basó sobre 296 semanas, con un ingreso base de liquidación de \$547.339, con fundamento en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993.”

Que el 17 de septiembre de 2009, la entidad accionada resuelve el recurso de apelación confirmando la decisión inicial, estableciendo “... ALFONSO MUJICA JAIMES, cumple con el requisito de las 50 semanas aportadas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, al haber aportado 84 semanas en dicho lapso.” Y concluye “... no cumple con los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003”

El accionante solicita se le ordene a la accionada que proceda al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de manera definitiva, desde la fecha en que se estructuró la invalidez.

Debido a su enfermedad, no puede trabajar por cuanto la enfermedad que padece no se lo permite, sumado a que es una persona carente de recursos para su subsistencia y las circunstancias particulares del interesado, ya que pertenece a la categoría de personas sujetas a la especial protección del Estado por ser de la tercera edad.

Conforme a lo expuesto y una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente, destaca la Sala que el señor Mujica Jaimes cotizó al ISS un total de 296 semanas de las cuales 84 semanas corresponden a los últimos 3 años anteriores a la fecha de la estructuración, siendo evidente que cumplió a cabalidad con el requisito de las 50 semanas cotizadas, más no cuenta con las 444 semanas de cotización correspondiente al 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha del dictamen que determina la pérdida de capacidad laboral.

En el presente caso, la negativa para conceder la pensión de invalidez se basó en un único argumento, cual fue el no cumplimiento del requisito de fidelidad al sistema general de pensiones.

Con base en lo anterior, y tras recordar que el señor Mujica Jaimes, cumple con los requisitos actualmente vigentes para obtener pensión de invalidez, esta Sala de Revisión ordenará le sea reconocido su derecho a obtener la pensión de invalidez.

Podría objetarse que la estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la disposición, la que se encontraba vigente al momento de presentar los elementos fácticos que sustentan la petición de la garantía.

Esta posición resulta fácilmente refutable tal como en el caso anterior, en el entendido que la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones, y tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada por contravenir en casos concretos la norma fundamental, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.

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

Con base en los anteriores argumentos esta Sala revocará el fallo del Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla del 29 de enero de 2010 y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla del 7 de abril de 2010, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Alfonso Mujica Jaimes y en su lugar, reconocerá el amparo definitivo a sus derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social, y se le reconocerá el derecho a la pensión de invalidez.

En atención a todo lo expuesto esta Sala de Revisión pudo determinar, que en cada uno de los casos objeto de estudio, se cumplieron los requisitos para obtener la pensión de invalidez, esto es, acreditar los porcentajes de pérdida de la capacidad laboral y semanas cotizadas (50) en los últimos tres años para la solicitud de pensión de invalidez.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Manizales, del 5 de marzo de 2010 y por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales del 21 de abril del mismo año, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Oriola Villegas Gaviria y en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger sus derechos a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

SEGUNDO: DECLARAR que la señora Oriola Villegas Gaviria tiene derecho a la pensión de invalidez y, en consecuencia, ORDENAR al Instituto de Seguro Social - ISS, para que en el lapso de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar la pensión de invalidez respectiva, desde cuando la peticionaria solicitó su reconocimiento, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

TERCERO: REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Penal del Circuito de Barranquilla del 29 de enero de 2010 y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla del 7 de abril del mismo año, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por el señor Alfonso Mujica Jaimes y en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado para proteger los derechos fundamentales a la vida, al mínimo vital y a la seguridad social.

CUARTO: DECLARAR que el señor Alfonso Mujica Jaimes tiene derecho a la pensión de invalidez y, en consecuencia, ORDENAR a la Instituto de Seguro Social - ISS, que en el lapso de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia

proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar la pensión de invalidez respectiva, desde cuando la peticionaria solicitó su reconocimiento, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días.

QUINTO: LÍBRENSE las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencias T-827 de 2003; T-648 de 2005; T-1089 de 2005; T-691 de 2005 y T-015 de 2006.

2 Sentencias C-1225 de 2004, SU-1070 de 2003, SU-544 de 2001, T-1670 de 2000 y T-698 de 2004.

3 MP. Rodrigo Escobar Gil

4 MP. Rodrigo Escobar Gil

- 5 Sentencia T-877 del 26 de octubre de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández.
- 6 MP. Alfredo Beltrán Sierra.
- 7 MP: Jaime Córdoba Triviño.
- 8 Sentencias T-454-04; T-425-04; T-050-04; T-660-99 entre otras.
- 9 Sentencia T-529 del 6 de agosto de 2009 MP. Humberto Sierra Porto.
- 10 Sentencia T-634 del 26 de junio de 2008 MP. Mauricio González.
- 11 Sentencias T-225 de 1993, SU-544 de 2001, T-1316 de 2001, entre otras.
- 12 Ibídem
- 13 Sentencias T-469 de 2000, SU-061 de 2001, T-108 de 2003.
- 14 Sentencia SU-111 de 1997 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz
- 15 Sentencia T-335 del 14 de mayo de 2009 MP. Juan Carlos Henao.
- 16 M.P. Juan Carlos Henao
- 17 CORREA HENAO, Néstor Raúl. Derecho Procesal de la acción de tutela, Editorial Fundación Cultural Javeriana de Artes Gráficas, Bogotá, 2001, pág 47.
- 18 MP. Alfredo Beltrán Sierra.
- 19 MP. Mauricio González Cuervo.
- 20 MP. Jaime Córdoba Triviño.
- 21 Sobre este tópico pueden consultarse las sentencias C-501/01, C-427/02 y C-357/03.
- 22 MP. Mauricio González Cuervo.
- 23 Sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño.

24 MP. Alfredo Beltrán Sierra

25 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

26 MP. Jaime Araujo Rentería.

27 Sentencia C-655 del 5 de agosto de 2003 MP. Rodrigo Escobar Gil.

28 MP. Rodrigo Escobar Gil.

30 Sentencias T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-018 de 2008, T- 287 de 2008 de 2008, entre otras.

31 Ley 100 de 1993. Artículo 39. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan alguno de los siguientes requisitos:

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.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los párrafos del artículo 33 de la presente Ley”.

32 Sentencias T-1064 de 2006, T-1065 de 2006 y T-628 de 2007.

33 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

34 El artículo 1 de la ley 860 del 2003 dispuso: Artículo 1°. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones (...) (Subraya fuera del texto)

35 MP. Jaime Córdoba Triviño.

36 MP. Clara Inés Vargas Hernández.

37 En sentencia de tutela T-974 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentería) se da aplicación al artículo 39 derogado en aplicación del principio de favorabilidad ante la declaratoria de inexequibilidad del artículo 11 de la Ley 797 de 2003.

38 Teniendo en cuenta que se encontraba cotizando al régimen desde el 05 de diciembre de 2003.

39 Ley 100 de 1993, artículo 33, párrafo 1.

40 MP. Rodrigo Escobar Gil.

41 MP. Jaime Córdoba Triviño.

42 Incapacidad superior al 50% exigido por el artículo 38 de la ley 100 de 1993.

43 Sentencia T-609 de 2 de septiembre de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra.

44 MP. Mauricio González Cuervo.