

Sentencia T-998/12

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Caso de un grupo de personas que fueron calificadas con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral mayor al cincuenta por ciento (50%) les negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez

ACCION DE TUTELA PARA ORDENAR RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia excepcional

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSION-Inaplicación del requisito de inmediatez

La jurisprudencia constitucional ha interpretado que la acción de tutela debe ejercerse dentro de un término razonable, circunstancia que debe ser calificada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que configuran cada caso. No obstante, esta Corporación también ha señalado algunos factores excepcionales, que justifican el transcurso de un lapso prolongado de tiempo entre el momento de la vulneración del derecho y la fecha de interposición de la acción.

REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ Y REGIMEN APLICABLE-Reiteración de jurisprudencia

En el evento en que una solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez por origen común deba ser estudiada a la luz de la Ley 860 de 2003, se deberá constatar que el solicitante cumpla con la exigencia de haber cotizado el número de semanas mínimas requeridas por la norma en mención. De lo contrario, deberá analizarse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993, en el cual se contempla el reconocimiento de una indemnización sustitutiva a la pensión de invalidez.

REQUISITO DE FIDELIDAD AL SISTEMA PARA PENSION DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES-Declaratoria de inexequibilidad y efectos del fallo C-428/09/PENSION DE INVALIDEZ-Aplicación del artículo 1 de la Ley 860/03 de acuerdo con la sentencia C-428/09

En principio se podría afirmar que los efectos de la declaratoria de inexequibilidad de la sentencia C-428 de 2009 cobijan aquellas situaciones en las cuales la fecha de estructuración

de la invalidez del afiliado es posterior a la de la expedición de la sentencia (1 de julio de 2009) y, que las situaciones cuya fecha de estructuración es anterior, deberían regirse por los requisitos exigidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en su versión original.

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Obligación del ISS -Colpensiones- de respetar el precedente desarrollado por la Corte Constitucional sobre la interpretación correcta del requisito de fidelidad

En relación con los precedentes que la Corte Constitucional desarrolla en sede de tutela, debe indicarse que, si bien la Corporación decide casos concretos, su función como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se cifra en preservar la supremacía e integridad del Texto Superior, así que sus fallos sobre asuntos concretos se proyectan sobre el orden constitucional, en tanto concretan el significado de las cláusulas de derechos constitucionales, cuya apertura semántica hace imprescindible la unificación interpretativa del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

ENFERMEDADES DEGENERATIVAS, CRONICAS O CONGENITAS-Fecha de estructuración la del dictamen

En aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.

PROTECCION CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y MINIMO VITAL-Orden al ISS reconocer y realizar todos los trámites para el pago de la pensión de invalidez al actor

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL, IGUALDAD, MINIMO VITAL Y VIDA DIGNA DE ENFERMO DE VIH/SIDA-Orden al ISS reconocer en forma definitiva la pensión de invalidez a favor del

actor y realizar todos los trámites para el pago de tal pensión

Referencia: expedientes T-3559506, T-3562805 y T-3565502.

Acciones de tutela presentadas por: Argemiro de Jesús Cardona Muñoz (T-3559506), Carlos Alberto Morcillo Minota (T-3562805) y Juan (T-3565502), contra el Instituto de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales en Liquidación.¹

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá D.C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos por los siguientes despachos: en el trámite de la acción de tutela instaurada por Argemiro de Jesús Cardona Muñoz, en única instancia, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali el 6 de junio de 2012 (T-3559506); en el trámite de la acción de tutela instaurada por Carlos Alberto Morcillo Minota, en primera instancia, por el Juzgado Catorce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali el 2 de diciembre de 2011, y en segunda instancia, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 15 de mayo de 2012 (T-3562805); en el trámite de la acción de tutela instaurada por Juan, en primera instancia, por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín el 24 de mayo de 2012, y, en segunda instancia, por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Medellín el 22 de junio de 2012 (T-3565502).²

La Sala Primera de Revisión advierte que el expediente T-3565502 hace referencia a información que puede afectar el derecho a la intimidad del actor, razón por la cual decidió cambiar su nombre por uno ficticio, el cual se escribirá en cursiva y no se usarán apellidos.

I. ANTECEDENTES

Los actores interpusieron acciones de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales, hoy Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, por considerar que esa entidad está vulnerando, entre otros, sus derechos al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, al negarse a reconocerles la pensión de invalidez argumentando, en dos (2) casos, que no cumplían con el requisito de fidelidad al sistema y, en otro, que el actor no había cotizado por lo menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su estado de invalidez.

Con el fin de exponer los antecedentes en forma ordenada, se presentarán los hechos en los que cada uno de los actores fundamentó su solicitud de amparo, y posteriormente, se presentarán los argumentos expuestos por la entidad accionada.

1. Hechos

1. Expediente T-3559506

1. El señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz es una persona de sesenta y seis (66) años de edad,³ afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 19 de septiembre de 1989, que fue calificado por esta entidad, el 30 de octubre de 2007, con una pérdida de su capacidad laboral de origen común del sesenta y dos por ciento (62%), con fecha de estructuración del 28 de agosto de 2007.⁴

1. El 23 de noviembre de 2007 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, petición que fue negada por el Instituto de Seguros Sociales mediante la Resolución No. 15925 del 19 de agosto de 2008, con el argumento según el cual “a pesar de tener más de 50 semanas los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, no acredita la fidelidad de

cotización para con el sistema 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, esto es, tener un mínimo de 423 semanas cotizadas”.⁵

1. Manifiesta que por su avanzada edad y por su pérdida de capacidad laboral derivada de las diversas enfermedades que padece, no puede desarrollar actividad laboral alguna que le permita velar por su sostenimiento y el de su familia.

1. Con base en los hechos expuestos, el 23 de mayo de 2012 interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales, en la que solicita la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la dignidad humana, al mínimo vital, a la protección especial de las personas de la tercera edad y de las personas con disminuciones físicas y psíquicas, por medio de una orden a la entidad accionada para que le reconozca y pague la pensión de invalidez desde el momento de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, los intereses moratorios y/o indexación de la sumas dejadas de cancelar, y el pago de costas y agencias en derecho.

1. Expediente T-3562805

1. El señor Carlos Alberto Morcillo Minota es una persona de cincuenta y ocho (58) años de edad,⁶ afiliado al Instituto de Seguros Sociales desde el 1 de julio de 1980, que fue calificado por esta entidad con un porcentaje de pérdida de su capacidad laboral del cincuenta y uno punto ochenta y cinco por ciento (51.85%), con fecha de estructuración del 10 de noviembre de 2008.⁷

1. El 11 de mayo de 2010 solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez al Instituto de

Seguros Sociales, petición que fue negada mediante Resolución No. 012520 del 23 de noviembre de 2010, porque a pesar que el actor cotizó 146 semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, este no cumplió con el requisito de fidelidad establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, norma vigente en la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral.⁸

1. Contra el citado acto administrativo, el actor interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, en el que solicitó que se inaplicara el requisito de fidelidad por vulnerar sus derechos fundamentales. Por medio de la Resolución No. 7185 del 28 de junio de 2011, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle resolvió el recurso de reposición, confirmando la decisión impugnada. La entidad accionada argumentó que a pesar de que el requisito de fidelidad al sistema fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-428 de 2009, los efectos de esa sentencia no eran aplicables a la solicitud del señor Carlos Alberto Morcillo Minota, porque la fecha de estructuración de su invalidez fue anterior a la del pronunciamiento de la Corte Constitucional, y esta sentencia no es aplicable retroactivamente.

1. Manifiesta que no percibe renta, salario o pensión alguna, que le permita tener una vida en condiciones dignas, y que tiene que acudir a la caridad pública para poder subsistir.

1. Con fundamento en los hechos descritos, el 16 de noviembre de 2011 interpuso acción de tutela en contra del Instituto de Seguros Sociales, en la que solicita la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, al mínimo vital y a la seguridad social, por medio de una orden a la entidad accionada para que, en aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, del principio de progresividad en la protección de los derechos sociales y del principio de favorabilidad, resuelva su solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez sin exigir el cumplimiento del requisito de fidelidad al sistema, y, en consecuencia, le reconozca la pensión de invalidez a partir de la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral.

1. Expediente T-3565502

1. El señor Juan es una persona de cuarenta y ocho (48) años de edad,⁹ que en 1989 fue diagnosticado como portador de VIH SIDA. Manifiesta que luego del diagnóstico ha dependido de diferentes medicamentos, que su salud se ha deteriorado paulatinamente, pero que ha podido desempeñar distintos trabajos informales.

1. Informa que se afilió al Instituto de Seguros Sociales en abril de 1996 para tener acceso a las prestaciones de salud y pensiones, y que desde ese momento ha aportado al Sistema más de setecientas ochenta y nueve (789) semanas.¹⁰

1. El 21 de diciembre de 2009, el Instituto de Seguros Sociales lo calificó con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del sesenta y ocho punto nueve por ciento (68.9%), y fecha de estructuración del 1 de mayo de 1990.

2. El 1° de febrero de 2010 solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión de invalidez, petición que fue negada por medio de la Resolución No. 003830 del 28 de febrero de 2011, porque el actor cotizó cero (0) semanas en los seis años anteriores a la fecha de estructuración de su pérdida de capacidad laboral, razón por la cual no cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990¹¹ para acceder a la pensión de invalidez.¹²

1. Manifiesta que aunque en la fecha en que se fijó la estructuración de su invalidez no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, para el 21 de diciembre de 2009, fecha de evaluación de su pérdida de capacidad laboral, sí cumplía con los requisitos establecidos en la norma vigente para esa época, esto es, la Ley 797 de 2003.¹³

1. Con fundamento en los hechos expuestos, y con el fin de que se le garanticen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la dignidad humana, a la igualdad material por ser una persona discapacitada y en estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, y a la seguridad social, interpuso acción de tutela el 9 de mayo de 2012, en la que solicita que se ordene al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de su pensión de invalidez.

1. Respuesta del Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación.

El Instituto de Seguros Sociales, hoy en liquidación, no se pronunció sobre los hechos y pretensiones de las acciones de tutela interpuestas por los señores Argemiro de Jesús Cardona Muñoz (T-3559506) y Carlos Alberto Morcillo Minota (T-3562805).

Respecto de la acción de tutela promovida por el señor Juan (T-3565502), presentó un informe radicado el 17 de mayo de 2012 solicitando que se declare la improcedencia de la acción de tutela, bajo el argumento que el actor cuenta con otros medios judiciales para acceder al reconocimiento de su pensión de invalidez, que no está acreditado que se encuentre frente a un perjuicio irremediable, el cual, en todo caso, no tendría relación de causa efecto con la actuación de la entidad accionada.

1. Fallos objeto de revisión

1. Expediente T-3559506

1. El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali, mediante providencia del 6 de junio de 2012, declaró la improcedencia de la acción de tutela interpuesta por el señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz, por considerar que este cuenta con otros medios de defensa judicial, y que el lapso de tiempo de más de tres (3) años que tardó en interponer la acción de tutela, contados desde la expedición del acto administrativo que le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, desvirtúa que el actor busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable en sus derechos fundamentales. Este fallo no fue impugnado por el actor.

1. Expediente T-3562805

1. El Juzgado Catorce Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, profirió sentencia de primera instancia el 2 de diciembre de 2011, en la que negó la protección de los derechos del actor, porque consideró que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para pronunciarse sobre sus pretensiones.

1. El apoderado del tutelante impugnó el fallo de primera instancia sin manifestar las razones de su inconformidad.

1. Mediante sentencia del 15 de mayo de 2012, la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali confirmó la decisión de primera instancia, porque consideró que la acción de tutela no es el mecanismo procedente para definir un derecho prestacional que se encuentra en discusión.

1. Expediente T-3565502

1. El Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad, por medio de sentencia del 24 de mayo de 2012, negó la protección de los derechos fundamentales del señor Juan, porque no encontró acreditado que este hubiera cumplido con el requisito legal de haber cotizado 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, exigencia que calificó como necesaria para acceder a la prestación económica reclamada.

1. Esta decisión fue impugnada por la apoderada del actor, reiterando los argumentos presentados en el escrito de tutela.

1. La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, mediante sentencia del 22 de junio de 2012, encontró que existían elementos probatorios suficientes para considerar que la fecha de estructuración de la invalidez del actor no es el 1° de mayo de 1990, ya que desde mayo de 1996 hasta diciembre de 1998, laboró al servicio de una fábrica. Sin embargo, el Juez de segunda instancia no encontró suficientes elementos probatorios para establecer la fecha de estructuración de la invalidez del actor, ya que la mayoría de sus aportes posteriores a 1998, los hizo en calidad de trabajador independiente. Por lo anterior, concluyó que la acción de tutela no es el mecanismo judicial procedente para establecer la fecha de estructuración de la invalidez del actor, y por lo tanto, definir la titularidad del derecho a la pensión de invalidez. En consecuencia, confirmó el fallo de primera instancia.

li. Consideraciones y fundamentos

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro de los trámites de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Planteamiento de los casos y problemas jurídicos

La Sala de Revisión considera que los casos en estudio tienen semejanzas en sus antecedentes, ya que en todos ellos los tutelantes son personas que fueron calificadas con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral mayor al cincuenta por ciento (50%), a quienes las administradoras de fondos de pensiones a las cuales estaban afiliados les

negaron el reconocimiento de la pensión de invalidez. Sin embargo, las razones por las cuales se les negó el reconocimiento de las pensiones de invalidez no son las mismas en los tres casos.

En efecto, en las acciones de tutela adelantadas por Argemiro de Jesús Cardona Muñoz (T-3559506) y Carlos Alberto Morcillo Minota (T3562805), el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento del derecho porque los tutelantes no cumplieron con el requisito de fidelidad al sistema.

Por otra parte, en la acción instaurada por Juan (T-3565502), el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de invalidez porque el actor no acreditó el cumplimiento del requisito de haber cotizado 150 semanas en los seis (6) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez (Acuerdo 049 de 1990, artículo 6).

En este orden, las acciones de tutela interpuestas por los señores Argemiro de Jesús Cardona Muñoz y Carlos Alberto Morcillo Minota, le plantean a la Corte el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera el Instituto de Seguros Sociales, (actualmente Instituto de Seguros Sociales en Liquidación) los derechos al mínimo vital y a la seguridad social, de dos de sus afiliados (los señores Argemiro de Jesús Cardona Muñoz y Carlos Alberto Morcillo Minota), al negarles el reconocimiento y pago del derecho a la pensión de invalidez porque no cumplieron con el requisito de fidelidad al sistema, sin tener en cuenta que, en el primer caso, existe jurisprudencia de la Corte Constitucional en la que se declaró la excepción de inconstitucionalidad de ese requisito, y, en el segundo caso, al interpretar que la ratio decidendi de la sentencia C-428 de 2009, por la cual se declaró la inexecutable de ese requisito, no era aplicable porque la fecha de estructuración de la invalidez fue anterior al fallo?

Por otra parte, la acción de tutela interpuestas por el señor Juan, le plantean a la Corte el siguiente problema jurídico:

¿Vulnera el Instituto de Seguros Sociales, (actualmente Instituto de Seguros Sociales en Liquidación), los derechos al mínimo vital y a la seguridad social de uno de sus afiliados (Juan), que padece VIH SIDA, al negarle el reconocimiento de su pensión de invalidez porque no acreditó el aporte de las semanas requeridas por la ley para acceder al derecho antes de

la fecha de estructuración de su invalidez, sin tener en cuenta que esa fecha se fijó en forma retroactiva, y que luego se afilió y aportó al sistema cerca de ochocientas (800) semanas?

Para resolver los anteriores problemas jurídicos, la Sala estudiará la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. En segundo lugar, estudiará si la acción de tutela interpuesta por el señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz cumple con el requisito de inmediatez. En tercer lugar, reiterará la jurisprudencia sobre el requisito para obtener la pensión de invalidez, relativo a haber cotizado 50 semanas dentro de los tres (3) últimos años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración, establecido en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003. En cuarto lugar, reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en la que se señala que los efectos de la sentencia C-428 de 200914 también son aplicables a situaciones en las que la fecha de estructuración de la invalidez es anterior a la declaratoria de inexequibilidad del requisito de fidelidad al sistema, establecido en el artículo recién citado. Por último se estudiarán los casos concretos.

1. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en los casos objeto de estudio

La Sala de Revisión considera necesario establecer si la acción de tutela es procedente en los casos objeto de estudio, pues, en principio, el ordenamiento dispone otros medios de defensa judicial para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Es necesario señalar que el artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela “sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. En consecuencia, la procedibilidad de la tutela estará supeditada a que el actor no cuente con otro medio de defensa judicial, que el medio existente no sea idóneo o eficaz para la defensa de los derechos cuyo amparo se pretende, o que se pretenda evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Respecto del perjuicio irremediable, la Corte ha manifestado lo siguiente:

“[e]n primer lugar, el perjuicio debe ser inminente o próximo a suceder. Este exige un

considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. En segundo lugar, el perjuicio ha de ser grave, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. En tercer lugar, deben requerirse medidas urgentes para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las medidas de protección deben ser impostergables, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable".¹⁵

Con fundamento en los criterios reiterados, la Corte debe establecer si en los casos concretos el mecanismo ordinario es idóneo para la protección de los derechos fundamentales de los actores, o si la acción de tutela procede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Para empezar, el señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz (T-3559506) dispone, en principio, de otros mecanismos para solicitar el reconocimiento de su derecho pensional. En este caso, el actor es una persona de avanzada edad (66 años), que perdió el sesenta y dos por ciento (62%) de su capacidad laboral, y que no cuenta con una fuente de ingresos para suplir sus necesidades básicas. Frente a un caso de esta naturaleza, la decisión de negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez al actor deja latente la consumación de un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales.

En efecto, el actor es una persona a quien en 2007 se le dictaminó la pérdida de su capacidad laboral, porque padece enfermedad de Parkinson, hernia discal L4 L5, radiculopatía L5, pérdida de oído derecho, y espondiloartrosis degenerativa L5.¹⁶ Algunas de estas enfermedades son degenerativas, característica de la que se puede inferir que aunque en 2007 originaron una pérdida de capacidad laboral del actor en un sesenta y dos por ciento (62%), es probable que actualmente esta sea muy superior. Esta situación lleva a la Corte a concluir que el actor se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad. Pero si adicionalmente se tiene en cuenta que el actor manifiesta que se le está afectando su derecho al mínimo vital, es necesario concluir que se requiere un pronunciamiento urgente para evitar que se consume un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional.

En el segundo caso, el señor Carlos Alberto Morcillo Minota (T-3562805) es una persona de edad avanzada (58 años), a quien se le estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al cincuenta por ciento (50%), que no cuenta con una fuente de ingresos que le permita vivir en condiciones dignas, y que actualmente subsiste por la caridad de las personas que lo rodean. Las condiciones de vida descritas llevan a la Sala de Revisión a concluir que la decisión del Instituto de Seguros Sociales de negarle la pensión de invalidez al señor Morcillo Minota, amenaza sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social.

En este caso, el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de invalidez del actor mediante Resolución No. 012520 del 23 de noviembre de 2010, decisión confirmada mediante Resolución No. 7185 del 28 de junio de 2011. Luego de agotar los recursos ante la administradora de fondos de pensiones, el 16 de noviembre de 2011 el señor Morcillo Minota presentó la acción de tutela para la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social. Este corto lapso de tiempo transcurrido desde que se profirió el acto que presuntamente vulneró los derechos fundamentales del actor y la fecha de interposición de la acción de tutela, demuestran que el actor se encuentra frente a un perjuicio inminente a sus derechos fundamentales, perjuicio que es grave porque afecta la dignidad humana de un sujeto de especial protección constitucional. Esta situación requiere de un pronunciamiento urgente por parte de la jurisdicción constitucional, para evitar la consumación del perjuicio irremediable, siendo la acción de tutela, por su celeridad, el mecanismo judicial adecuado para proteger los derechos fundamentales del actor. Por las razones expuestas, debe concluirse que en este caso, la acción de tutela procede como un mecanismo transitorio, para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en los derechos fundamentales del actor.

Finalmente, la acción de tutela instaurada por el señor Juan también es procedente. En este caso, la edad del actor no es tan avanzada como la de los otros accionantes. Sin embargo, en el expediente está claro que su expectativa de vida es reservada, ya que así lo afirma la médico tratante en el certificado sobre el proceso de rehabilitación integral para el trámite de pensión por invalidez aportado como documento anexo al escrito de tutela.¹⁷ Ante estas circunstancias, las acciones ordinarias no resultan idóneas, pues el actor requiere un pronunciamiento célere sobre su derecho pensional, y sería desproporcionado imponerle la carga de acudir a la jurisdicción ordinaria, a una persona que tiene una expectativa de vida

que los médicos tratantes han considerado como reservada. Por las razones expuestas, en este caso, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo para la protección de los derechos fundamentales del actor.

Una vez establecido el cumplimiento del requisito de subsidiariedad de la acción de tutela en los casos objeto de estudio, la Sala de Revisión encuentra que uno de las acciones se interpuso en un plazo de tiempo que puede ser considerado como irrazonable, por lo que hará algunas consideraciones sobre el requisito de inmediatez en la interposición de la acción de tutela, y establecerá si en ese caso se cumple con el mencionado requisito de procedibilidad.

1. Estudio del requisito de inmediatez en la acción de tutela interpuesta por el señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz (T-3559506)

Otro requisito de procedibilidad de la acción de tutela que debe ser analizado es el de la inmediatez, ya que la acción interpuesta por el señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz fue presentada en un plazo que, en principio, puede ser considerado como irrazonable.

La jurisprudencia constitucional ha interpretado que la acción de tutela debe ejercerse dentro de un término razonable, circunstancia que debe ser calificada por el juez constitucional de acuerdo con los elementos que configuran cada caso.¹⁸ No obstante, esta Corporación también ha señalado algunos factores excepcionales, que justifican el transcurso de un lapso prolongado de tiempo entre el momento de la vulneración del derecho y la fecha de interposición de la acción. Estas son:

“(i) Que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual.¹⁹ Y (ii) que la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.”²⁰

Estos factores han sido aplicados por la Corte en la solución de casos similares a la acción interpuesta por el señor Cardona Muñoz. Por ejemplo, en la sentencia T-906 de 201121 se estudiaron dos acciones que fueron acumuladas. Una de ellas fue instaurada por una persona de sesenta y ocho (68) años de edad, a quien el Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque no estaba acreditado que su empleador hubiera cotizado las semanas requeridas para acceder al derecho. En esa oportunidad, el actor presentó la acción de tutela luego de haber transcurrido seis (6) años desde que la entidad accionada profirió el acto administrativo por medio del cual le negó el derecho. Respecto del cumplimiento del requisito de inmediatez, la Corte dijo:

“En el presente caso, la Sala observa que, a diferencia de lo que sostuvo el juez de única instancia, sí existe inmediatez en el ejercicio de la acción de tutela, pues bien es cierto han transcurrido 6 años desde que el ISS profirió la resolución negando la pensión, lo cierto es que la vulneración es actual porque el señor sigue sin capacidad económica para subsistir junto con su núcleo familiar. [...] || Por estas razones, la Sala concluye que la acción de tutela procede en este caso.”²²

En el caso objeto de estudio, el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Cardona Muñoz mediante Resolución No. 15925 del 19 de agosto de 2008, acto administrativo en contra del cual el actor presentó una solicitud de revocatoria directa, mediante oficio radicado el 6 de noviembre de 2008, actuación que según se informa en el escrito de tutela, “aún no ha obtenido respuesta”.²³ Ahora bien, el fundamento esgrimido por la Administradora de Fondos de Pensiones accionada para negar la pensión de invalidez fue el incumplimiento del requisito de fidelidad, el cual, para el momento de expedición del acto administrativo en mención, no había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional, ya que esta decisión se adoptó mediante sentencia C-428 del 1° de julio de 2009.²⁴

Como la norma que fundamentó la negación del derecho se declaró inexecutable el 1° de julio de 2009, el análisis de inmediatez debe hacerse a partir de esa fecha. Como el actor interpuso la tutela el 23 de mayo de 2012, puede concluirse que transcurrieron 2 años y 10 meses aproximadamente, sin que el actor ejerciera la acción de tutela para la protección de sus derechos. Este plazo de tiempo puede ser considerado prolongado para una persona que cuenta con unas condiciones de salud normales. Sin embargo, la Sala de Revisión considera

que en el caso del señor Cardona Muñoz este juicio no puede ser tan estricto, ya que es una persona con una pérdida de capacidad laboral que para el 2007 era del sesenta y dos por ciento (62%), pero, por la naturaleza degenerativa de algunos de sus padecimientos,²⁵ para la fecha en que presentó la tutela, podía ser incluso mayor.

Ahora bien, la negación de la pensión de invalidez del señor Cardona Muñoz por no cumplir el requisito de fidelidad al sistema, genera una vulneración continua a sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la dignidad humana, ya que, por lo menos desde el año 2007, cuando fue valorada la pérdida de su capacidad laboral, el actor no puede desarrollar una actividad que le permita suplir sus necesidades en forma autónoma. Adicionalmente, esa vulneración es actual, porque así lo manifiesta el actor en el escrito de tutela y esa afirmación no fue desvirtuada por la entidad accionada.

Por la condición de discapacidad del tutelante, teniendo en cuenta que la sentencia que declaró la inexecutable del requisito de fidelidad se expidió el 1 de julio de 2009 y que el tutelante solo se enteró de su existencia en 2012, la Sala de Revisión debe concluir que la acción de tutela interpuesta por el señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz cumple con el requisito de inmediatez, ya que, la negación de la pensión de invalidez genera una afectación continua y actual a sus derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social, y por tratarse de una persona que perdió su capacidad laboral en un sesenta y dos por ciento (62%), sería desproporcionado asignarle la carga de acudir al juez ordinario.

1. Requisitos para acceder a la pensión de invalidez y régimen aplicable. Reiteración de jurisprudencia.

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho fundamental irrenunciable, el cual debe prestarse en los términos que establezca la ley. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, estableciendo el Sistema de Seguridad Social Integral, dentro del cual se encuentra el Sistema General de Pensiones que tiene por objeto garantizar a la población una protección frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común,²⁶ el Sistema General de Pensiones consagró el reconocimiento de una pensión de invalidez para aquellas personas que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 39 de la citada ley, o el reconocimiento de una indemnización sustitutiva a la pensión de invalidez para aquellos afiliados que al momento de estructuración de su invalidez no hubieren reunido los requisitos para adquirir esa prestación.

Pues bien, en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 se establecieron dos tipos de requisitos que debían cumplir las personas que habían sido declaradas inválidas, para que se les reconociera el derecho a la pensión de invalidez, dependiendo de si estaban cotizando al sistema al momento de producirse el estado de invalidez o si habían dejado de cotizar. En el primer evento, el afiliado debía haber “cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez”, en el segundo evento, el afiliado al sistema debía haber “efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

Los anteriores requisitos fueron modificados por el legislador mediante la expedición de la Ley 860 de 2003.²⁷ En esta norma se eliminó la diferenciación entre los requisitos exigidos a los afiliados que se encontraran cotizando al momento de producirse el estado de invalidez y aquellos que hubieran dejado de cotizar, exigiendo para todos los afiliados que hubieren sido declarados inválidos por enfermedad común, haber “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”.²⁸

Esta Corporación ha examinado, en sede de tutela, diversas controversias jurídicas suscitadas por los cambios normativos de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez y ha determinado su incompatibilidad con el principio de progresividad de los derechos sociales en casos concretos. Así, en la sentencia T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), al estudiar algunos casos en los que administradoras de fondos de pensiones habían negado el derecho a la pensión de invalidez de sus afiliados, argumentando que no cumplían con el requisito de fidelidad al Sistema, la Corte consideró que la disminución de los niveles de protección, en cuanto al acceso a la pensión de invalidez que prevé la Ley 860 de 2003,

no estaba sustentada en razones suficientes que justificaran su imperiosa necesidad. A su vez, estimó que tales requisitos generaban consecuencias lesivas a grupos poblacionales que, en razón de sus condiciones de debilidad manifiesta, deben ser sujetos de especial protección por parte del Estado. Concretamente dijo la Corporación:

“[...] 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.”²⁹

Estos análisis fueron realizados cuando no existía un pronunciamiento del pleno de la Corte sobre la exequibilidad del artículo 1° de la Ley 860 de 2003. Al respecto, la sentencia T-287 de 2008³⁰ señaló:

“Por lo tanto, mientras no haya un pronunciamiento del pleno de esta Corte sobre la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en sede de tutela el juez podrá inaplicar dicho artículo y ordenar que se aplique la norma anterior más favorable de la Ley 100 de 1993 (artículo 39), cuando se constaten circunstancias de especial vulnerabilidad”.³¹

Posteriormente, en la sentencia C-428 del 1 de julio de 2009,³² esta Corporación analizó en sede de control abstracto, si el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 resultaba contrario al principio de no regresividad, consagrado en el artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional, en relación con lo contemplado en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. En esta sentencia la Corte sostuvo:

“En relación con el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres (3) años para tener derecho a la pensión de invalidez, incluido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, cabe decir que este aspecto de la reforma no implica una regresión en materia de exigibilidad de la

pensión de invalidez, pues si bien se aumentó el número de semanas mínimas de cotización exigidas de 26 a 50, de igual manera aumentó el plazo para hacer valer las semanas de uno a tres años anteriores a la estructuración de la invalidez. [...]

Este aspecto es especialmente relevante si se tiene en cuenta la evidente inestabilidad del mercado laboral colombiano en el que tan sólo el 39% de las personas afiliadas al sistema pensional paga su cotización en un mes dado³³. Lo anterior implica que la medida, a pesar de hacer más gravoso el requisito de semanas mínimas de cotización, prima facie, en realidad está permitiendo a ciertos grupos poblacionales el acceso a una prestación que anteriormente les estaba vedada: les exigía cotizar el 50% del tiempo trabajado en el año inmediatamente anterior al momento de la estructuración de la invalidez en caso de que no se encontraran cotizando, dejando de lado situaciones como la informalidad o el desempleo que tanto afectan a la población. En el actual régimen, el porcentaje exigido es variable y en promedio se ubica en el 33% de la carga de cotización, es decir, que supone cotizar en promedio 16.6 semanas en cada año durante los últimos 3 años, siendo antes que regresiva, favorable a los intereses de muchos cotizantes, sobre todo a los trabajadores que no poseen un empleo permanente.”

A partir del anterior pronunciamiento, en el evento en que una solicitud de reconocimiento de pensión de invalidez por origen común deba ser estudiada a la luz de la Ley 860 de 2003, se deberá constatar que el solicitante cumpla con la exigencia de haber cotizado el número de semanas mínimas requeridas por la norma en mención. De lo contrario, deberá analizarse la aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 100 de 1993, en el cual se contempla el reconocimiento de una indemnización sustitutiva a la pensión de invalidez.

1. El requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 fue declarado inconstitucional por medio de la sentencia C-428 de 2009. Los efectos de esta sentencia también son aplicables a situaciones en las cuales la fecha de estructuración de la invalidez es anterior a la fecha del fallo. Reiteración de jurisprudencia.

1. En la sentencia C-428 del 1° de julio de 2009,³⁴ la Corte declaró la inexecutable del

requisito de fidelidad de cotización con el sistema, de al menos el 20% del 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. En la decisión se sostuvo:

“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”.³⁵

1. El fallo citado nada dice sobre sus efectos temporales. Y en aplicación del artículo 45 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia,³⁶ por regla general, cuando las sentencias de constitucionalidad no señalan cuál es el efecto temporal del fallo, se entenderá que el

mismo tiene efectos hacia el futuro.

Así, en principio se podría afirmar que los efectos de la declaratoria de inexecutable de la sentencia C-428 de 2009 cobijan aquellas situaciones en las cuales la fecha de estructuración de la invalidez del afiliado es posterior a la de la expedición de la sentencia (1 de julio de 2009) y, que las situaciones cuya fecha de estructuración es anterior, deberían regirse por los requisitos exigidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en su versión original.

1. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que sólo la Corte Constitucional puede fijar los efectos de sus fallos, en el cuerpo de la sentencia³⁷ o en sentencias posteriores.³⁸ En relación con el requisito de fidelidad es importante resaltar que su oposición a la Constitución había sido detectada en el control de constitucionalidad concreto por diversas salas de revisión, doctrina que resultaba vinculante para los jueces de tutela con anterioridad a la expedición de la sentencia C-428 de 2009³⁹, y que, con posterioridad al citado fallo, diferentes Salas de Revisión han sostenido que los efectos de la sentencia son aplicables a situaciones en las cuales la fecha de estructuración de la invalidez es anterior a la declaratoria de inexecutable parcial, por cuanto el texto del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, en su redacción original, y respecto al requisito de fidelidad, es contrario al principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social, y lo que hizo el estudio de constitucionalidad fue “corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución”.⁴⁰ En esa medida, la sentencia tiene un efecto declarativo y no constitutivo.

1. La obligación del ISS de respetar las decisiones de la Corte Constitucional sobre la interpretación constitucionalmente correcta de los requisitos para el acceso a la pensión de invalidez, en relación con la línea jurisprudencial desarrollada por la Corporación en sede de revisión de tutela y control de constitucionalidad. Reiteración de jurisprudencia.

1. De la línea de precedentes esbozada en el capítulo anterior se desprende, con plena claridad, que el requisito de fidelidad es incompatible con la Constitución Política porque, al establecerlo, el Legislador violó el principio de progresividad, aplicable a las facetas prestacionales de determinados derechos constitucionales y afectó por esa vía, a personas titulares del derecho a un trato especial de las autoridades, de carácter favorable, en virtud a las condiciones de vulnerabilidad que los afectan y en desarrollo del principio de igualdad, en su dimensión promocional.

Esa conclusión se presentó de manera uniforme en una serie de decisiones de revisión de tutela, que se encuentra sistematizada en el fallo T-043 de 2007. Por ello, incluso antes de que la Corte profiriera la sentencia C-428 de 2009, resultaba pacífico, desde el punto de vista constitucional, que las entidades encargadas del reconocimiento y pago de pensiones tenían la obligación de inaplicar el requisito de fidelidad, al estudiar solicitudes de pensión de invalidez.

En relación con los precedentes que la Corte Constitucional desarrolla en sede de tutela, debe indicarse que, si bien la Corporación decide casos concretos, su función como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se cifra en preservar la supremacía e integridad del Texto Superior, así que sus fallos sobre asuntos concretos se proyectan sobre el orden constitucional, en tanto concretan el significado de las cláusulas de derechos constitucionales, cuya apertura semántica hace imprescindible la unificación interpretativa del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

Por ello, si bien las decisiones adoptadas en sentencias de revisión de tutela -salvo en casos excepcionales y cuando la Corporación así lo indique-, tienen efectos inter partes, la motivación contenida en ellas, en los apartes que resulten necesarios para sostener las órdenes correspondientes,⁴¹ vincula también a todos los jueces y a la Administración. En tal sentido, el respeto por la ratio decidendi de las sentencias de revisión de este Tribunal es condición de eficacia de los derechos constitucionales, y de la supremacía de la Constitución Política.

1. Resulta oportuno señalar que el valor normativo de la jurisprudencia, entendida según se ha explicado como las motivaciones contenidas en los fallos judiciales, generó a la entrada

en vigencia de la Constitución Política de 1991 un interesante debate sobre la naturaleza del sistema de fuentes colombiano, de tradición legalista. Sin embargo, ese debate se encuentra superado por lo menos desde el año dos mil uno (2001), cuando en sentencia C-836 de 200142 la Sala Plena sentó su posición sobre el valor vinculante de la jurisprudencia y la importancia del precedente judicial en la aplicación del derecho.

Entre las razones constitucionales que más incidencia tuvieron en la posición unificada que sostiene la Corporación desde aquella oportunidad se cuentan (i) la interpretación extensiva de la expresión “imperio de la ley” contenida en el artículo 230 de la Constitución, de acuerdo con la cual, en el contexto de las fuentes del derecho, la expresión “ley” no debe entenderse como un tipo de norma de carácter general y abstracto proferida por el Congreso de la República, sino como “derecho” en sentido amplio, pues de acoger la interpretación restrictiva se llegaría a la conclusión inaceptable de que los jueces no se hallan vinculados a la Constitución Política, los tratados internacionales aprobados y ratificados por Colombia (o bien incorporados en virtud del bloque de constitucionalidad al orden interno), y las demás normas jurídicas que no son producto del Legislador; y (ii) la relación entre el respeto del precedente y el principio de igualdad, pues no es suficiente que las normas posean supuestos de hecho generales para lograr los cometidos del citado principio si, cada juez, al resolver los asuntos que llegan a su conocimiento, decide variar constantemente sus posiciones interpretativas, tratar de forma diversa a ciudadanos en igual situación de hecho y pasar por alto la doctrina sentada por los órganos de cierre del sistema jurídico, sobre la interpretación de las normas pertinentes.⁴³

1. Con el paso del tiempo, la Corporación recalcó también la importancia del precedente para asegurar la confianza de los ciudadanos en una administración de justicia que adopte decisiones razonablemente previsibles, la buena fe que debe caracterizar las relaciones entre los ciudadanos y las autoridades, y la unidad del ordenamiento jurídico, que sólo puede preservarse adecuadamente cuando los órganos de cierre del sistema jurídico sientan las bases para la aplicación de las normas de derecho y los demás órganos del sistema jurídico las respetan.⁴⁴

Con todo, el respeto del precedente no sólo se haya ligado a principios y fines

constitucionales, sino que parte de una exigencia de la razón práctica (es decir, el tipo de razonamiento dirigido a determinar lo que es debido), de acuerdo con la cual es irrazonable tratar de forma distinta dos personas o dos situaciones de hecho, si no median razones poderosas para hacerlo, regla de la argumentación que se proyecta en dos direcciones: el seguimiento del precedente, entendido en este contexto como norma previamente establecida sobre lo que debe hacerse en una situación determinada; o el abandono del mismo, sólo si median razones suficientes para hacerlo. Ambas reglas obligan al operador jurídico a tomar en consideración el precedente y, contrario sensu, descartan la indiferencia frente al precedente, o la desobediencia inmotivada del mismo, como justificación válida de una decisión.

1. Es por ello que el manejo del precedente se concreta, en buena medida, en reglas argumentativas. Así, el seguimiento del precedente supone una “descarga” de la argumentación, pues la sola existencia de un pronunciamiento previo sobre un asunto jurídico similar constituye una razón para actuar constitucionalmente relevante que redundará en la eficacia de todos los principios jurídicos previamente citados. El abandono, ampliación o restricción del precedente están en cambio sujetos a la existencia de razones constitucionales de tal entidad, que no sólo sugieran una nueva respuesta a problemas previamente analizados, sino que justifiquen la restricción de los principios sobre los que se fundamenta el respeto por el precedente.

Ahora bien, la mayor parte de los argumentos, criterios y subreglas vertidos en la jurisprudencia constitucional sobre el precedente se han relacionado con el tratamiento que deben dar los jueces a la jurisprudencia y el precedente judicial. Los jueces tienen a su cargo la interpretación y aplicación de las normas legales en los casos concretos, siempre dentro del marco de los principios constitucionales o, en otros términos, de manera conforme a la Constitución Política. En esa tarea gozan de amplia autonomía e independencia para determinar el alcance de las reglas legales. Además, les corresponde evaluar todas las características de un caso concreto, razón por la cual las reglas y cargas argumentativas a las que se ha hecho referencia, les permiten apartarse del precedente, siempre que no lo ignoren, que señalen de forma transparente su alcance y las razones que los motivan para adoptar una decisión diversa a la ya trazada en decisiones con valor de precedente.

1. En la reciente sentencia C-634 de 2011,⁴⁵ esta Corporación abordó algunos aspectos relacionados con la vinculación de la Administración Pública a los precedentes judiciales. Aunque no se efectuó un tratamiento integral del tema, las conclusiones se encaminan a señalar que los mismos fundamentos del respeto al precedente por los órganos jurisdiccionales son predicables frente a aquellos de carácter administrativo. En esta sentencia se estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de un apartado del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en el que se establece que al momento de resolver los asuntos de su competencia, las autoridades administrativas tienen el deber de acoger la interpretación y aplicación que haga el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación jurisprudencial de las normas constitucionales, legales y reglamentarias.⁴⁶ El demandante argumentó que la norma excluía la obligación de las autoridades de tener en cuenta los precedentes de otras altas cortes, y en especial, los de la Corte Constitucional, circunstancia que, entre otras razones, desconocían el principio de supremacía constitucional.

Para resolver el problema propuesto en esa demanda, la Corte reiteró que los precedentes de la Corte Constitucional tienen fuerza vinculante para todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, al momento de ejercer su actividad, “en razón de la jerarquía del sistema de fuentes formales de derecho y el principio de supremacía constitucional, que obligan a la aplicación preferente de las disposiciones de la Carta Política y, en consecuencia, de los contenidos normativos identificados por la jurisprudencia constitucional, en ejercicio de su labor de intérprete autorizado del Texto Superior”.⁴⁷

Con fundamento en este, y otros argumentos, la Corte encontró que el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, al dejar de señalar que las autoridades administrativas al resolver los asuntos de su competencia, además de tener en cuenta la interpretación del Consejo de Estado en sentencias de unificación de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, también están sometidas a los precedentes de la Corte Constitucional, en desarrollo “del principio de supremacía constitucional y [de] los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 C.P.” Asimismo, encontró que el Legislador tenía la obligación de incluir el precedente constitucional en la norma demandada, y que no

concurría una razón suficiente que justificara dicha omisión. Por las razones expuestas, declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido “que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”.⁴⁸

1. Por todo lo expuesto, cuando una entidad administrativa desconoce el precedente sentado en jurisprudencia clara y uniforme de la Corte Constitucional, incurre en evidente violación al derecho a la igualdad y su decisión debe ser revocada, incluso por vía de tutela, cuando se cumplan los presupuestos generales de procedibilidad.

Además de ello, y de manera independiente a esa obligación, los fallos que dicta la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, tienen efectos erga omnes, y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y el artículo 243 Superior dotó de una fuerza particular a la cosa juzgada constitucional al prohibir, expresamente, que las normas declaradas inexecutable sean reproducidas. Prohibición que se dirige a todas las autoridades.

En consecuencia, el desconocimiento de una sentencia de constitucionalidad acarrea un irrespeto por el derecho vigente, el principio de igualdad y la adecuada interpretación de las normas legales. La aplicación de una norma declarada inexecutable, implica la adopción de una decisión que no cuenta con sustento en el orden legal y viola, además, los principios superiores incompatibles con el precepto en cuestión.

En ese sentido, existe una diferencia jurídica práctica entre el desconocimiento del precedente de tutela y el de constitucionalidad. La violación del primero se traduce en una trasgresión al derecho de igualdad que, en caso de cumplirse las reglas generales de procedencia de la acción de tutela, puede ser atacada ante el juez de tutela. El funcionario que decide ignorar lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de control abstracto se aleja abiertamente del ordenamiento jurídico y pasa por alto la prohibición expresamente contenida en el artículo 243 de la Carta. Por lo tanto, puede ver comprometida su responsabilidad, en los ámbitos penal, disciplinario y fiscal, según los hechos en que se

produzca su actuación.

1. Estructuración en forma retroactiva del estado de invalidez de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas. Reiteración de jurisprudencia

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho fundamental irrenunciable, el cual debe prestarse en los términos que establezca la ley. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, estableciendo el Sistema de Seguridad Social Integral, dentro del cual se encuentra el Sistema General de Pensiones que tiene por objeto garantizar a la población una protección frente a las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte.

Respecto de las contingencias derivadas de la invalidez por riesgo común,⁴⁹ el Sistema General de Pensiones consagró el reconocimiento de una pensión de invalidez para aquellas personas que cumplieran los requisitos establecidos en el artículo 39 de la citada ley y, para aquellos afiliados que al momento de la estructuración de su invalidez no hubieren reunido los requisitos para adquirir esa prestación, el Sistema estableció el reconocimiento de una indemnización sustitutiva.

Ahora bien, es necesario analizar la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de los casos en los que la causa de la invalidez de los pacientes se deriva de una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, en los que la estructuración de la invalidez se establece en una fecha anterior al dictamen, pues en algunos casos, se ha determinado que ese dictamen vulnera el derecho a la seguridad social y al mínimo vital de los afiliados al Sistema.

Con ese fin, es pertinente indicar que la pérdida de capacidad laboral se establece por medio de una calificación que realizan las entidades autorizadas por la ley,⁵⁰ a partir de tal dictamen se determina la condición de la persona, indicándose el porcentaje de afectación producida por la enfermedad, en términos de deficiencia, discapacidad, y minusvalía,⁵¹ de modo que se le asigna un valor a cada uno de estos conceptos, lo cual determina un porcentaje global de pérdida de la capacidad laboral, el origen de esta situación y la fecha en

la que se estructuró la invalidez.⁵²

En el Decreto 917 de 1999, se define la fecha de estructuración de la invalidez como aquella “[...] en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”.

Así, es posible que, en razón de la enfermedad que genera la pérdida de la capacidad laboral, la fecha de estructuración del estado de invalidez sea fijada en un momento anterior a la fecha del dictamen,⁵³ a pesar de que la persona haya conservado sus capacidades funcionales y cotizado al sistema de seguridad social con posterioridad a la fecha de estructuración. En estos eventos, la Corte ha considerado que:

“[E]xisten casos en los que la fecha en que se pierde la aptitud para trabajar, es diferente a la fecha en que comenzó la enfermedad u ocurrió el accidente que causó ésta mengua. Lo anterior se presenta, generalmente, cuando se padecen enfermedades crónicas, que al ser estos padecimientos de larga duración, su fin o curación no puede preverse claramente, degenerativas o congénitas por manifestarse éstas desde el nacimiento, en donde la pérdida de capacidad laboral es paulatina.

Frente a este tipo de situaciones, la Corte ha evidenciado que los órganos encargados de determinar la pérdida de capacidad laboral, es decir las Juntas de Calificación de Invalidez, establecen como fecha de estructuración de la invalidez aquella en que aparece el primer síntoma de la enfermedad, o la que se señala en la historia clínica como el momento en que se diagnosticó la enfermedad, a pesar de que en ese momento, no se haya presentado una pérdida de capacidad laboral permanente y definitiva⁵⁴ superior al 5055 %, tal y como establece el Manual Único para la calificación de la invalidez - Decreto 917 de 1999-56.

Esta situación genera una vulneración al derecho a la seguridad social de las personas que se encuentran en situación de invalidez y han solicitado su pensión para conjurar este riesgo, por cuanto, en primer lugar, desconoce que, en el caso de enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la pérdida de capacidad laboral es gradual y por tanto la persona que sufre de alguno de este tipo de padecimientos puede continuar desarrollando sus actividades; en segundo lugar, no se tiene en cuenta las cotizaciones realizadas con

posterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez para el reconocimiento de esta prestación, lo cual puede generar un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de pensiones al “benefici[arse] de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.”⁵⁷ y finalmente contraría el artículo 3 del Decreto 917 de 1999.

[...]

En este orden de ideas, cuando una entidad estudia la solicitud de reconocimiento de una pensión de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita deberá establecer como fecha de estructuración de la invalidez el momento en que la persona haya perdido de forma definitiva y permanente su capacidad laboral igual o superior al 50%. y a partir de ésta verificar si la persona que ha solicitado la pensión de invalidez cumple con los requisitos establecidos por la normatividad aplicable para el caso concreto.”⁵⁸ (negrilla en texto original).

En desarrollo de lo anterior, las entidades encargadas de determinar el estado de invalidez de una persona que padece una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, cuando establezcan la fecha de estructuración de la invalidez, deben tener en cuenta que dicha fecha corresponde al momento en el cual el afiliado al Sistema General de Pensiones perdió su capacidad laboral en forma permanente y definitiva, pues de lo contrario, se estaría poniendo en riesgo los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de sujetos en condiciones de debilidad manifiesta.

Esta posición fue asumida por la Corte en la sentencia T-561 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla), en la cual se estudió una acción de tutela interpuesta por una persona que sufría una enfermedad mental de muy larga evolución, quien se afilió al Sistema General de Pensiones desde julio de 1983 y había cotizado de manera ininterrumpida por más de 21 años. Su enfermedad fue calificada con un porcentaje de pérdida de su capacidad laboral del cincuenta y uno punto diez por ciento (51.10%), pero al momento de practicarse el dictamen correspondiente se estableció que la fecha de estructuración de su invalidez fue el 17 de noviembre de 1983, razón por la cual, la entidad accionada le había negado el reconocimiento de la pensión por no haber cumplido el requisito de cotizar 50 semanas en

los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

La Corte encontró que la estructuración de la invalidez se estableció en una fecha en la que la actora sufrió un episodio clínicamente difícil. Sin embargo, teniendo en cuenta que la actora continuó aportando al Sistema por más de 21 años, consideró poco verosímil asumir que ese fue el momento en el que la actora perdió definitivamente su capacidad laboral. Por esta razón, tomó como fecha de estructuración el momento en que la actora solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez. Concretamente dijo:

“En efecto, el proceso de aseguramiento de los riesgos de invalidez, vejez o muerte exige el cumplimiento de algunos requisitos, pero el sistema no puede desconocer las circunstancias particulares de un caso como el que se revisa, para negar el reconocimiento de una pensión por invalidez, cuando está demostrado más que suficientemente que la interesada pudo cotizar a pensiones hasta el año 2004, muy a pesar de la supuesta condición de invalidez que se habría estructurado desde 1983. Por tal motivo, entiende la Sala que sólo en el año de 2004 se consolida en la accionante una verdadera situación de invalidez, por lo que serán las normas y las situaciones fácticas de ese momento las que en efecto han de ser tenidas en cuenta para una adecuada valoración y calificación de su invalidez y del efectivo cumplimiento o no de la condición de persona inválida”.⁵⁹

Por lo anterior, en aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad crónica, degenerativa o congénita, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva.

Una vez reiterada la jurisprudencia de la Corte sobre el establecimiento en forma retroactiva de la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral de personas que padecen enfermedades crónicas, degenerativas o congénitas, la Sala de Revisión hará una breve exposición sobre la protección constitucional e internacional de las personas con discapacidad.

1. Protección constitucional e internacional de las personas con discapacidad

La Constitución Política reconoce una protección especial para las personas con discapacidad. En efecto, en su artículo 13 se consagra el derecho de todas las personas a recibir la misma protección y trato de las autoridades, y a que se les garanticen los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación. Adicionalmente, en los incisos 2° y 3° del mismo artículo se establece el deber del Estado de brindar una protección especial a las personas que se encuentren en estado de debilidad manifiesta por su condición económica, física o mental, con el fin de lograr que la igualdad de estas personas sea material y no simplemente formal.⁶⁰

Por otra parte, en el artículo 47 de la Constitución Política se establece el deber del Estado de adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos⁶¹, en el artículo 54, se establece el deber del Estado de garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud,⁶² y en el artículo 68, se establece la obligación especial del Estado de brindar educación a las personas con limitaciones físicas o mentales.⁶³

De la interpretación de estas normas, la Corte Constitucional ha concluido que las personas con discapacidad tienen derecho a que el Estado adopte medidas positivas con el fin de lograr que su derecho a la igualdad sea efectivo, pues ha reconocido que estas personas han sido históricamente discriminadas y han tenido que enfrentar distintas barreras que les han impedido gozar y disfrutar de sus derechos en las mismas condiciones que las demás personas. Respecto de la forma de discriminación a la que han sido sometidas las personas con discapacidad, la Corte ha señalado:

“6. Tal como ha ocurrido con otros grupos sociales, los discapacitados han sido objeto constante de marginación social a través de los siglos. La discriminación contra los discapacitados presenta, sin embargo, características que le son propias y que no se observan en otros casos. Por un lado, porque el sector de los discapacitados ha sido durante largos períodos una minoría oculta o invisible, en la medida en que en muchas ocasiones las personas afectadas por discapacidades fueron internadas en instituciones o mantenidas por fuera del ámbito de la vida pública. De otra parte, porque la minoría de los discapacitados es tan heterogénea como disímiles son las limitaciones que pueden causar las múltiples formas

en que se manifiestan las discapacidades. Y finalmente, porque la discriminación contra los discapacitados frecuentemente es ajena al alto grado de hostilidad, odio e irracionalidad que acompaña otras formas de discriminación, tal como la que causa la segregación racial. En efecto, en muchos casos la discriminación contra los discapacitados no tiene origen en sentimientos de animadversión, y recibe una justificación con la limitación física o mental que presenta la persona afectada - claro está, haciendo caso omiso de las condiciones especiales de cada discapacidad y de los diferentes grados de limitación que ellas pueden generar. De esta manera, la marginación de los discapacitados frecuentemente no está acompañada de hostilidad, sino que es más bien producto de ignorancia, de prejuicios, de simple negligencia, de lástima, de vergüenza o de la incomodidad que genera el encuentro con personas diferentes".⁶⁴

La protección constitucional antes descrita está acorde con los instrumentos internacionales que se han suscrito con el propósito de garantizar a las personas con discapacidad el goce pleno en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. En efecto, el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales interpretó mediante su Observación General No. 5, que el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales establece una protección especial a las personas con discapacidad. En la observación en mención, se señaló:

"5. El Pacto no se refiere explícitamente a personas con discapacidad. Sin embargo, la Declaración Universal de Derechos Humanos reconoce que todos los seres humanos han nacido libres e iguales en dignidad y en derechos y, como las disposiciones del Pacto se aplican plenamente a todos los miembros de la sociedad, las personas con discapacidad tienen claramente derecho a toda la gama de derechos reconocidos en el Pacto. Además, en la medida en que se requiera un tratamiento especial, los Estados Partes han de adoptar medidas apropiadas, en toda la medida que se lo permitan los recursos disponibles, para lograr que dichas personas procuren superar los inconvenientes, en términos del disfrute de los derechos especificados en el Pacto, derivados de su discapacidad. Además, el requisito que se estipula en el párrafo 2 del artículo 2 del Pacto que garantiza "el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna" basada en determinados motivos especificados "o cualquier otra condición social" se aplica claramente a la discriminación basada en motivos de discapacidad."

Ahora bien, la Organización de las Naciones Unidas adoptó el 13 de diciembre de 2006 la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, tratado aprobado por Colombia mediante la Ley 1346 de 2009. Esta ley fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-293 de 2010.⁶⁵ En esta, la Corte hizo mención de los tratados internacionales que hasta la adopción de la Convención habían desarrollado los derechos humanos de las personas con discapacidad. Al respecto, señaló:

“Entre los tratados internacionales que previamente a la firma de esta Convención se han ocupado del tema cabe mencionar, comenzando por los emanados de la Organización de las Naciones Unidas, la Declaración de los Derechos del Retrasado Mental (1971) y la Declaración de los Derechos de los Impedidos (1975), y las Normas Uniformes sobre la igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad (de carácter no vinculante, adoptadas en 1993). Dentro del ámbito continental se destaca la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999, incorporada al derecho interno por Ley 762 de 2002.

Además de los anteriores instrumentos, específicamente dirigidos a la población discapacitada, la Corte ha identificado otros tratados multilaterales que protegen también, aunque de manera global y menos directa, los derechos de ese grupo especial de personas. Entre estos, deben destacarse la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales suscritos ambos de 1966, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de 1984, así como los instrumentos relativos a la eliminación de distintas formas de discriminación⁶⁶.”⁶⁷

En la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, los Estados Partes reconocieron que el concepto de discapacidad evoluciona y que es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras que se les imponen y que evitan su participación plena y efectiva en condiciones de igualdad.⁶⁸ De igual manera, establecieron que el concepto de discapacidad incluye a aquellas personas “que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.⁶⁹

Asimismo, en el artículo 1° se estableció que el propósito de la Convención es el de “promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente”.

Para alcanzar los fines propuestos y en armonía con el marco de protección constitucional para este grupo poblacional, la Convención estableció en cabeza del Estado unas obligaciones de acción y otras de omisión respecto de los derechos de los que son titulares las personas con discapacidad. Entre estas obligaciones, se encuentra la de “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad”,⁷⁰ y la de abstenerse de realizar actos o prácticas que sean incompatibles con la referida Convención velando porque todas las autoridades e instituciones públicas actúen de acuerdo a lo que en ella se dispone.

Igualmente, en el artículo 3 del instrumento internacional, se consagraron unos principios generales, entre los cuales cabe destacar el respeto por la dignidad, autonomía individual y la independencia de las personas con discapacidad, la no discriminación, la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad, y la igualdad de oportunidades.⁷¹ Entre estos principios, la Convención se ocupó de desarrollar el de no discriminación, señalando que los Estados Partes, i) prohibirán toda discriminación por motivo de discapacidad, ii) garantizarán protección legal a las personas con discapacidad contra cualquier tipo de discriminación, y iii) realizarán ajustes razonables para promover la igualdad de las personas con discapacidad y eliminar la discriminación a la que este grupo de personas ha sido sometido.

Para una mejor comprensión de los compromisos adquiridos por los Estados Parte, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad definió los conceptos de “discriminación por motivos de discapacidad” y de “ajustes razonables”. Respecto del primer concepto, se estableció que la discriminación ocurre cuando se presentan actos de distinción, exclusión o restricción, que tengan el propósito o el efecto de obstaculizar o impedir el goce de los derechos y libertades de las personas con discapacidad. Asimismo, señaló que existe discriminación contra las personas con discapacidad cuando se deniegan ajustes razonables,⁷² concepto que fue definido como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieran en un caso particular, para garantizarle a las personas con

discapacidad el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales, las cuales no deben imponer una carga desproporcionada o indebida.⁷³

Finalmente, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad consagró una serie de derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, los cuales tienen especial importancia en la consecución de los fines y principios ya mencionados. Por esta razón, la Convención estableció obligaciones especiales de los Estados Partes para garantizar a las personas con discapacidad el goce efectivo de esos derechos en condiciones de igualdad.

En esta oportunidad es pertinente resaltar el derecho de las personas con discapacidad a ser habilitadas y rehabilitadas en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación, y los servicios sociales, con el fin de lograr la máxima independencia posible de estas personas y su inclusión social efectiva. Esta garantía reconoce que las personas con discapacidad pueden ejercer actividades productivas acordes con sus capacidades y hacer aportes importantes a la sociedad. Con este fin, la Convención establece la obligación de los Estados de adelantar servicios y programas voluntarios, que comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una “evaluación multidisciplinaria de las necesidades y capacidades de la persona”.⁷⁴

Asimismo, la Convención reconoce los derechos de las personas con discapacidad a trabajar en igualdad de condiciones con las demás personas,⁷⁵ a procurarse un nivel adecuado de vida y al acceso en igualdad de condiciones a programas y beneficios de jubilación.⁷⁶ Estos derechos también son una muestra de que la discapacidad, por sí sola, no implica que las personas que las padecen sean inválidas, ya que si estas personas voluntariamente son habilitadas laboralmente, debe dárseles la oportunidad de trabajar, garantizarse en forma independiente un nivel de vida digno, y, en condiciones especiales, acceder a las prestaciones que el Sistema General de Pensiones les garantiza a los demás.

En resumen, las personas con discapacidad tienen derecho a no ser discriminadas y a que se adopten medidas tendientes a lograr que su derecho a la igualdad sea efectivo garantizándoles su participación e integración plenas en la sociedad. Este derecho está consagrado en la Constitución y en tratados internacionales, normas en las que se

establecen obligaciones en cabeza del Estado, entre las que se encuentran la de “tomar todas las medidas pertinentes, incluidas medidas legislativas, para modificar o derogar leyes, reglamentos, costumbres y prácticas existentes que constituyan discriminación contra las personas con discapacidad” ,77 y la de abstenerse de realizar actos o prácticas que sean incompatibles con su protección especial. Para cumplir estas obligaciones, existe un deber de adoptar medidas como la implementación de “ajustes razonables”, entendido como las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que se requieren en un caso particular, para garantizarle a las personas con discapacidad el goce y ejercicio en condiciones de igualdad de sus derechos humanos y libertades fundamentales, las cuales no deben imponerles una carga desproporcionada o indebida.78

1. Estudio de los casos concretos

1. Expediente T-3559506

El señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz es una persona de avanzada edad que perdió el sesenta y dos por ciento (62%) de su capacidad laboral, a quien el Instituto de Seguros Sociales, mediante Resolución No. 15925 del 19 de agosto de 2008, le negó el reconocimiento de la pensión de invalidez, porque no cumplió con el requisito de fidelidad de cotización al sistema establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

En este caso, el acto administrativo por medio del cual el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Cardona Muñoz fue proferido antes de que la Corte declarara la inexecutable del requisito de fidelidad de cotización al sistema,79 por lo que puede pensarse que esa decisión, en aplicación del principio de legalidad, no vulnera los derechos fundamentales del actor. No obstante, como ya se indicó, esta Corporación ha resuelto casos con antecedentes fácticos similares en los que ha concluido lo contrario.

Por ejemplo, en la sentencia T-609 de 200980 se estudió una acción interpuesta por una persona de 66 años de edad, que fue calificada con el sesenta y ocho por ciento (68%) de

pérdida de su capacidad laboral, y a quien se le negó la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito de fidelidad de cotización al sistema contemplado en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003. La Corte consideró que debía tutelar los derechos fundamentales del actor, porque para el momento de proferir la sentencia ese requisito ya había sido declarado inexecutable, y, aunque la negación de la pensión de invalidez por parte de la entidad accionada fue anterior a esa declaratoria, la Corte tan sólo reafirmó el carácter irregular de una disposición que ya había sido inaplicada en no pocas ocasiones. Finalmente, sostuvo que aunque se aceptara como igualmente razonable la interpretación de que la sentencia C-428 de 2009 sólo tenían efecto hacia el futuro, en virtud del principio pro homine que obliga a preferir la interpretación más garantista para los derechos de los afectados, se llegaría a la misma conclusión de no exigir el requisito de fidelidad.

A la misma conclusión han llegado las distintas salas de revisión de esta Corporación en la solución de casos con antecedentes similares,⁸¹ razón por la cual, y en aplicación de los principios de igualdad y confianza legítima, este último derivado del principio de buena fe,⁸² según el cual, las autoridades públicas están obligadas a mantener un comportamiento consecuente respecto de actos o actuaciones anteriores, este caso debe ser resuelto en el mismo sentido en que se han decidido casos similares con anterioridad.

Con fundamento en los argumentos expuestos, se concluye que aunque en la fecha de estructuración de la invalidez del señor Cardona Muñoz aún no había sido declarada la inexecutable del requisito de fidelidad al sistema establecido en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, lo cierto es que ese requisito no resulta aplicable, porque se trata de una norma contraria al principio de progresividad en la protección del derecho a la seguridad social que ya había sido inaplicada en múltiples oportunidades por la Corte Constitucional, que posteriormente fue declarada inexecutable en el año 2009, y actualmente la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que las entidades encargadas de reconocer el derecho a la pensión de invalidez no pueden exigirlo al momento de evaluar la procedencia del derecho.

Ahora bien, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, el señor Cardona Muñoz debía acreditar una pérdida de su capacidad laboral superior al 50% y haber cotizado cincuenta (50) semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez. En el expediente está acreditado que el actor perdió su

capacidad laboral en un sesenta y dos por ciento (62%)⁸³ y que cotizó ochenta y cinco (85) semanas al sistema general de pensiones dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez,⁸⁴ cumpliendo así con los requisitos para obtener la pensión de invalidez.

Por lo anterior, la Sala Primera de Revisión revocará la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali el 6 de junio de 2012, por medio de la cual declaró la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, tutelaré los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz.

1. Expediente No. T-3562805

El señor Carlos Alberto Morcillo Minota es una persona de cincuenta y ocho (58) años de edad con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del cincuenta y uno punto ochenta y cinco por ciento (51.85%), a quien el Instituto de Seguros Sociales le negó la pensión de invalidez mediante Resoluciones Nos. 012520 del 23 de noviembre 2010⁸⁵ y 7185 del 28 de junio de 2011,⁸⁶ porque no cumplió con el requisito de fidelidad de cotización al sistema.

En este caso, los actos administrativos por medio de los cuales el Instituto de Seguros Sociales negó la pensión de invalidez del actor fueron proferidos luego de la declaratoria de inexecutable del requisito de fidelidad de cotización al sistema. Este hecho hace evidente la inaplicabilidad del mencionado requisito para el reconocimiento de la pensión de invalidez del señor Morcillo Minota, ya que la entidad accionada tenía certeza sobre su inexecutable al momento de resolver la solicitud pensional y, a pesar de ello, decidió exigirlo, desconociendo abiertamente la jurisprudencia de esta Corporación.

Si esto es así, los requisitos para que el señor Morcillo Minota acceda a la pensión de invalidez son la pérdida de su capacidad laboral en un porcentaje superior al cincuenta por ciento (50%) y haber cotizado cincuenta semanas en los tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

En las Resoluciones Nos. 012520 del 23 de noviembre de 2010 y 7185 del 28 de junio de 2011, el Instituto de Seguros Sociales afirma que el actor perdió su capacidad laboral en un

cincuenta y uno punto ochenta y cinco por ciento (51.85%), y que cotizó ciento cuarenta y seis (146) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, de lo cual se deriva que el señor Carlos Alberto Morcillo Minota cumple con los requisitos para acceder a la pensión de invalidez.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el actor es una persona de edad avanzada (58 años), con discapacidad, que no cuenta con recursos para suplir sus necesidades básicas y las de su familia, y que el Instituto de Seguros Sociales le negó el reconocimiento de su derecho con fundamento en un argumento abiertamente contrario a la Constitución, la Sala de Revisión tutelaré en forma transitoria los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Carlos Alberto Morcillo Minota. Con este fin, en la parte resolutive de esta sentencia, dejaré sin efectos las Resoluciones Nos. 012520 del 23 de noviembre de 2010 y 7185 del 28 de junio de 2011, y ordenaré al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, que dentro de los ocho (8) días hábiles posteriores a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague al actor su pensión de invalidez.

Teniendo en cuenta que la acción de tutela se otorga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable, dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de reconocimiento de la pensión de invalidez, el actor deberá interponer las acciones judiciales correspondientes para solicitar el reconocimiento definitivo de su derecho. En el evento en que ejerza las acciones judiciales en el plazo señalado, los efectos de esta decisión continuarán hasta que el juez ordinario profiera un fallo definitivo; de lo contrario, cesarán al vencimiento del término.

Adicionalmente, en el asunto objeto de estudio, la Sala constata que el ISS no respetó el precedente sentado por esta Corporación al aplicar un contenido normativo que se opone al principio de progresividad y afecta a personas especialmente vulnerables. Como sustento de esa actuación, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle, invocó un memorando de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado, en estos términos:

"[...] es pertinente informar al [a]filiado, que es cierto que la Corte Constitucional en Sentencia 428 de [j]ulio 1° del 2009, en su artículo (sic) Primero declar[ó] INEXEQUIBLE 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'. || En cuanto a la Sentencia C-428 de 2009, mediante MEMORANDO GNAP No. 10887 del 23 de [n]oviembre de 2009, emitido por la GERENCIA NACIONAL DE ATENCIÓN AL PENSIONADO, cuyo ASUNTO trató de la 'NO APLICACIÓN DE LA FIDELIDAD EN EL RECONOCIMIENTO DE PENSIONES DE INVALIDEZ', manifestó: || 'Teniendo en cuenta las funciones atribuidas a esta gerencia, contenida en el Decreto 1403 de 1994, relativas a la unificación de criterios en torno a la decisión de prestaciones económicas y visto que se hace necesario emitir pronunciamientos sobre la NO aplicación de la [f]idelidad en el reconocimiento de las pensiones por invalidez y sobrevivencia, esta Gerencia se permite anotar que: Mediante [c]omunicado de prensa No. 29 de 2009, [l]a Corte Constitucional hace saber que en sesión de la Sala Plena, celebrada el 01 de julio de 2009, mediante sentencia C-428 de 2009, se resolvió: [...] En este orden de ideas, es necesario mencionar la Ley 270 de 1996, la cual en su artículo 45 establece: 'REGLAS SOBRE LOS EFECTOS DE LAS SENTENCIAS PROFERIDAS EN DESARROLLO DEL CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD' [l]as [s]entencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tiene efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario'. || Teniendo en cuenta que aun no se han conocido las partes considerativas de las [s]entencias de inexecutableidad antes citadas (sic), y en observancia de la Ley [E]statutaria, es del caso mencionar que las solicitudes de pensión de invalidez que tengan la fecha de estructuración con posterioridad al 01 de [j]ulio de 2009, no les será exigible el requisito de fidelidad contenido en la Ley 860 de 2003 [...] Que no obstante lo anterior, la citada sentencia no es aplicable al caso del afiliado CARLOS ALBERTO MORCILLO MINOTA, ya que la fecha de la estructuración de su invalidez fue el 10 de [n]oviembre de 2008, antes del pronunciamiento de la Corte Constitucional ([j]ulio 1° del 2009) y la Sentencia no es de aplicación retroactiva." (negrilla, subrayado y mayúscula sostenida en texto original)

Si bien ese memorando afirma que el ISS acogerá lo dispuesto por la sentencia C-428 de 2009, no menciona nada acerca de la línea de precedentes de tutela que inaplicaron el citado requisito en virtud de la excepción de inconstitucionalidad y en la que claramente se determinaba que no es acorde a la Constitución Política.

En el asunto objeto de estudio, el memorando referido fue interpretado por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle,

como un fundamento para desconocer los precedentes de tutela sentados por esta Corporación. Sin embargo, en virtud de lo expuesto en las consideraciones del numeral 7 de esta sentencia, es evidente que no puede la Administración oponer su interpretación de las normas de derechos fundamentales a la que efectúa esta Corte. Por ello, se torna imperativo resaltar que, de ninguna manera, un memorando interno de la institución accionada puede servir de fundamento para aplicar el inconstitucional requisito de invalidez, con independencia de la fecha de estructuración que se presente en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral.

En términos puramente lógicos, el aparte del memorando citado sólo plantea la obligación de cumplir el precedente, de manera que podría interpretarse como instrucción pedagógica, destinada a divulgar entre los funcionarios del instituto la jurisprudencia constitucional. Del contenido transcrito no se desprende (en términos lógicos) que el requisito sí sea exigible antes del 1º de julio de 2009, aunque la decisión del citado Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle, deja en claro que de esa forma se entiende y aplica por parte de los funcionarios de la entidad, lo que se explica por el contexto en que se enmarca ese memorando.⁸⁷

Podría pensarse, entonces, que el Instituto de Seguros Sociales (sólo) pasó por alto la aplicación de la ratio decidendi de sentencias de revisión de tutela en esta oportunidad y que, por lo tanto, la decisión de la Corte debería limitarse a amparar los derechos fundamentales del actor y advertir al Instituto de Seguros Sociales que no incurra en conductas como las que motivan este pronunciamiento. Sin embargo, la Sala observa que (i) antes de la sentencia C-428 de 2009 existía jurisprudencia uniforme a partir de la cual surgía nítidamente la obligación de inaplicar el requisito de fidelidad en el escenario de las solicitudes de pensión de invalidez; y (ii) la Administración conoce un fallo de constitucionalidad de acuerdo con el cual ese requisito se opone a la Constitución Política. En ese marco, su determinación de negar la solicitud de pensión de invalidez del peticionario, debe considerarse abiertamente arbitraria, pues en virtud de lo expresado no existía ninguna duda interpretativa razonable frente a la obligación que surgía para el Instituto de Seguros Sociales de abstenerse de aplicar la condición de fidelidad a la petición del actor.

Por lo tanto, la Sala remitirá copia integral del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que verifique si los hechos del caso pueden comprometer la responsabilidad

disciplinaria del señor Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle, y si la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado incurre en violación de sus obligaciones legales al emitir instrucciones internas que pueden afectar la eficacia de los derechos fundamentales, en tanto pasan por alto la interpretación sentada por esta Corporación sobre el alcance de las normas contenidas en la Carta Política.

1. Expediente T-3565502

La acción de tutela promovida por el señor Juan plantea un problema jurídico distinto. En esta, el actor es una persona de cuarenta y ocho (48) años de edad que fue diagnosticado como portador del VIH en 1989. En 1996 se afilió al Instituto de Seguros Sociales en salud y pensiones, y desde ese momento ha aportado cerca de ochocientas (800) semanas.⁸⁸

Con fundamento en ese dictamen, el señor Juan solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, petición que fue negada por el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 003830 del 28 de febrero de 2011, porque, en su concepto, el actor no cumplió con los requisitos legales para acceder al derecho.

Para fundamentar su decisión, la entidad accionada consideró que los requisitos que debía cumplir el señor Juan para acceder a la pensión de invalidez eran los establecidos en el artículo 6° del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por ser la norma vigente en la fecha en que fue fijada la estructuración de la pérdida de capacidad del actor.⁹⁰ Esos requisitos son, haber sido declarado inválido y haber cotizado ciento cincuenta (150) semanas en los seis (6) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, o trescientas (300) semanas en cualquier momento anterior a esa misma fecha, los cuales no fueron cumplidos por el actor porque para ese momento había cotizado cero (0) semanas.

El juez de segunda instancia encontró que desde el 1° de abril de 1996 y hasta el 31 de diciembre de 1998, el señor Juan hizo aportes al sistema general de pensiones como trabajador dependiente. De este hecho, concluyó que el actor aún conservaba su capacidad laboral en esa época, y por lo tanto, que la estructuración de su invalidez no pudo ocurrir en 1990.

Sin embargo, teniendo en cuenta que los aportes posteriores al sistema fueron hechos, en concepto del juez, por familiares del actor o como trabajador independiente, y que, según lo afirmó el señor Juan, a partir de 1998 este empezó a sentir los efectos de su enfermedad y en los años 2007 y 2008 su condición física se deterioró ostensiblemente, el juez de tutela consideró que no contaba con elementos probatorios suficientes para establecer una fecha cierta de estructuración de la invalidez del actor, no podía establecer si este cumple con los requisitos para obtener la pensión de invalidez, ni podía ordenar el reconocimiento del derecho.

La Sala de Revisión considera, al igual que lo hizo el juez de instancia, que la invalidez del actor no pudo haberse estructurado en la fecha fijada por el Instituto de Seguros Sociales. Esta afirmación se fundamenta inicialmente en la definición reglamentaria establecida en el Decreto 917 de 1999 de la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral, según la cual, esta “es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva.”⁹²

Ahora bien, en el expediente está acreditado que el actor ha laborado desde abril de 1996, y a partir de ese momento, ha hecho sus aportes al sistema general de pensiones en forma ininterrumpida, llegando a cotizar cerca de ochocientas (800) semanas. Estos aportes, inicialmente y durante cerca de tres (3) años, fueron cotizados en calidad de trabajador dependiente al servicio de una empresa. Posteriormente, desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de diciembre de 2006, hizo aportes como trabajador al servicio de una persona natural. Finalmente, a partir del 1 de enero de 2007 ha hecho aportes como trabajador independiente.⁹³

Esta información es complementada con las afirmaciones hechas por el actor en un escrito anexo a la tutela, en el que relata la evolución de su enfermedad. En su escrito, señala que desde 1990, “lavaba carros[,] era mecánico, atendía fiestas en las fincas de [sus amigos,] hacía vueltas en los bancos, arreglaba sus casas cuando ellos salían de viaje”. Continúa manifestando que de 1998 a 2003, “las defensas[,] glóbulos rojos, plaquetas, glóbulos blancos [y] linfocitos[,] habían desaparecido[,] la enfermedad había empezado a golpear[lo] poco a poco. [...] En el año 2007-2008 [...] no tenía salud[,] era un cadáver que caminaba”. Finalmente, afirma que en el año 2008 le cambiaron los medicamentos para tratar su enfermedad, lo cual ha mejorado el estado de sus defensas, y actualmente, obtiene los

recursos para hacer los aportes al sistema de seguridad social, principalmente, de la ayuda que le ofrecen sus hermanos o amigos.⁹⁴

Analizando la anterior información en conjunto, está claro que el señor Juan no perdió su capacidad laboral en mayo de 1990, pues como lo afirmó el juez de segunda instancia, por lo menos desde abril de 1996 a diciembre de 1998, laboró como trabajador dependiente en una empresa. Adicionalmente, el actor afirma que los efectos de su enfermedad empezó a sentirlos en 1998. Sin embargo, surge la necesidad de establecer cuál es la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor, con el fin de determinar si este cumple con los requisitos para obtener la pensión de invalidez.

El juez de segunda instancia consideró que en el expediente no existían suficientes elementos probatorios para establecer una fecha de estructuración, razón por la cual no podía hacer el estudio de reconocimiento del derecho, pero la Sala de Revisión no comparte esa posición por varias razones.

En primer lugar, porque el actor sufre una enfermedad crónica degenerativa como lo es el VIH SIDA. Este hecho resulta importante, porque, como ya se indicó, la jurisprudencia de esta Corporación ha interpretado reiteradamente que en aquellos casos en los que se deba establecer la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral de una persona que sufra una enfermedad de esta naturaleza, que no le impida ejercer actividades laborales remuneradas durante ciertos períodos de tiempo, la entidad encargada de realizar el dictamen de pérdida de capacidad laboral deberá tener en cuenta que la fecha de estructuración corresponde a aquella en que el afiliado ve disminuidas sus destrezas físicas y mentales, en tal grado, que le impide desarrollar cualquier actividad económicamente productiva. Cuando la Corte ha verificado que la entidad encargada de calificar la invalidez de una persona no tiene en cuenta esta interpretación, ha establecido, en la mayoría de los casos, que la fecha de estructuración corresponde al momento de la práctica del dictamen.

Aplicando la anterior regla jurisprudencial al caso bajo estudio, la Sala de Revisión encuentra que el señor Juan padece una enfermedad crónica degenerativa, que la fecha de estructuración de su invalidez fue establecida en forma retroactiva, y que el actor ha ejercido actividades laborales durante determinados períodos posteriores a la presunta fecha de estructuración.

Ahora bien, la Sala considera que, en efecto, puede presentarse incertidumbre en cuanto a la fecha exacta en que el actor perdió de manera definitiva su capacidad laboral, porque este afirma que en 2007 “ya no tenía salud” y era un “cadáver que caminaba”, y que actualmente hace aportes al sistema de seguridad social integral, básicamente, con la ayuda que le brindan sus familiares y amigos,⁹⁵ lo que le impediría a la Sala considerar que la fecha de estructuración corresponde a la fecha en que el ISS le practicó el dictamen de pérdida de capacidad laboral. Sin embargo, esa incertidumbre no es absoluta y, por lo tanto, no implica que exista ausencia de certeza sobre su derecho a la pensión de invalidez, dado que, desde cualquier análisis razonable de los hechos, se evidencia el cumplimiento de los requisitos previstos por la ley para el acceso a la prestación, como a continuación se explica.

Para empezar, la fecha de estructuración establecida en el Dictamen de pérdida de capacidad laboral practicado por el Instituto de Seguros Sociales al actor, no guarda una relación de causalidad con los hechos analizados en este trámite, pues con posterioridad a esa fecha, en ocasiones como empleado, y en otras oportunidades como trabajador independiente, el actor pudo desarrollar labores productivas y cumplir con su carga de solidaridad hacia el sistema, a tal punto que actualmente reúne cerca de ochocientas (800) semanas de cotización, equivalentes a dieciséis (16) años, durante los cuales ha efectuado los aportes exigidos por la ley en forma ininterrumpida.⁹⁶

Ahora bien, según el reporte de semanas cotizadas por el señor Juan al Instituto de Seguros Sociales,⁹⁷ el actor laboró de abril de 1996 a diciembre de 1998, como trabajador dependiente al servicio de una empresa. Así mismo, el actor afirma que los efectos de su enfermedad los vino a sentir a partir de ese último año, cuando empezaron a bajar sus defensas.⁹⁸ En consecuencia, al verificar las especiales circunstancias del caso concreto, no resulta plausible afirmar que antes de 1998 se hallaba en estado de invalidez.

Al analizar esos hechos bajo los distintos regímenes que estuvieron vigentes durante el período de 1998 a 2007 (que son aquellos que corresponden a las fechas en que razonablemente se estructuró el estado de invalidez real o material del actor), la Sala observa que, bajo cualquiera de las hipótesis posibles, cumple con los requisitos para acceder al derecho.

En efecto, si se establece que la invalidez del actor se estructuró en una fecha ocurrida entre

diciembre de 1998 y la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003, los requisitos que debería cumplir serían los establecidos en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, es decir que, como ha cotizado permanentemente, tendría que acreditar veintiséis (26) semanas de cotización, requisito que cumpliría. Pero, si se considera que la fecha de estructuración es posterior a la entrada en vigencia de la Ley 860 de 2003 (29 de diciembre de 2003), debería acreditar la cotización de cincuenta (50) semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración, requisito que también cumpliría, porque como ya se ha dicho, el actor ha cotizado ininterrumpidamente desde abril de 1996.

Por lo tanto, la Sala de Revisión considera que el señor Juan tiene derecho al reconocimiento de su pensión de invalidez, porque cumple con los requisitos legales para obtener ese derecho, sin importar la fecha en que se establezca la estructuración de su invalidez, manteniendo presente que ésta, como ya se explicó, en todo caso es posterior a 1998.

En segundo lugar, la interpretación hecha en esta sentencia no es contraria al espíritu de las normas legales que establecen requisitos para acceder a la pensión de invalidez. En este aspecto, debe resaltarse que el establecimiento de esos requisitos tiene, entre otros, los propósitos de garantizar la sostenibilidad financiera del sistema y evitar fraudes.⁹⁹ En concepto de la Sala, ninguno de estos propósitos se desconoce en el presente caso, porque el actor ha hecho aportes al sistema por cerca de ochocientas (800) semanas, las cuales constituyen un porcentaje elevado de las semanas que debería cotizar para acceder a la pensión de vejez, lo que a su vez demuestra que en el presente caso no se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Pero, además, la densidad de cotización elevada del actor demuestra que su intención al momento de afiliarse y hacer aportes, en ningún momento fue la de cometer un fraude al sistema sino la de cumplir con sus obligaciones como ciudadano y afiliado al sistema.

En tercer lugar, porque el objeto de la acción es la protección de los derechos fundamentales de un sujeto con discapacidad, quien por mandato de la Constitución Política¹⁰⁰ y de algunos instrumentos internacionales, tiene derecho a recibir una protección especial del Estado, con el fin de garantizarle el goce en condiciones de igualdad de todos sus derechos fundamentales, incluidos los derechos a procurarse un nivel adecuado de vida y al acceso en igualdad de condiciones a programas y beneficios de jubilación.¹⁰¹

Por las razones expuestas, en la parte resolutive de esta sentencia, la Sala Primera de Revisión revocará el fallo proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín, y en su lugar, tutelaré los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, del señor Juan. Con este fin, dejaré parcialmente sin efectos el dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Juan, proferido por el Instituto de Seguros Sociales el 21 de diciembre de 2009, respecto de la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor a partir del 1° de mayo de 1990. En su lugar, se deberá entender que la estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor se dio en un momento posterior al 31 de diciembre de 1998, con fundamento en las razones expuestas en esta sentencia. Asimismo, ordenaré al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación que en los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca y pague en forma definitiva la pensión de invalidez a favor del señor Juan.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Cali el 6 de junio de 2012, que declaró la improcedencia de la acción de tutela y, en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social del señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 15925 del 19 de agosto de 2008, mediante la cual el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, que dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, RECONOZCA y realice todos los trámites para el pago de la pensión de invalidez al señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz, procedimiento que no podrá exceder de un (1) mes calendario.

Quinto.- Como consecuencia de lo anterior, DEJAR SIN EFECTOS las Resoluciones Nos. 012520 del 23 de noviembre de 2010 y 7185 del 28 de junio de 2011, mediante las cuales el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Carlos Alberto Morcillo Minota.

Sexto.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación, que dentro de los ocho (8) días hábiles siguientes a la notificación de esta sentencia, RECONOZCA y realice todos los trámites para el pago de la pensión de invalidez al señor Carlos Alberto Morcillo Minota, procedimiento que no podrá exceder de un (1) mes calendario.

Tomando en cuenta que el actor es un sujeto de especial protección constitucional, con base en el principio de solidaridad social y equidad en las cargas públicas, debido a su grave situación personal, establecerá en cabeza de las citadas entidades el deber de acudir ante la jurisdicción dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la notificación de este fallo. De no hacerlo, las órdenes que se dicten dentro de este proceso se mantendrán, con la fuerza de la cosa juzgada constitucional.

Séptimo.- REVOCAR el fallo proferido por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 22 de junio de 2012, que confirmó el fallo proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín el 24 de mayo de 2012, y en su lugar, TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la igualdad, del señor Juan.

Octavo.- Como consecuencia de lo anterior, DEJAR PARCIALMENTE SIN EFECTOS el dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Juan, proferido por el Instituto de Seguros Sociales el 21 de diciembre de 2009, respecto de la fecha de estructuración del estado de invalidez del actor a partir del 1° de mayo de 1995. En su lugar, se deberá entender que la estructuración de la pérdida de capacidad laboral del actor se dio en un momento posterior al 31 de diciembre de 1998, con fundamento en las razones expuestas en esta sentencia.

Noveno.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales en Liquidación que en los ocho (8) días siguientes a la notificación de esta sentencia, RECONOZCA en forma definitiva la pensión de invalidez a favor del señor Juan y realice todos los trámites para el pago de tal pensión, procedimiento que no podrá exceder de un (1) mes calendario.

Décimo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

Ausente con permiso

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, “[p]or el cual se suprime el Instituto de Seguros Sociales ISS, se ordena su liquidación, y se dictan otras disposiciones”. Artículo 1°. “Supresión y liquidación. Suprímese el Instituto de Seguros Sociales, creado por la Ley 90 de 1946 y transformado el Empresa Industrial y Comercial del Estado, mediante el Decreto 2148 de 1992, vinculada al Ministerio de Salud y Protección Social, según el Decreto Ley 4107 de 2011. || En consecuencia, a partir de la vigencia del presente Decreto, esta entidad entrará en proceso de liquidación y utilizará para todos los efectos la denominación ‘Instituto de Seguros Sociales en liquidación’. || El régimen de liquidación será el determinado por el presente Decreto, el Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006 y las demás normas que los modifiquen, sustituyan o reglamenten.”

2 Los expedientes de la referencia fueron escogidos para revisión por medio del Auto del nueve (9) de agosto de dos mil doce (2012), proferido por la Sala de Selección Número Ocho (8), ordenando su acumulación por presentar unidad de materia.

3 Como documento anexo al escrito de tutela, el señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz presentó un fotocopia de su cédula de ciudadanía en la que consta que nació el 13 de julio de 1946. (Folio 8 del cuaderno principal. En adelante, cuando se haga referencia a algún folio, debe entenderse que hace parte del cuaderno principal, a menos que expresamente se diga otra cosa).

4 En el expediente obra copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral del señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz, proferido por el Instituto de Seguros Sociales el 30 de octubre de 2007, en el que se establece que el actor padece: síndrome de Parkinson, hernia discal L4, L5 radiculopatía L5, espondiloartrosis degenerativa, pérdida auditiva oído derecho. (Folios 9 y 10).

5 Resolución No. 15925 del 19 de agosto de 2008, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle. (Folios 6 y 7).

6 En el escrito de tutela se afirma que el señor Carlos Alberto Morcillo Minota nació el 25 de julio de 1954. Esta información es ratificada por el Instituto de Seguros Sociales en el reporte de semanas cotizadas por el actor a dicha entidad. (Folios 13 - 17).

7 En el expediente no se aporta copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral. No obstante, la información suministrada en el escrito de tutela respecto de la calificación de la pérdida de capacidad laboral del actor coincide con la información reseñada por el Instituto de Seguros Sociales en las Resoluciones No. 012520 de 2010 y 7185 de 2011. (Folios 7 - 12).

8 Resolución No. 012520 del 23 de noviembre de 2010, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales Seccional Valle. (Folios 7 y 8).

9 Como documento anexo al escrito de tutela, el señor Juan aportó fotocopia de su cédula de ciudadanía en la que consta que nació el 10 de marzo de 1964. (Folio 141).

10 Como documento anexo al escrito de tutela, se aportó un reporte de semanas cotizadas por el actor al Instituto de Seguros Sociales actualizado al 8 de mayo de 2012, en el que se certifica un total de setecientos ochenta y nueve semanas punto cuarenta y tres (789.43) semanas cotizadas por el actor al Sistema.

11 Decreto 758 de 1990 “[p]or el cual se aprueba el acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.” Artículo 1°. Apruébase el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, cuyo texto es el siguiente: Acuerdo 049 de 1990 “[p]or el cual se expide el Reglamento General del Seguro Social Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte.” || [...] Artículo 6°. “Requisitos de la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: || a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, || b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

12 Resolución No. 003830 del 28 de febrero de 2011, proferida por el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales Seccional Antioquia. (Folio 32).

13 Ley 797 de 2003 “[p]or la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales.” [...] Artículo 11. “Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: || 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. || 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado 50 semanas dentro de los tres años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma. || Parágrafo. Los menores de 20 años de edad solo deberán acreditar que han cotizado 26 semanas en el último año inmediatamente anterior al hecho causante de su invalidez o su declaratoria.” [Este artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia

C-1056 de 2003 (MP. Alfredo Beltrán Sierra, SPV. Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araújo Rentería y Clara Inés Vargas Hernández. SV y AV. Manuel José Cepeda Espinosa. SV. Eduardo Montealegre Lynett y Rodrigo Escobar Gil)].

14 MP. Mauricio González Cuervo. (SPV. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa).

15 Sentencia T-1316 de 2001 (MP. Rodrigo Uprimny Yepes). En esta sentencia se estudia si es procedente la acción de tutela como mecanismo transitorio, teniendo en cuenta que el accionante había presentado una demanda ante la jurisdicción contencioso administrativa, solicitando el incremento de su mesada pensional. En este caso la Corte resolvió confirmar los fallos de instancia, los cuales negaron la tutela del derecho, pues consideró que para el caso en concreto no se configuraba una situación irremediable. Esta sentencia reitera los argumentos planteados en la sentencia T-225 de 1993 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa).

16 Dictamen de pérdida de capacidad laboral practicado al señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz, proferido por el Instituto de Seguros Sociales el 30 de octubre de 2007, en el que se diagnostica que padece: enfermedad de Parkinson, hernia discal L4, L5 radiculopatía L5, espondiloartrosis degenerativa, pérdida auditiva oído derecho. (Folios 9 y 10).

17 En este certificado, la médico tratante afirma: “Paciente con enfermedad de base SIDA C3, en estado avanzado de su enfermedad, con pronóstico reservado por su marcada lipoatrofia y pérdida de peso, su inmunosupresión, lo que puede generar en cualquier momento posible recaída, y alto riesgo de otras enfermedades concomitantes. [...] Probablemente no se logre reubicar en el futuro o en más de 1 año, por su patología base y su compromiso general, dolor crónico, mialgias generalizadas, pérdida de peso, cansancio fácil, con incapacidad para hacer algunas actividades, con limitación, además con alto riesgo de enfermedades oportunistas asociadas a la inmunosupresión, con un pronóstico a corto y mediano plazo reservado.”

18 Este argumento ha sido reiterado, entre otras, en la sentencia T-533 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). En esa oportunidad, la Corte se pronunció sobre la procedibilidad de una acción que fue interpuesta luego de haber transcurrido cerca de tres (3) años desde el momento en que el ISS le negó la pensión de invalidez a la actora, porque esta no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema. Luego de reiterar su jurisprudencia sobre el requisito

de inmediatez, la Corte consideró que las condiciones de especial vulnerabilidad de la actora, hacían que la tutela fuera el mecanismo procedente para resolver la controversia sobre su derecho a la pensión de invalidez. En la parte resolutive de esa sentencia, se tutelaron los derechos de la actora a la seguridad social, a la salud y a la protección especial de las personas con discapacidad, y se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

19 “Cr. Por ejemplo la sentencia T- 1110 de 2005 (F.J # 46), entre otras.”

20 Una de las primeras sentencias en las que se esquematizaron estas dos excepciones es la T-158 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esta sentencia se estudió una demanda por medio de la cual se pretendía la reliquidación de la mesada pensional del actor. La Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela, entre otras razones, porque no se acreditó que esta se hubiera interpuesto para evitar la vulneración de los derechos fundamentales del actor, teniendo en cuenta que la mesada pensional que estaba recibiendo era alta. Esta posición fue reforzada con el hecho de que el actor hubiera interpuesto la acción luego de haber transcurrido un lapso de tiempo prolongado desde que la fecha en que se profirió el acto administrativo que negó la reliquidación de la pensión, situación de la cual se concluyó que el actor no requería una protección urgente a sus derechos.

21 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

22 Sentencia T-906 de 2011 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En las consideraciones sobre el fondo del asunto, la Corte concluyó que la mora del empleador en cancelar los aportes del actor al Sistema General de Pensiones, era un hecho que el ISS no podía oponer al actor, ya que la entidad accionada tenía el deber de vigilar la afiliación y el pago oportuno de las cotizaciones “so pena de allanarse a la mora”. Por las razones expuestas, la Corte tuteló los derechos al mínimo vital, a la vida digna y a la seguridad social del actor, y ordenó a la entidad accionada que reconociera y empezara a pagar la pensión de invalidez del actor.

23 Folio 18.

24 MP. Mauricio González Cuervo, (SP. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa).

25 Dictamen de pérdida de capacidad laboral practicado al señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz, proferido por el Instituto de Seguros Sociales el 30 de octubre de 2007, en el que se diagnostica que padece: enfermedad de Parkinson, hernia discal L4, L5 radiculopatía L5, espondiloartrosis degenerativa, pérdida auditiva oído derecho. (Folios 9 y 10).

26 Ley 100 de 1993, artículo 38: “Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

27 Esta norma empezó a regir a partir del 26 de diciembre de 2006.

28 Artículo 1º, Ley 860 de 2003.

29 En el mismo sentido, se pueden revisar entre otras, las sentencias T-1291 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-221 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-699A de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-580 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-628 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1040 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

30 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

31 Sentencia T-287 de 2008 (MP. Manuel José Cepeda Espinosa).

32 MP. Mauricio González Cuervo. (SPV. De Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa).

33 Dato obtenido a partir de informes de la Superintendencia Financiera del mes de octubre de 2008.

34 MP. Mauricio González Cuervo. (SPV. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa). En esta sentencia, la Corte Constitucional resolvió: “Primero. Declarar EXEQUIBLE el numeral 1º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, salvo la expresión “y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez”, la cual se declarará INEXEQUIBLE. // Segundo.- Declarar 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”.

35 Sentencia C-428 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), (SP. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa), antes citada.

36 Ley 270 de 1996, artículo 45. “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”.

37 Sentencia C-113 de 1993 (MP. Jorge Arango Mejía) (Decisión unánime). En esta sentencia, la Corte Constitucional resolvió una demanda de inconstitucionalidad en contra del inciso 2° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, en el cual se establecía que “[l]os fallos de la Corte sólo tendrán efecto hacia el futuro, salvo para garantizar el principio de favorabilidad en materias penal, policiva y disciplinaria y en el caso previsto en el artículo 149 de la Constitución”. La Corte declaró la inexecutable de la norma acusada, porque consideró que sólo la propia Corte Constitucional puede fijar los efectos de sus fallos de constitucionalidad. Específicamente dijo: “[...] sólo la Corte Constitucional, de conformidad con la Constitución, puede, en la propia sentencia, señalar los efectos de ésta. Este principio, válido en general, es rigurosamente exacto en tratándose de las sentencias dictadas en asuntos de constitucionalidad”. (negrilla en texto original).

38 Sentencia C-037 de 1996 (MP. Vladimiro Naranjo Mesa) (SP. José Gregorio Hernández Galindo y Vladimiro Naranjo Mesa, respecto de la decisión de executable de artículo 61 de la Ley 270 de 1996), (SP. José Gregorio Hernández Galindo, respecto de la decisión de executable de inciso primero del artículo 64 de la Ley 270 de 1996), (SP. MP. Alejandro Martínez Caballero, respecto de la decisión que declaró executable el último inciso del párrafo del artículo 205 de la Ley 270 de 1996), (AV. Eduardo Cifuentes Muñoz, José Gregorio Hernández Galindo, Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa, respecto de la decisión que declaró la executable condicionada del artículo 64 de la Ley 270 de 1996), (AV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa, respecto de la decisión que declaró executable el artículo 48 de la Ley 270 de 1996), (SP. Hernando Herrera Vergara,

respecto de la decisión que declaró exequible los incisos 4 y 5 del artículo 130 de la Ley 270 de 1996). En esta sentencia, la Corte Constitucional estudió la constitucionalidad del proyecto de ley que establecía la Ley Estatutaria de Administración de Justicia. Al analizar la constitucionalidad del artículo 45, mediante el cual se establecían unas reglas sobre los efectos de las sentencias proferidas en desarrollo del control judicial de constitucionalidad, esta Corporación consideró que “sólo la Corte Constitucional puede definir los efectos de sus sentencias”, y en consecuencia, declaró la inexecutable parcial del artículo 45, en la parte que establecía los casos en los que la Corte Constitucional podía establecer efectos retroactivos a sus fallos.

39 Al respecto, cfr. *Supra*, pie de página 23.

40 Sentencia T-609 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). En esta oportunidad la Corte estudió el caso de una persona a quien se le había calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, con fecha de estructuración anterior a la declaratoria de inexecutable del requisito de fidelidad al sistema por parte de la Corte Constitucional, a quien el ISS le negó la pensión de invalidez por no cumplir con dicho requisito. La Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales del actor y ordenó al ISS que le reconociera su pensión de invalidez, porque consideró que el requisito de fidelidad al sistema no puede ser exigido a los afiliados que soliciten el reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez. Aclaró que el argumento de que la fecha estructuración fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la norma, es refutable “[...] 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 que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicada por contravenir en casos concretos la norma fundamental⁴⁰, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.”//. Esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-822 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-266 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-532 de 2010, T-533 de 2010 y T-615 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva).

41 “Sostener”, en este contexto, parece tener un contenido metafórico. Sin embargo, en la doctrina anglosajona es frecuente que los fundamentos de la parte motiva inescindiblemente

ligados a la parte resolutive se denominen el “holding” de la decisión, es decir, lo que la sostiene. Por ello, aunque metafórico, el verbo posee también un carácter técnico. En la jurisprudencia constitucional se ha utilizado principalmente, la expresión ratio decidendi para denotar ese significado. (Ver, consideraciones similares en la sentencia T-388 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

43 T-123 de 1995 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-447 de 1997 (MP. Alejandro Martínez Caballero), SU-047 de 1999 (MP. Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz y C-836 de 2001 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

44 Sobre los distintos valores y principios que se asocian al respeto por el precedente, se puede revisar la sentencia C-252 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

45 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

46 Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”. Artículo 10. “Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.”

47 Sentencia C-634 de 2011 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva).

48 Sentencia C-634 de 2011. En el mismo sentido, se puede revisar la sentencia C-539 de 2011 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva). En esta oportunidad se estudió una demanda en contra de algunos apartes del artículo 114 de la Ley 1395 de 2010, normatividad que contiene varias disposiciones destinadas a reducir la congestión judicial, en las que se indica que “[l]as entidades públicas de cualquier orden, encargadas de reconocer y pagar pensiones de jubilación, prestaciones sociales y salariales de sus trabajadores o afiliados, o comprometidas en daños causados con armas de fuego, vehículos oficiales, daños a reclusos, conscriptos, o en conflictos tributarios o aduaneros, para la solución de peticiones o expedición de actos administrativos, tendrán en cuenta los precedentes jurisprudenciales que en materia ordinaria o contenciosa administrativa, por los mismos hechos y pretensiones, se hubieren

proferido en cinco o más casos análogos.” Uno de los cargos propuestos indicaba que la norma era inconstitucional porque incurrió en una omisión legislativa al no incluir el deber de las autoridades de tener en cuenta los precedentes de esta Corporación. La Corte, luego de hacer un estudio sobre la obligatoriedad de sus precedentes, declaró la constitucionalidad condicionada de la norma “en el entendido que los precedentes jurisprudenciales a que se refiere la norma deben respetar la interpretación vinculante que realice la Corte Constitucional.”

49 Ley 100 de 1993, artículo 38: “Estado de invalidez. Para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”.

50 El artículo 41 de la Ley 100 de 1993, establece: “Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciera sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales”.

51 El Decreto 917 de 1999, “por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”, en su artículo 7°, definió estos conceptos así: “[...] DEFICIENCIA: Se entiende por deficiencia, toda pérdida o anormalidad de una estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica, que pueden ser temporales o permanentes, entre las que se incluyen la existencia o aparición de una anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura del cuerpo humano, así como también los sistemas propios de la función mental. Representa la exteriorización de un estado patológico y en principio refleja perturbaciones a nivel del órgano. // DISCAPACIDAD: Se entiende por Discapacidad toda restricción o ausencia de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano, producida por una deficiencia, y se caracteriza por excesos o insuficiencias en el desempeño y comportamiento en una actividad normal o rutinaria, los cuales pueden ser temporales o permanentes, reversibles o irreversibles, y progresivos o

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

52 Artículo 31 del Decreto 2463 de 2001, “por el cual se reglamenta la integración, financiación y funcionamiento de la Juntas de Calificación de Invalidez.”

53 El artículo 3 de Decreto 917 de 1999 al definir la fecha de estructuración señala: “Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

54 Artículo 2 del Decreto 917 de 1999 “Para efecto de la aplicación y cumplimiento del presente decreto, adóptanse las siguientes definiciones:

a) Invalidez: Se considera con invalidez la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.

b) Incapacidad permanente parcial: Se considera con incapacidad permanente parcial a la persona que por cualquier causa, de cualquier origen, presente una pérdida de la capacidad laboral igual o superior al 5% e inferior al 50%.

c) Capacidad Laboral: Se entiende por capacidad laboral del individuo el conjunto de las habilidades, destrezas, aptitudes y/o potencialidades de orden físico, mental y social, que le permiten desempeñarse en un trabajo habitual.

d) Trabajo Habitual: Se entiende como trabajo habitual aquel oficio, labor u ocupación que desempeña el individuo con su capacidad laboral, entrenamiento y/o formación técnica o profesional, recibiendo una remuneración equivalente a un salario o renta, y por el cual cotiza al Sistema Integral de Seguridad Social”.

55 Artículo 3 del Decreto 917 de 1999:“la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez”.

56 Corte Constitucional, Sentencia T163 de 2011.

57 Corte Constitucional, Sentencia T-699A de 2007.

58 Sentencia T-671 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), antes citada. En el mismo sentido, se pueden revisar las sentencias T-420 de 2011 (MP. Juan Carlos Henao Pérez) y T-432 de 2011 (MP. Mauricio González Cuervo). La Sala de Revisión debe aclarar que aunque la regla citada incluye a las personas que padecen enfermedades congénitas, la Corte Constitucional no había tenido la oportunidad de resolver un caso en el que la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez hubiera sido presentada por una persona que padece una enfermedad de este tipo.

59 Sentencia T-561 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

60 Constitución Política de Colombia, artículo 13. “Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.”

61 Constitución Política de Colombia, artículo 47. “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran.”

62 Constitución Política de Colombia, artículo 54. “Es obligación del Estado y de los empleadores ofrecer formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran. El Estado debe propiciar la ubicación laboral de las personas en edad de trabajar y garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud.”

63 Constitución Política de Colombia, artículo 68. “[...] La erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado.”

64 Sentencia T-207 de 1999 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz). En este caso, la Corte estudió la situación de un egresado de medicina, persona con discapacidad, a quien la Secretaría de salud competente no pudo ubicar en una plaza para el ejercicio del SSO, debido a que las instituciones prestadoras de salud consideraban que las dificultades de locomoción del actor le impedían adelantar adecuadamente el servicio social. La Corte concedió el amparo, considerando que las autoridades demandadas estaban en obligación de adoptar las medidas pertinentes para adaptar el entorno a la persona con discapacidad, en lugar de obligar a la persona con discapacidad a adaptarse a un entorno que le resulta hostil.

65 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

66 Las anteriores enumeraciones no agotan el conjunto de pronunciamientos y/o tratados internacionales sobre el tema de la discapacidad. La Corte hizo un recuento aún más exhaustivo de tales documentos en el Auto A-006 de 2009 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) en el que analizó la problemática especial de las personas víctimas de desplazamiento forzado que además padecen alguna discapacidad.

67 Sentencia C-293 de 2010 (MP. Nilson Pinilla Pinilla).

68 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, “Preámbulo. Los Estados Partes en la presente Convención, // [...] Reconociendo que la discapacidad es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y

las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás, [...].”

69 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 1º, inciso 2º. “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”

70 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 4º, literal b.

71 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 3º. “Principios generales // Los principios de la presente Convención serán: // a) El respeto de la dignidad inherente, la autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas; b) La no discriminación; c) La participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad; d) El respeto por la diferencia y la aceptación de las personas con discapacidad como parte de la diversidad y la condición humanas; e) La igualdad de oportunidades; f) La accesibilidad; g) La igualdad entre el hombre y la mujer; h) El respeto a la evolución de las facultades de los niños y las niñas con discapacidad y de su derecho a preservar su identidad.”

72 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2, inciso 3. “Por discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables;”

73 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2, inciso 4. “Por ‘ajustes razonables’ se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.

74 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 26. “Habilitación y rehabilitación. // 1. Los Estados Partes adoptarán medidas efectivas y pertinentes, incluso mediante el apoyo de personas que se hallen en las mismas circunstancias, para que las personas con discapacidad puedan lograr y mantener la máxima independencia, capacidad física, mental, social y vocacional, y la inclusión y participación plena en todos los aspectos de la vida. A tal fin, los Estados Partes organizarán, intensificarán y ampliarán servicios y programas generales de habilitación y rehabilitación, en particular en los ámbitos de la salud, el empleo, la educación y los servicios sociales, de forma que esos servicios y programas: // a) Comiencen en la etapa más temprana posible y se basen en una evaluación multidisciplinar de las necesidades y capacidades de la persona; // b) Apoyen la participación e inclusión en la comunidad y en todos los aspectos de la sociedad, sean voluntarios y estén a disposición de las personas con discapacidad lo más cerca posible de su propia comunidad, incluso en las zonas rurales [...].”

75 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 27. “Trabajo y empleo. // 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a trabajar, en igualdad de condiciones con las demás; ello incluye el derecho a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente elegido o aceptado en un mercado y un entorno laborales que sean abiertos, inclusivos y accesibles a las personas con discapacidad. Los Estados Partes salvaguardarán y promoverán el ejercicio del derecho al trabajo, incluso para las personas que adquieran una discapacidad durante el empleo, adoptando medidas pertinentes, incluida la promulgación de legislación, entre ellas: [...].”

76 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 28. “Nivel de vida adecuado y protección social. // 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. // 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: // [...] e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación. ”

77 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 4°, literal b.

78 Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2, inciso 4, antes citado.

79 Como antes se indicó, el requisito de fidelidad de cotización al Sistema General de Pensiones fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional por medio de la sentencia C-428 del 1° de julio de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo, SP. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa), antes citada.

80 MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

81 Al respecto se pueden revisar, entre otras, las sentencias T-341 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-615 de 2010 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-755 de 2011 (MP. Jorge Iván Palacio Palacio).

82 Constitución Política de Colombia, artículo 83. “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas.”

83 Dictamen sobre pérdida de la capacidad laboral del señor Argemiro de Jesús Cardona Muñoz, proferido por el Instituto de Seguros Sociales el 30 de octubre de 2007. (Folios 9 y 10).

84 Resolución No. 15925 del 19 de agosto de 2008 (folios 12 y 13).

85 Folios 7 y 8.

86 Folios 9 - 12.

87 La razón por la cual no se trata de una implicación lógicamente válida consiste en que ese razonamiento se identifica con la falacia denominada negación del antecedente. Así, si una norma propone un supuesto de hecho p y una consecuencia jurídica q, en caso de presentarse el primero, no prescribe en cambio ningún comportamiento específico cuando no se da la condición no-p. Sin embargo, el principio de efecto útil explica que los funcionarios consideren que, en caso de no presentarse p, tampoco deben aplicar la consecuencia q

pues.

88 En el expediente obra copia de un reporte de semanas cotizadas por el señor Juan al Instituto de Seguros Sociales expedido el 8 de mayo de 2012, en el que consta que, para esa fecha, el actor cotizó un total de setecientas ochenta y nueve punto cuarenta y tres semanas. (Folio 132).

90 Decreto 758 de 1990 “[p]or el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios.” Artículo 1°. “Apruébase el Acuerdo número 049 de febrero 1 de 1990, emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios, cuyo texto es el siguiente:” [...] || “Artículo 6°. Requisitos de la pensión de invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: || a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, || b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

91 “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995.”

92 Decreto 917 de 1999, “Por el cual se modifica el Decreto 692 de 1995”, artículo 3°. “Fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral. Es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. En todo caso, mientras dicha persona reciba un subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez.”

93 Reporte de semanas cotizadas por el señor Juan al Sistema General de Pensiones, expedido por el Instituto de Seguros Sociales el 8 de mayo de 2012. (Folio 132).

94 Folios 12 - 14.

95 Folios 12 - 14.

96 Folio 132.

97 Folio 132.

98 Folios 12 - 14.

99 Al respecto, se puede revisar la sentencia C-428 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo), (SP. Jorge Iván Palacio Palacio, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa), antes citada.

100 Constitución Política, artículos 13, 47, 54 y 68.

101 Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 28. "Nivel de vida adecuado y protección social. 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a un nivel de vida adecuado para ellas y sus familias, lo cual incluye alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a la mejora continua de sus condiciones de vida, y adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho sin discriminación por motivos de discapacidad. || 2. Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la protección social y a gozar de ese derecho sin discriminación por motivos de discapacidad, y adoptarán las medidas pertinentes para proteger y promover el ejercicio de ese derecho, entre ellas: || [...] b) Asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en particular las mujeres y niñas y las personas mayores con discapacidad, a programas de protección social y estrategias de reducción de pobreza; [...] e) Asegurar el acceso en igualdad de condiciones de las personas con discapacidad a programas y beneficios de jubilación."