

Sentencia T-924/12

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Reiteración de jurisprudencia sobre procedencia excepcional

Por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para los casos en los cuales se pretende el reconocimiento y pago de una pensión ya que existe la jurisdicción ordinaria laboral como mecanismo idóneo para logra tal fin. Además, su procedencia contraría el artículo 86 de la Constitución Política en el cual se consagra el principio de subsidiariedad. Sin embargo, existen dos excepciones para la procedencia de la acción de tutela en estos casos y permite su procedencia, siempre y cuando, se demuestre la presencia de un perjuicio irremediable o que el mecanismo judicial ordinario no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.

REQUISITO DE FIDELIDAD PARA PENSION DE INVALIDEZ-Desarrollo jurisprudencial sobre la inaplicación del requisito establecido en la ley 860/03

El requisito de fidelidad al sistema, consagrado en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, siempre ha sido considerado contrario a la Constitución Política en razón al incumplimiento del principio de progresividad y a la prohibición de regresividad frente al alcance de protección alcanzada en los derechos sociales. De ahí que, la C-428 de 2009 confirmó la línea jurisprudencial que se había desarrollado en sede de tutela, la cual inaplicaba el requisito de fidelidad a través de la excepción de inconstitucionalidad, y declaró inexecutable el requisito mencionado.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Orden al ISS reconocer y pagar la pensión de invalidez al peticionario

Acción de tutela instaurada por José Uriel Salazar Valencia contra el Instituto de Seguros Sociales.

Magistrado Ponente:

ALEXEI JULIO ESTRADA

Bogotá D.C., nueve (9) de noviembre de dos mil doce (2012).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Luís Ernesto Vargas Silva y Alexei Julio Estrada, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C en fallo de única instancia del trámite de la acción de tutela instaurada por el señor José Uriel Salazar Valencia contra el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

El ciudadano José Uriel Salazar Valencia interpuso acción de tutela para solicitar el amparo de su derecho fundamental a la seguridad social que considera vulnerado por el Instituto de Seguros Sociales.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- El señor José Uriel Salazar Valencia, actualmente cuenta con 55 años de edad. El 22 de agosto de 2008, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez determinó que el accionante perdió el 53.56% de su capacidad laboral en razón a una enfermedad de origen común. Así mismo estableció que el 24 de julio de 2007 se estructuró la fecha de invalidez. (Folios 32 al 35, cuaderno principal)

2.- En razón a su incapacidad, el tutelante solicitó ante el ISS el reconocimiento de su pensión de invalidez. Sin embargo, dicha institución, mediante resolución No. 054648 del 18 de noviembre de 2008, negó la pensión de invalidez y, en su lugar, reconoció la indemnización sustitutiva argumentando que, a pesar de que el señor Salazar contaba con 93 semanas cotizadas en los últimos tres años anteriores a la estructuración de la invalidez, este no

cumplía con el requisito de fidelidad de cotización al sistema. (Folios 13 al 15, cuaderno principal)

3.- El actor decidió rechazar la indemnización sustitutiva y en su lugar, el 13 de marzo de 2009, interpuso recurso de reposición y subsidiariamente de apelación contra la resolución que negó la pensión de invalidez (Folios 16 al 18, cuaderno principal). Como estos no fueron resueltos, el 10 diciembre 2009 elevó un derecho de petición en el cual solicitó que se diera solución al asunto. (Folios 24 al 25, cuaderno principal)

4.- Mediante resolución No. 033583 del 22 de septiembre de 2011, el ISS resolvió el recurso de reposición y negó la pensión de invalidez en razón a que no acreditó el requisito de fidelidad. (Folios 22 al 23, cuaderno principal). De igual forma, en la resolución No. 06377 del 20 de diciembre de 2011 resolvió el recurso de apelación y confirmó las decisiones en discusión ya que, la fecha de estructuración de invalidez del señor Salazar se constituyó para julio del 2007 y, mediante memorando GNAP No. 10887 del 23 de noviembre de 2009, se estipuló que “las solicitudes de pensión de invalidez que tenga la fecha de estructuración con posterioridad al 1 de julio de 2009, no les será exigible el requisito de fidelidad contenido en la Ley 860 de 2003” en virtud al fallo de la Corte Constitucional C-428/09 en el cual se declaró inexecutable dicho requisito. (Folios 27 al 29, cuaderno principal)

Solicitud de Tutela

En virtud a los hechos narrados, el peticionario solicita que se “ordene a la entidad accionada que de manera INMEDIATA desarchive mi expediente y que por ende se me RECONOZCA Y PAGUE la PENSIÓN DE INVALIDEZ a la cual tengo derecho”¹, pues considera que la negación de la pensión genera una vulneración al derecho fundamental de la seguridad social, mínimo vital y vida.

Decisión judicial objeto de revisión

Sentencia de única instancia.

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C, mediante sentencia del veintitrés (23) de abril de 2012, declaró improcedente la acción de tutela. Afirmó que no debía resolver de fondo, ya que dentro de expediente no existía prueba que acreditara la presencia de un

perjuicio irremediable.

Aunado a lo anterior, manifestó que el amparo constitucional no procede en aquellos casos donde existen otros mecanismos judiciales de defensa y, mucho menos, para lograr el reconocimiento o reliquidación de prestaciones sociales en materia pensional.

El actor impugnó la sentencia mencionada. Sin embargo, este recurso no fue tramitado debido a que se presentó por fuera del término. (Folios 48 a 49, cuaderno principal)

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y seguridad social del señor José Uriel Salazar Valencia al haberle negado el reconocimiento de la pensión de invalidez con fundamento en el no cumplimiento del requisito de fidelidad, establecido en el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, por considerar que ésta era la disposición aplicable en virtud de la fecha de estructuración de invalidez del actor -24 de julio 2007-.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre (i) la procedencia de la presente acción de tutela frente al reconocimiento de la pensión invalidez; (ii) el desarrollo jurisprudencial acerca de la inaplicación del requisito de fidelidad al sistema establecido en la ley 860/03; y finalmente, se procederá a (iii) resolver el caso concreto.

Procedencia de la presente acción de tutela para la protección del derecho al reconocimiento de la pensión invalidez. Reiteración jurisprudencial

4.- Por regla general, la acción de tutela resulta improcedente para los casos en los cuales se

pretende el reconocimiento y pago de una pensión ya que existe la jurisdicción ordinaria laboral como mecanismo idóneo para logra tal fin. Además, su procedencia contraría el artículo 86 de la Constitución Política en el cual se consagra el principio de subsidiariedad. Sin embargo, existen dos excepciones para la procedencia de la acción de tutela en estos casos y permite su procedencia, siempre y cuando, se demuestre la presencia de un perjuicio irremediable o que el mecanismo judicial ordinario no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto.

En este sentido, esta Corporación manifestó que “la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de prestaciones derivadas del derecho a la seguridad social”. Sin embargo, “la acción de tutela procederá como mecanismo principal en el evento en que el medio judicial previsto para ese tipo de controversias no resulte idóneo y eficaz en el caso concreto”². También, “procederá como mecanismo transitorio, a pesar de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo y eficaz, cuando es necesaria para evitar un perjuicio irremediable”.³

Ahora bien, la Corte ha sido enfática en establecer que cuando las personas ostentan una invalidez laboral, sus derechos fundamentales deben ser protegidos de manera urgente ya que no pueden acudir ante una oferta laboral u otros medios económicos que le permitan salvaguardar los derechos al mínimo vital, la vida en condiciones dignas, la salud, la seguridad social, entre otros. De ahí que los recursos judiciales ordinarios resulten ineficaces para la protección de los derechos ya que, dichos procesos implican costos que no pueden ser sufragados por el accionante y su duración hace que se prolongue la afectación de los derechos del actor. En consecuencia, resulta desproporcionado exigir que se acuda ante dichos mecanismos para obtener la pensión de invalidez siempre y cuando el tutelante no cuenta con algún ingreso económico que le permita garantizar su vida en condiciones dignas y la protección de los demás derechos que se puedan ver afectados.

Como ejemplo de lo analizado la Corte, en sentencia T-376 de 2011, conoció de una acción de tutela en la cual el peticionario solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social pues el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de su pensión de invalidez al considerar que no cumplía con los todos los requisitos establecidos en la norma. Allí, la Sala de Revisión consideró que “la jurisprudencia constitucional ha manifestado que el proceso ordinario laboral, debido a su duración y a los costos económicos

que implica, no resulta idóneo y eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales de las personas que, como el actor, han sido calificadas como inválidas y a quienes les ha sido negada su pensión de invalidez, ya que sus condiciones y la ausencia de la prestación referida implican, de entrada, una afectación a la salud y al mínimo vital del peticionario". Finalmente, después de verificar que el accionante cumplió con los requisitos para obtener la pensión de invalidez, concedió el amparo del derecho fundamental a la seguridad social y ordenó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de invalidez del actor.

Desarrollo jurisprudencial sobre inaplicación del requisito de fidelidad al sistema de la ley 860/03 en la pensión de invalidez.

5.- El sistema general de pensiones tiene por objeto garantizar a las personas un amparo en contra de las contingencias derivadas de la vejez, invalidez y muerte a través del reconocimiento de pensiones y prestaciones económicas.

Por su parte, la pensión derivada de una invalidez se presta a las personas "que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".⁴ Sin embargo, no basta con que la persona se encuentre en estado de invalidez para poder ser acreedora de la pensión pues la norma expresa que, adicionalmente se debe cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Este artículo, a su vez, ha sido materia de modificaciones en varias oportunidades. Inicialmente indicaba que "[t]endrán 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.

Mediante el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 se modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 19935 . Sin embargo, la Corte Constitucional, a través de la sentencia C-1056 del 11 de

noviembre de 2003, declaró su inexecutable y dejó en aplicación el texto original de la Ley 100 de 1993. Posteriormente, el gobierno expidió la Ley 860 de 2003 donde estableció los siguientes requisitos para obtener la pensión de invalidez:

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”.

6.- A partir de la expedición de la Ley 860 de 2003, y en sede de tutela, esta Corte comenzó a inaplicar el requisito de la fidelidad de cotización al sistema pues se consideró que representaba un obstáculo más gravoso para las personas que pretendían acceder a la pensión de invalidez y, por lo tanto, constituía una vulneración al principio de progresividad de los derechos sociales y un incumplimiento a la prohibición de regresividad de los mismos.

Es así como este Tribunal en la sentencia T-221 de 2006 revisó un caso en el cual la accionante padecía de cáncer pulmonar y fue calificada con una pérdida de capacidad laboral equivalente al 58.6%. Colfondos negó la solicitud de pensión de invalidez al considerar que, a pesar de contar con el número de semanas exigidas, no se daba cumplimiento al requisito de fidelidad al sistema, es decir, la tutelante contaba con 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez pero no logró acreditar la cotización al sistema del 20% del tiempo transcurrido entre el momento de haber cumplido 20 años de edad y la fecha en la cual se realizó su primera calificación de invalidez. En este sentido, la Corte Constitucional consideró que “en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al

tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono” y decidió inaplicar la norma por considerarla inconstitucional. En consecuencia, concedió el amparo a los derechos fundamentales de la actora y ordenó a la entidad accionada que diera aplicación al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su versión original, para dar trámite al reconocimiento de la pensión de invalidez.

En este sentido, mediante sentencia T-043 de 2007, se expresó que en diferentes fallos de la Corte se ha concluido que las modificaciones realizadas a los requisitos para obtener la pensión de invalidez, conforme a la Ley 797 de 2003 y 860 del mismo año, han sido injustificadamente regresivas ya que asignaron requisitos más gravosos para el acceso a la pensión de invalidez y no se proporcionaron suficientes razones que justificaran al Gobierno para reducir el nivel de protección a los derechos sociales afectados. Por el contrario, estos cambios afectaron a sujetos de especial protección, y finalmente, en ningún momento se contempló un régimen de transición que mitigara los efectos de la norma sobre las personas que se encontraban en el proceso de obtener su pensión de invalidez.

De igual forma, en sentencia T-103 de 2008 esta Corte estudió un caso en el cual la accionante ostentaba una pérdida de capacidad laboral de un 53% a causa de una “neuropatía diabética”. Solicitó la pensión de invalidez ante el ISS, quien negó la petición al establecer que no había cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003. Allí, la Sala de Revisión afirmó que los requisitos exigidos eran más rigurosos que la legislación anterior, afectaban principalmente a sujetos de especial protección como discapacitados y adultos mayores; y por último que, dentro de las modificaciones no se contemplaron medidas alternativas, como el régimen de transición, que aminoraran la afectación de los derechos de las personas que se encontraban en el proceso de adquirir la pensión. En consecuencia, la norma resultaba prima facie contraria al principio de progresividad y, por lo tanto, la norma aplicable al caso en estudio correspondía al artículo 39 de la ley 100/93 en su versión original.

7.- Posteriormente, y acorde con la línea jurisprudencial que se desarrolló frente al tema, esta Corte confirmó su tesis en sede de constitucionalidad al declarar exequible “el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del

estado de invalidez”, la cual se declarará INEXEQUIBLE”. De igual forma, se declaró “EXEQUIBLE el numeral 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”, la cual se declara INEXEQUIBLE”. Quiere decir que, el requisito de fidelidad al sistema fue declarado inexecutable mediante de la sentencia C-428 del primero de julio de 2009, bajo los siguientes argumentos:

En primer lugar, esta corporación ha señalado que la libertad de configuración normativa del legislador, frente a los derechos sociales, se encuentra restringida por el principio de progresividad y la prohibición de regresividad.

El principio de progresividad de los derechos sociales se encuentra consagrado en el bloque de constitucionalidad 6 y corresponde a la obligación del Estado de avanzar gradualmente el alcance en la protección de los derechos sociales de los ciudadanos. A su vez, la prohibición de regresividad de estos derechos, impide que se puedan crear medidas que disminuyan el alcance de dicha protección. En consecuencia, todas las normas que impliquen un retroceso al alcance de los derechos sociales, es considerada prima facie inconstitucional.

Sin embargo, el legislador, a través de un examen riguroso, puede justificar la medida mientras consten argumentos razonables que revelen la necesidad del retroceso del derecho con el fin de lograr el desarrollo de un derecho social.

De ahí que, la Corte estableció ciertos requisitos con los cuales se verifica que la medida por adoptar no resulta regresiva, (i) que la medida busca satisfacer una finalidad constitucional imperativa; (ii) que, luego de una evaluación juiciosa, resulta demostrado que la medida es efectivamente conducente para lograr la finalidad perseguida; (iii) que luego de un análisis de las distintas alternativas, la medida parece necesaria para alcanzar el fin propuesto; (iv) que no afectan el contenido mínimo no disponible del derecho social comprometido; (v) que el beneficio que alcanza es claramente superior al costo que aparece. 7 Requisitos que no fueron cumplidos por la totalidad del texto establecido en la Ley 860 de 2003.

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. En este caso no hay población beneficiada por la norma como en el requisito de las semanas mínimas de cotización, y no se advierte 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”.

(...) “Lo anterior permite apreciar como este requisito de fidelidad no logra desvirtuar la presunción de regresividad, a diferencia del anterior caso analizado, respecto del cual la reforma mostró matices de progresividad a pesar del aumento en el número de semanas requeridas. A pesar de poder tener un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, la norma no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad. En muchos casos, los afiliados de la tercera edad que padecen de discapacidad van a encontrarse con una barrera infranqueable de acceso al beneficio, pues muchos de ellos ya no podrán cumplir el nuevo requisito consagrado en la norma, a pesar de cotizar el 100% de los periodos restantes. Se aprecia la desprotección a la población incapacitada más vulnerable, como es la perteneciente a la tercera edad. Igualmente debe resaltarse que para “promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude”, existen otras alternativas de tipo administrativo, que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas.

(...)

Derivado de las anteriores consideraciones, puede decirse que el costo social que apareja la modificación introducida por el requisito de fidelidad incluido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 es mayor que beneficio que reportaría para la colectividad. 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 llevan a concluir que el requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, deben ser declarados inexecutable

puesto que no se logró desvirtuar la presunción de regresividad y justificar la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma”.

8.- A partir de esta sentencia de constitucionalidad, la Corte, en diferentes fallos, ha argumentado que el requisito de fidelidad al sistema no puede ser exigido en ningún caso pues dicho requisito siempre fue considerado contrario al principio de progresividad y a la prohibición de regresividad de los derechos sociales. De igual forma se ha afirmado que “la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho a la seguridad social en pensiones (...)”⁸

Como ejemplo encontramos que en la sentencia T-482 de 2011 se afirmó que “advertida la evidente inconstitucionalidad de la norma, las distintas salas de revisión en cada caso concreto, en atención a la excepción de inconstitucionalidad consagrada en el artículo 4 superior, decidieron inaplicar íntegramente el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, y aplicar, en consecuencia, la norma que esta había derogado, es decir, el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

De lo anterior se desprende que sobre el requisito de fidelidad para con el sistema, consagrado en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, siempre ha pesado una carga de inconstitucionalidad desde su vigencia, por lo que la sentencia C-428 de 2009 lo único que hizo fue declarar la inexecutable formal sobre una norma que desde su expedición se advertía ostensiblemente contraria al ordenamiento superior.”

9.- En consecuencia a las razones expuestas, se concluye que el requisito de fidelidad al sistema, consagrado en los numerales 1° y 2° del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, siempre ha sido considerado contrario a la Constitución Política en razón al incumplimiento del principio de progresividad y a la prohibición de regresividad frente al alcance de protección alcanzada en los derechos sociales. De ahí que, la C-428 de 2009 confirmó la línea jurisprudencial que se había desarrollado en sede de tutela, la cual inaplicaba el requisito de fidelidad a través de la excepción de inconstitucionalidad, y declaró inexecutable el requisito mencionado.

Caso concreto

10.- En el caso bajo estudio, el señor José Uriel Salazar Valencia consideró vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social debido a que el Instituto de Seguros Sociales negó su pensión de invalidez conforme a una norma que, para él, no podía aplicarse ya que fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional. Por su parte, el ISS argumentó que la fecha de estructuración de invalidez del peticionario fue anterior al año en el cual se declaró la inexecutable del numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En consecuencia, aplicó la norma mencionada y estableció que el actor no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema.

En razón a lo expuesto, esta Sala debe determinar si el ISS vulneró los derechos fundamentales del tutelante al negar su pensión de invalidez conforme a la aplicación del numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003.

11.- Antes de desarrollar el problema jurídico, es pertinente analizar la procedencia de la acción de tutela ya que, por regla general, el mecanismo idóneo para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez es el proceso ordinario laboral. En consecuencia, y conforme a la subsidiaridad que ostenta la acción de tutela, se podría inferir que, mientras el actor no haya agotado la vía gubernativa o los procedimientos ordinarios eficaces para el amparo de sus derechos, la acción constitucional solicitada por el señor José Uriel Salazar Valencia resulta improcedente. No obstante, acorde a la jurisprudencia analizada en la parte considerativa de la presente providencia, se desprende que la acción de tutela resulta procedente siempre y cuando se demuestre que se está frente a la inminencia de un perjuicio irremediable o que los medios ordinarios no son el mecanismo idóneo y eficaz para la protección de los derechos fundamentales del peticionario.

En este sentido, aplicando dichos presupuestos al caso en estudio, encuentra la Sala de Revisión que el tutelante no cuenta con las condiciones físicas necesarias para poder acceder a un trabajo en el cual logre un sustento económico. Así mismo, carece de los medios económicos necesarios para su subsistencia y la de su familia, en condiciones adecuadas, mientras se desarrolla un proceso ordinario en busca de la pensión de invalidez. Además, es evidente que al dejar de percibir algún tipo de ingresos económicos en consecuencia a su invalidez, el accionante ostenta un riesgo inminente a sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social. En razón a todo lo expuesto, considera la Sala de Revisión que la presente acción de tutela resulta procedente.

12.- Por otro lado, resulta pertinente establecer que en el presente caso no es aplicable el requisito de inmediatez que ostenta la acción de tutela. Este Tribunal Constitucional ha determinado que no ha de ser exigible de manera estricta cuando exista una vulneración periódica. En el caso bajo estudio, encuentra la Sala que la negación a la pensión de invalidez renueva la vulneración a los derechos de quien la reclama pues, en cada fecha que se deja de percibir dicha ayuda económica, se continua con la afectación. Por otra parte, la negación de la pensión de invalidez del actor se dio el 18 de noviembre de 2008; a partir de ahí, se procedió a resolver los recursos de reposición y apelación interpuestos por el peticionario. Sin embargo, el ISS tardó mucho tiempo en resolver los recursos interpuestos y sólo hasta el 20 de diciembre de 2011 decidió el recurso de apelación. De modo que, el tutelante no es la persona responsable del tiempo transcurrido entre el momento en que se generó el hecho que vulneró sus derechos, y el momento en el cual se interpuso la presente acción de tutela.

14.- A partir de la afirmación realizada por el Instituto de Seguros Sociales, referente a la norma aplicable en la solicitud de pensión realizada por el tutelante, encuentra la Sala que no se halla ajustada a la jurisprudencia constituida por esta Corporación en la cual se establece que, si bien la Ley 860 de 2003 es la norma aplicable, el requisito de fidelidad al sistema siempre fue considerado contrario a los principios de progresividad y prohibición de regresividad de los derechos sociales. En consecuencia, se dispuso que dicho requisito debía ser inaplicado mediante la excepción de inconstitucionalidad.

En este sentido, en la T-043 de 2007 se afirmó que “las medidas legislativas adoptadas por esta regulación se muestran injustificadamente regresivas, pues imponen requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez mucho más gravosos que los contenidos en la versión original del artículo 39 de la Ley 100/93. De esta manera, al privilegiarse la aplicación de la norma regresiva, se impidió que el actor percibiera los ingresos requeridos para su subsistencia en condiciones dignas.”

Aunado a lo anterior, es importante recordar que a través de la sentencia C-428 de 2009 se confirmó la tesis adoptada por esta Corporación al declarar inexecutable el requisito de fidelidad al sistema y expulsarlo del ordenamiento jurídico. Se demostró que desde que su

creación se consideró una medida regresiva al derecho social en pensión. Además, el Alto Tribunal Constitucional argumentó que el requisito de fidelidad al sistema no justificó su aplicación en la búsqueda del desarrollo de algún derecho social y tampoco estableció una medida que mitigara la afectación de aquellas personas que se encontraban cotizando al momento de la aplicación de la norma.

En concordancia con lo expuesto, y aplicado al caso que se está desarrollando, encuentra la Sala que no puede darse la aplicación del requisito de fidelidad al sistema, consagrado en el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, dentro del proceso de solicitud de pensión de invalidez interpuesto por el señor José Uriel Salazar Valencia en razón a que, la norma es contraria a la Constitución y debe inaplicarse mediante la excepción de inconstitucionalidad. En consecuencia, únicamente se puede exigir el primer requisito establecido en la misma norma referente a haber “cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”.

Ahora bien, el Instituto de Seguros Sociales a través de la resolución No. 054648 del 18 de noviembre de 2008, afirmó que el actor “cotizó para los riesgos I.V.M hasta el momento de estructuración de invalidez, un total de 166 semanas, de las cuales 93 fueron cotizadas dentro de los 3 últimos años inmediatamente anteriores a la estructuración”⁹; situación que lleva a establecer que el actor cumplía con uno de los requisitos para acceder a su pensión de invalidez.

Aunado a lo anterior, y en concordancia con el requisito general para acceder a la pensión de invalidez, dentro del material probatorio se demuestra que el actor padece de una invalidez laboral del 53.56%.¹⁰ De ahí que se concluya que el tutelante cuenta con los requisitos necesarios para que ésta Sala de Revisión conceda el amparo solicitado.

Además, según lo afirmado por el ISS, la razón para negar la pensión de invalidez correspondió a la aplicación de un requisito que, como se explicó a lo largo de la presente providencia, se procederá a inaplicar por excepción de inconstitucionalidad. Por tanto, considera la Sala que la presente acción de tutela se presta como un mecanismo definitivo en aras de proteger a los derechos fundamentales del actor para el cual, la jurisdicción ordinaria laboral resulta ineficaz dado que se trata de un sujeto de protección especial en razón a su condición de invalidez.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido del veintitrés (23) de abril de 2012 por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C, y en su lugar CONCEDER el amparo de los derechos al mínimo vital y la seguridad social del señor José Uriel Salazar Valencia.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTO la Resolución No. 054648 del 18 de noviembre de 2008, la Resolución No. 033583 del 22 de septiembre de 2011 y la Resolución No. 06377 del 20 de diciembre de 2011 expedidas por el Instituto de Seguros Sociales, mediante las cuales se negó la pensión de invalidez.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales que, en el término de quince (15) días contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, reconozca y pague al señor José Uriel Salazar Valencia la pensión de invalidez.

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

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

ALEXEI JULIO ESTRADA

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Folio 11, cuaderno principal

2 Véase también en sentencias como la T-826 de 2008, T-075 de 2009, T-048 de 2010, T-223 de 2012.

3 Sentencia T-376 de 2011.

4 Artículo 38 de la Ley 100 de 1993, el cual define el estado de invalidez.

5 Texto original de la Ley 797 de 2003: ARTÍCULO 11. 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 solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.

6 Véase en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Observación N°3 de 1990 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas; y el artículo 48 de la Constitución Política

7 Sentencias C-1064 de 2001, C-671 de 2002, C-931 de 2004 y C-428 de 2009.

8 Sentencia T-730 de 2011. De igual forma, ésta posición fue respaldada por sentencias como la T-048 de 2010, T-482 de 2011, T-223 de 2012, entre otras.

9 Folio 13, cuaderno principal.

10 Folio 35, cuaderno principal.