COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/826/10

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/826/10
Expediente	—
Fecha	2010-05-21
Sala	Sala Séptima de Revisión
Magistrado ponente	JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Requisitos Para Acceder A La Pension De Invalidez Y Regimen Aplicable
- Accion De Tutela Para Reconocimiento De Pension De Invalidez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

Cumplir requisito de haber cotizado al menos 50 semanas en los 3 años Gloria Nybia Hidalgo Anquis contra el Instituto de Seguro Social - ISS. magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside – Humberto Antonio

Texto completo

T-826-10 Sentencia T-826/10 Sentencia T-826/10 PENSION DE INVALIDEZ- Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago DISCAPACITADO- Protección constitucional especial PENSION DE INVALIDEZ- Tránsito normativo sobre reconocimiento/ REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSION DE INVALIDEZ Y REGIMEN APLICABLE- Reiteración de jurisprudencia ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ- Improcedencia por no cumplir requisito de haber cotizado al menos 50 semanas en los 3 años anteriores a la estructuración de invalidez Referencia: expedientes T-2.714.362 Acción de tutela presentada por la señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis contra el Instituto de Seguro Social - ISS.

Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Bogotá D.C., veinte (20) de octubre de dos mil diez (2010) La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional , conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub - quien la preside – Humberto Antonio Sierra Porto y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, ha proferido la siguiente SENTENCIA En el trámite de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, del 13 de octubre de 2009, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, del 21 de mayo de 2010, proferidos en el asunto de la referencia, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis.

1. ANTECEDENTES La señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis presentó solicitud de tutela contra el Instituto de Seguro Social - ISS , invocando la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la protección especial para los discapacitados, a la salud, a la dignidad humana y a la igualdad, los cuales considera vulnerados por la entidad demandada, al no reconocerle su pensión de invalidez.

1.1 Hechos y razones de la acción de tutela. 1.1.1 La señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis, nació el 7 de abril de 1959, y a la fecha cuenta con 51 años de edad.

1.1.2 La accionante cotizó al Instituto de Seguro Social en forma interrumpida desde el 1 de diciembre de 1988 hasta octubre de 2005, de los cuales, lo hizo en forma permanente desde el 1º de abril de 2005 hasta el mes de octubre del mismo año.

1.1.3 Dice la accionante que es una persona que sufre de "osteoartrosis degenerativa" como consecuencia de la artritis crónica que padece desde algún tiempo en sus dos rodillas, limitándole el movimiento y casi la imposibilidad de trasladarse de un lado a otro.

1.1.4 Agrega, que a raíz de lo anterior y después de varios meses de tratamiento, ha estado incapacitada por más de 180 días, motivo por el cual fue retirada de su trabajo.

1.1.5 Dice, que el concepto del médico tratante fue: "paciente que además de la OSTEOARTROSIS DEGENERATIVA de las rodillas que padece como consecuencia de la ARTRITIS SEVERA, padece de FIBROSIS PULMONAR SEVERA, que progresivamente está ocasionando la pérdida del pulmón, para lo cual debe someterse a tratamiento constante y permanecer en estado de reposo. El paciente se encuentra en incapacidad para laborar y debe realizar mínimos esfuerzos. El tratamiento es por tiempo indefinido y requiere asistencia médica constante especializada." 1.1.6 Por ello, mediante dictamen sobre pérdida de capacidad laboral expedido por el ISS de fecha 12 de noviembre de 2008, estableció la patología de la señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis, como de origen común, con una pérdida de capacidad laboral del 66.99%, estructurada desde el 27 de octubre de 2005.

1.1.7 Con base en el dictamen anterior, la accionante solicitó al fondo de pensiones del ISS, el trámite de su pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante Resolución 5280 del 29 de mayo de 2009 y ratificada en reposición con la Resolución 6389 del 13 de julio de 2009, por cuanto no cumple lo establecido en el artículo 38 y 38 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, dado que la solicitante solo cotizó 25 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez.

1.1.8 Asegura que casi no puede salir de su casa a causa de los fuertes dolores que padece, y que además, no ha podido volver a trabajar debido a que su poca capacidad física no se lo permite .

1.1.9 Afirma que es una persona de escasos recursos y no cuenta con los medios económicos para tener un tratamiento especializado para tratar su enfermedad, por lo que no puede costear los medicamentos que aliviarían ostensiblemente su dolor; razón por la cual, se mantiene con los medicamentos genéricos que en algunos casos no producen ningún efecto y que, en ocasiones, ha tenido que recurrir a la tutela para que la EPS se los suministre.

1.2 Fundamentos y pretensiones. La accionante solicita que se le amparen los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital, a la igualdad, a recibir protección reforzada por su condición de discapacitada, a la favorabilidad laboral y se le aplique el principio de progresividad para personas en debilidad manifiesta , y que se ordene al ISS a que proceda al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez de manera definitiva desde la fecha en que se estructuró su incapacidad, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 y al Decreto Reglamentario 758 del mismo año o el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 en su versión original.

1.3 Actuación procesal. El Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga, admitió la tutela y solicitó al Director del Fondo de Pensiones del Instituto de Seguro Social de Santander pronunciarse sobre los hechos expuestos por la señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis.

La entidad accionada respondió, mediante escrito del 7 de octubre de 2009, manifestando que no considera vulnerado los derechos de la accionante, dado que la petición de pensión de invalidez se analizó y decidió conforme a la normativa

legal vigente a la fecha de la solicitud y al no reunir los presupuestos para su otorgamiento, la pretensión se despachó desfavorablemente.

Así mismo, explica que lo anterior se debió a que la afiliada cotizó un total de 483 semanas al Sistema General de Pensiones de las cuales 25 semanas corresponden a los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (27 de octubre de 2005) y lo cual no cumple con uno de los requisitos dispuestos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 01 de la Ley 860 de 2003, que exige que haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

Por lo anterior, solicita no tutelar los derechos pretendidos por la accionante. 1.4 Pruebas documentales. En el trámite de la acción de tutela se aportaron, entre otras, las siguientes pruebas documentales:

1.4.1 Copia de la cédula de ciudadanía de la señora Gloris Nybia Hidalgo Anquis. 1.4.2 Copia del dictamen de pérdida de capacidad laboral expedido por la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS.

1.4.3 Copia de la Resolución Número 5280 del 29 de mayo de 2009. 1.4.4 Copia de la Resolución 6389 del 13 de julio de 2009. 1.4.5 Copia de recibos de nómina de la empresa Cootrapress Ltda.

1.4.6 Copia del reporte de semanas cotizadas en pensiones expedida por el ISS. 1.5 Decisiones judiciales. 1.5.1 Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga.

Mediante fallo de primera instancia del 13 de octubre de 2009, se niegan las pretensiones de la accionante. Dentro del análisis de los hechos precisó, que en el caso concreto no procede la solicitud del amparo, toda vez que la afiliada no acredita lo exigido en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 01 de la Ley 860 de 2003, que requiere de 50 semanas cotizadas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.

1.5.2 Impugnación del fallo. Mediante oficio del 21 de octubre de 2009, la accionante solicita se revise la decisión anterior y se le aplique el principio de favorabilidad y de progresividad y aplicar el criterio establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-752 de 2008. Dice además, que se debe aplicar en su caso el contenido de la norma que le asegure mayor protección por cuanto que en la vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía el requisito cumplido y con la modificación realizada por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, se impusieron condiciones más gravosas y difíciles de cumplir y que por su condición de persona inválida, merece especial protección.

Y por último, anexa fotocopia de las sentencias T-080 de 2008 y T-043 de 2007, como referentes para su caso. 1.5.3 Fallo de segunda instancia.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial - Sala Penal de Bucaramanga, mediante fallo del 21 de mayo de 2010, confirma la sentencia de primera instancia previo análisis de los hechos. En ella se determinó que la accionante se encuentra cobijada por lo dispuesto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, para lo cual no reúne las semanas cotizadas previas a la estructuración del estado de invalidez, y además, no es posible la aplicación ultractiva del principio de favorabilidad solicitado en virtud de la Ley 100 de 1993, del Acuerdo 049 de 1990 y del Decreto Reglamentario 758 del mismo año por cuanto esas normas han dejado de regir.

2 CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL 2.1 COMPETENCIA. Esta Corte es competente, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Política, y con el Decreto 2591 de 1991, para revisar el presente fallo de tutela.

2.2 EL PROBLEMA JURÍDICO. De acuerdo con los hechos expuestos en el presente trámite, la Sala determinará si la acción de tutela es procedente para ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a un afiliado del ISS, por no cumplir con el requisito de las semanas cotizadas con anterioridad a la fecha de estructuración del estado de invalidez

exigidas por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 860 de 2003, y si con ello se están vulnerando los derechos fundamentales de la accionante.

Para resolver los asuntos planteados, la Sala se pronunciará sobre los siguientes temas: primero , la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez;

segundo , la protección del discapacitado en el ordenamiento constitucional; tercero , el tránsito normativo sobre la materia ; cuarto, el régimen legal aplicable en materia de pensión de invalidez y requisitos legales exigidos para acceder a ella; y por último se analizará el caso concreto.

2.2.1 Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. El artículo 86 de la Carta Política considera la acción de tutela como un me canismo subsidiario de defensa judicial, pues en el evento de existir otros medios jurídicos para la protección de los derechos fundamentales, sólo procede cuando éstos resultan insuficientes o ineficaces para otorgar un amparo integral o para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la tutela se concede de manera transitoria, mientras se resuelve en forma definitiva el respectivo asunto por la vía judicial ordinaria.

En relación con los asuntos de seguridad social, la Corte en Sentencia T-1025 del 10 de octubre de 2005 [1] ha señalado: “Ahora bien, esta Corporación también ha establecido que, por regla general, las controversias relacionadas con la interpretación, aplicación y ejecución de normas legales y reglamentarias relacionadas con la seguridad social, no corresponden, en principio, al ámbito propio de determinación de los jueces de tutela, sino que deben ser resueltas a través de los mecanismos judiciales ordinarios que brinda el ordenamiento legal. Así, en algunos casos será necesario acudir a la justicia ordinaria laboral para que ella zanje con su decisión el conflicto planteado; en otros, en razón de la calidad de las partes o de la naturaleza de la pretensión, serán los jueces de la jurisdicción contencioso administrativa los encargados de decidir en el caso concreto, salvo que, en aplicación de lo dispuesto por la jurisprudencia constitucional, la ocurrencia de un perjuicio irremediable haga necesaria la protección transitoria por vía de tutela de los derechos fundamentales del afectado”.

En razón de su naturaleza eminentemente subsidiaria esta Corporación en Sentencia T-1309 del 12 de diciembre de 2005 [2] ha sido enfática en señalar que:

“la acción de tutela como mecanismo de protección y garantía de los derechos fundamentales no es, en principio, procedente para definir controversias respecto de la titularidad de los mismos, ya que el desconocimiento o vulneración de un derecho presupone su existencia. Excepcionalmente, dichas controversias pueden dar lugar al amparo tutelar, usualmente como mecanismo transitorio de protección para evitar la configuración de un perjuicio irremediable o incluso como mecanismo definitivo en aquellos casos en los que sea posible establecer que la conducta o la omisión del accionado, y de la que resulta la controversia que debería dirimirse en la vía ordinaria, es en sí misma violatoria de los derechos fundamentales del tutelante. Pero de ordinario, en tales eventos, es claro que la protección de los derechos fundamentales pasa por la vía de los procedimientos ordinarios que se han previsto para el efecto, y en los cuales, con el respeto de las garantías propias del debido proceso, habrá de establecerse la titularidad de los derechos, determinarse si ha habido violación o desconocimiento de los mismos, y si es del caso, adoptar las medidas de protección a las que haya lugar” Se ha visto que en forma reiterada la Corte ha manifestado, que el mecanismo de amparo constitucional no procede para el reconocimiento de prestaciones en materia de seguridad social y específicamente en los casos pensionales, trátese de pensiones de vejez, de invalidez, de sobrevivientes o de una sustitución pensional, atendiendo fundamentalmente a su carácter residual y subsidiario. Así mismo ha precisado, que por regla general, el conocimiento de solicitudes de aspectos litigiosos de naturaleza legal y prestacional, que competen a la justicia laboral ordinaria o contenciosa administrativa, según el caso, por ende, escapan al ámbito del juez constitucional.

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

[3] En estos casos, la autoridad judicial analizará las circunstancias concretas en cada caso particular, con el fin de establecer si el medio de defensa judicial ordinario es suficiente para la protección de los derechos fundamentales del accionante, pues ante la afectación de un perjuicio irremediable, el conflicto planteado trasciende el nivel puramente legal para convertirse en un problema de carácter constitucional , [4] y este mecanismo de amparo tiene la virtud de "desplazar la respectiva instancia ordinaria para convertirse en la vía principal de trámite del asunto".

[5] En este orden de ideas, esta Corporación en Sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007, [6] ha reiterado [7] que es posible el amparo constitucional en forma excepcional cuando se presenten las siguientes condiciones:

(i) cuando la conducta desplegada por las entidades de la administración pública responsables del reconocimiento de derechos pensionales, se muestra desde el principio como contraria a los postulados de índole legal o constitucional, al punto de configurarse una vía de hecho administrativa, el mecanismo de amparo constitucional resulta procedente, aun cuando no se demuestre la afectación del mínimo vital, dado que la protección al derecho se fundamenta, en primer lugar, en la necesidad de proteger al ciudadano de determinaciones abiertamente contrarias al ordenamiento constitucional y, segundo, en la protección de los derechos al debido proceso, a la igualdad, y al principio de dignidad humana de los afectados [8] ;

(ii) que esa negativa de reconocimiento de la prestación vulnere o amenace un derecho fundamental; en este caso, para que el amparo al derecho pensional esté llamado a prosperar, es necesario demostrar que la falta de reconocimiento, pago o reajuste de esta prestación se vulnere derechos fundamentales, tales como la vida, la integridad física y el mínimo vital.

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

Ha dicho la Corte, "tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto".

[9] Visto lo anterior, se concluye que para la procedencia de la acción de tutela es necesario demostrar la inexistencia de otro mecanismo de defensa judicial de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados o que, de existir, carece de idoneidad; caso en el cual, el amparo constitucional se muestra como una medida necesaria para evitar la consumación de un perjuicio irremediable en contra del afectado, para lo cual la Corte analizará las circunstancias concretas para cada caso, [10] teniendo en cuenta, la calidad de la persona y el tiempo de afectación al derecho vulnerado.

[11] 2.2.2 L a protección del discapacitado en el ordenamiento constitucional. El ordenamiento jurídico constitucional colombiano manifiesta una especial preocupación por las personas colocadas en circunstancias de indefensión y ordena adoptar las medidas para protegerlas.

Así, los incisos 2º y 3º del artículo 13 superior, dice: “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 circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.” En concordancia con lo anterior, el artículo 47 de la Constitución Nacional establece que:

“… 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”.

Así mismo, el artículo 54 superior preceptúa de manera expresa el deber del Estado de “...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”, y el artículo 68, determina en su último inciso que “la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.

De acuerdo con lo anterior, en sentencia T-884 de 2006 [12] la Corte resume lo relacionado con el alcance de la protección a favor de las personas discapacitadas en tanto grupo de especial protección constitucional.

La Constitución Nacional en sus artículos 13, 47, 54 y 68: “… impone a las autoridades públicas (i) la obligación de abstenerse de establecer diferenciaciones fundadas en discapacidades físicas, mentales o sensoriales; y (ii), el deber de adoptar medidas de discriminación positiva en favor de las personas con discapacidad para que puedan disfrutar, en igualdad de condiciones, de sus derechos y libertades, lo que implica su plena inclusión social como manifestación de la igualdad real y efectiva; (iii) dentro de dichas medidas, la Constitución contempla aquellas relativas al ámbito laboral acorde con las condiciones de salud de esta población y “la formación y habilitación profesional y técnica a quienes lo requieran”, así como la educación para las personas con limitaciones físicas o mentales”.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado esa protección, sosteniendo que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en situación de indefensión bien sea por razones económicas, físicas o mentales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria [13] . Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar - en la medida de lo factible - esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas.

De conformidad con ello, el Estado debe brindar las condiciones normativas y materiales que permitan a personas colocadas en situaciones de debilidad manifiesta, en la medida de lo factible y razonable, superar su situación de desigualdad. Este deber de protección no sólo radica en cabeza de las y los legisladores sino también le corresponde ejercerlo a las y a los jueces quienes han de adoptar medidas de amparo específicas según las circunstancias de cada caso en concreto [14] .

En la sentencia T-198 del 16 de marzo de 2006 [15] esta Corporación especificó que los conceptos de discapacidad e invalidez son disímiles, siendo el último una especie dentro del género de las discapacidades. Puntualmente se dijo: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.” Así lo ha entendido el legislador, al redactar el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 que prescribe “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.” De lo anterior se concluye que en el estudio del caso concreto, el Juez debe tener en cuenta las condiciones de los discapacitados.

2.2.3 El tránsito normativo sobre el reconocimiento de la pensión de invalidez. El artículo 38 de la Ley 100 de 1993 dice que se considera inválida “la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral.” Igualmente, el artículo 39 de la citada norma establecía los requisitos para obtener su reconocimiento y pago para los afiliados que fueran declarados inválidos, y que se encontraran en alguno de los siguientes eventos: que estuvieren cotizando al régimen y tuvieren aportes equivalentes a por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez; o hubieren dejado de cotizar al sistema, pero acreditaren aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

Estos requisitos fueron modificados por el artículo 11 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003. La nueva norma establecía como requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, que el afiliado hubiese perdido el 50% o más de su capacidad laboral generada por enfermedad común, y haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea de al menos el 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

Esta disposición fue declarada inexequible por esta Corporación en sentencia C-1056 del 11 de noviembre de 2003 [16] , por vicios de procedimiento en su formación, dado que vulneraba el principio de consecutividad del trámite legislativo.

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

“Artículo 1 °. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

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

2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.” Esta disposición, exigía requisitos similares a los contemplados en la Ley 797 de 2003. Sin embargo, se observa que disminuye el porcentaje de fidelidad al sistema del 25% en la anterior norma al 20% en la nueva disposición en el tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez; así mismo, extiende el requisito de fidelidad al reconocimiento de la pensión de invalidez originada por accidente de trabajo; y por último, estipula que en caso que el afiliado acredite al menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, para obtener la pensión de invalidez sólo requerirá haber cotizado 25 semanas en los últimos tres años.

No obstante lo anterior, la Corte, en Sentencia C-428 del 1 de julio de 2009 [17] resolvió una demanda de inconstitucionalidad contra este artículo por presunta violación al artículo 53 de la Carta Política, al mostrarse regresiva frente a la protección otorgada por la legislación anterior.

Dentro del análisis de la citada norma dijo: “Ahora bien, la Corte no puede desconocer, al confrontar los textos normativos del artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas en los numerales 1º y 2º del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que el Legislador agregó un requisito de acceso al beneficio pensional más gravoso

para el cotizante. En la norma -numerales 1° y 2°-, se estipuló la demostración de su fidelidad de cotización para con el sistema con cotizaciones mínimas del “veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.” El establecimiento de una exigencia adicional de fidelidad , que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, aparece, prima facie , como una medida regresiva en materia de seguridad social al hacer más riguroso el acceso a la pensión de invalidez.

(negrilla y subrayado nuestro) (…) En efecto, como se expuso anteriormente, implica la exclusión de determinadas situaciones previamente protegidas, a través de un requisito que no conduce realmente a la realización de los propósitos perseguidos por la norma.” Las anteriores consideraciones, llevaron a esta Corporación a concluir la inexequibilidad del requisito de fidelidad contemplado en la norma analizada, tanto en su numeral 1° como en el 2°, por cuanto se logró demostrar su regresividad y no se encontró la necesidad de la medida de acuerdo con los fines perseguidos por la misma.

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

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

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

2.2.4 El régimen legal aplicable en materia de pensión de invalidez y requisitos legales exigidos para acceder a ella. Con la expedición de la Ley 100 de 1993, que entró en vigencia a partir del 1º de abril de 1994, las normas en materia laboral han sufrido modificaciones de distinta modalidades, especialmente de regulación en materia de cotizaciones para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

Este tránsito normativo lo resume la Corte en sentencia T- 043 del 1 de febrero de 2007 [18] , a saber: desde 1994 hasta el 28 de enero de 2003, estuvieron vigentes las reglas de la redacción “original” del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Luego, la Ley 797/03 modificó los requisitos, regulación que tuvo vigencia hasta el 11 de noviembre de 2003, fecha en la que esta Corporación declaró inexequible el artículo 11 de la mencionada Ley por vicios de procedimiento en su formación.

Así, en consideración a lo planteado por la Corte en el sentido que la declaratoria de inexequibilidad de una norma derogatoria conlleva la reincorporación al ordenamiento de la norma derogada [19] , el modelo legal del artículo 39 de la Ley 100/93 pervivió desde el 12 de noviembre de 2003 hasta el 29 de diciembre del mismo año, fecha en la que entró en vigencia la Ley 860 de 2003, cuyo artículo 1º modificó el artículo 39 citado. Y por último, desde esta fecha hasta el 1 de julio de 2009, en la cual la Corte, mediante sentencia C-428 de 2009 modificó los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003, al declarar inexequible la palabra fidelidad, se exigía el citado requisito.

Para efecto de aplicación de la ley, el artículo 16 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales, por ser de orden público, producen efecto general e inmediato, por lo que no tiene efecto retroactivo, esto es, no afectan situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores. Desde esta perspectiva, al carecerse para el caso de la pensión de invalidez de un régimen de transición, se concluye que, de manera general y salvo las excepciones que se

analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente.

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

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

La Corte ha señalado una serie de factores o criterios que le permiten al juez de tutela, no solamente determinar si los medios de defensa ordinarios resultan eficaces para la protección de los derechos fundamentales involucrados, sino también, para evaluar la gravedad, la inminencia y la irreparabilidad del daño de estos derechos que podrían generarse en caso de no ser protegidos por la vía del amparo tutelar.

En ese sentido, la Corte en Sentencia T-055 del 2 de febrero de 2006, [20] sostuvo: “(i) que se trate de una persona de la tercera edad, para ser considerado sujeto especial de protección;

(ii) que la falta de pago de la prestación o su disminución, genere un alto grado de afectación de los derechos fundamentales, en particular del derecho al mínimo vital, (iii) que se haya desplegado cierta actividad administrativa y judicial por el interesado tendiente a obtener la protección de sus derechos, y (iv) que se acredite siquiera sumariamente, las razones por las cuales el medio judicial ordinario es ineficaz para lograr la protección inmediata de los derechos fundamentales presuntamente afectados.

De este modo, deberá analizarse en cada caso concreto si se verifican estos requerimientos a fin de declarar la procedencia del amparo.” En ese sentido, la Corte en sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007 [21] señaló:

“Estas reglas, a juicio de la Sala, gravitan sobre dos instancias definidas. La compatibilidad entre las normas legales aplicables y el principio de progresividad de los derechos sociales y la comprobación en el caso concreto de la afectación de derechos fundamentales del afiliado en razón de la aplicación de las disposiciones resultado del tránsito normativo sobre pensión de invalidez.

En cuanto al primer aspecto, se advierte que la protección a través del amparo constitucional en el asunto bajo examen está sujeta a que las normas legales que hayan sustentado la negativa al reconocimiento de la pensión de invalidez resulten, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos sociales. Sobre este particular, en apartados anteriores de esta decisión se han expuesto a profundidad los argumentos que ha tenido en cuenta la Corte para concluir, en distintas decisiones, que las modificaciones legislativas al régimen de pensión de invalidez contenidas tanto en la Ley 797/03 como en la Ley 860/03, se muestran injustificadamente regresivas. Ello en la medida que (i) imponen requisitos más gravosos para el acceso a la prestación económica en comento;

(ii) no están fundadas en razones suficientes que faculten al Congreso para disminuir el nivel de protección; (iii) afectan con una mayor intensidad a personas que por su avanzada edad y situación de discapacidad, son sujetos de especial protección por parte del Estado; y (iv) no contemplan medidas adicionales que busquen evitar la afectación

desproporcionada de los intereses jurídicos de los afiliados al sistema al momento de la modificación legal, entre ellos un régimen de transición.

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

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

2.2.5 Del caso concreto. En el presente caso, el asunto objeto de revisión se refiere a la negativa para conceder la pensión de invalidez bajo el único argumento de no cumplir el requisito de cotizar 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la estructuración del estado de invalidez, a fin de obtener el derecho a la pensión, de conformidad a la exigencia fijada en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

La señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis, actualmente cuenta con 51 años de edad, y a causa de padecer osteoartrosis degenerativa, derivada de una patología de artritis crónica, enfermedad que afectó severamente sus dos rodillas impidiéndole el desplazamiento, el día 12 de noviembre de 2008 fue calificada por Medicina Laboral del ISS con una pérdida de capacidad laboral del 69.99%, por enfermedad común con fecha de estructuración del 27 de octubre de 2005.

Por tal motivo, y luego de cumplir 180 días de incapacidad, la accionante fue retirada del trabajo por la imposibilidad que presentaba de trasladarse de un lugar a otro.

Afirma, que casi no puede salir de su casa a causa de los fuertes dolores que padece, y que además, no ha podido volver a trabajar debido a que su poca capacidad física no se lo permite; agrega además, que es una persona de escasos recursos y no cuenta con los medios económicos para tener un tratamiento especializado para tratar su enfermedad, por lo que no puede costear los medicamentos que aliviarían ostensiblemente su dolor.

Bajo estas circunstancias, el día 6 de enero de 2009 solicitó al fondo de pensiones del ISS, el trámite de su pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante Resolución 5280 del 29 de mayo de 2009 y ratificada en reposición con la Resolución 6389 del 13 de julio de 2009, por cuanto no cumplía lo establecido en el artículo 38 y 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, dado que la solicitante solo cotizó 25 semanas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez.

Para el análisis del caso, la Sala inicialmente procederá a la verificación de las semanas cotizadas, para determinar si se vulneraron los derechos fundamentales de la accionante.

El reconocimiento de la pensión de invalidez, se concederá previa la verificación por parte de la entidad responsable de otorgarla, del cumplimiento pleno de los requisitos legalmente establecidos para su otorgamiento.

En el caso que se analiza, se puede advertir que la accionante, si bien presenta una situación precaria tanto en su salud como en la parte económica, el incumplimiento de los requisitos para obtener el reconocimiento pensional por invalidez, hace inviable la prosperidad de la tutela.

Tal como lo advirtió el a quo , no existe duda que dentro del expediente se aportaron copias del reporte expedido por el ISS de las semanas cotizadas en forma interrumpidas, que comprende un período, desde diciembre de 1988 hasta abril de 2009, en el que claramente se señala los aportes efectuados al sistema de seguridad social, correspondiente a un total de 636 semanas.

Igualmente, no podría accederse a lo solicitado por la accionante, en aplicar a su caso normatividades que ya perdieron vigencia en virtud del principio de favorabilidad, entre ellas el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y el Acuerdo 049 de 1990 y del Decreto Reglamentario 758 del mismo año, lo cierto es que para la fecha en que se estructuró el estado de invalidez, dichas normas ya habían dejado de regir, luego no es posible la aplicación ultractiva de esas disposiciones a su favor.

Igualmente, en el caso presente el único requisito por el cual se negó a la demandante la pensión de invalidez, fue el de las semanas de cotización al sistema previo a ella, puesto que no cuenta con las cincuenta semanas requeridas por la norma, y que para lo que en este caso interesa, según el reporte del ISS corresponden a 30,3 semanas cotizadas desde el mes de abril a diciembre de 2005, pero como la estructuración del estado de invalidez se produjo el 27 de octubre de 2005, se deducen las semanas cotizadas de noviembre y diciembre de ese año, y además, la última semana del mes de octubre, término que no alcanza al exigido por la Ley 860 de 2003.

A pesar de que la señora Hidalgo solicita en su caso la aplicación de normatividades que ya perdieron vigencia en virtud del principio de favorabilidad, entre ellas el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el Acuerdo 049 de 1990 y del Decreto Reglamentario del mismo año, lo cierto es que para la fecha en que se estructuró su estado de invalidez (27 de octubre de 2005) dichas normas ya habían dejado de regir [22] , luego no es posible la aplicación ultractiva de esas disposiciones a su favor.

Visto lo anterior, se concluye que si bien existen situaciones excepcionales, la viabilidad de la acción estará sujeta a que se encuentren probados los elementos que lo caracterizan, como su inminencia, gravedad, impostergabilidad y la necesidad de tomar medidas urgentes, pero además se requiere que se encuentren cumplidos los requisitos legalmente establecidos, para que se pueda obtener el reconocimiento pensional.

Con base en estas consideraciones, queda demostrado que la señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis no cumple con el requisito de haber cotizado al menos cincuenta (50) semanas en los tres (3) años anteriores a la estructuración de su invalidez, razón por la cual y con base en los anteriores argumentos esta Sala confirmará el fallo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga del 13 de octubre de 2009, confirmado por el fallo expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Penal, del 21 de mayo del mismo año.

Ahora Bien, la Sala advierte a la accionante sobre las alternativas legales que le asisten al no cumplir con las exigencias para acceder a la prestación solicitada, como una solución al pago de la pensión para quienes no logran acreditar los requisitos para su obtención. Se trata de una garantía establecida por el legislador para reclamar una compensación por el

valor de las sumas efectivamente cotizadas, cuyo monto se calcula teniendo en cuenta la fórmula prevista en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

En ese sentido, el accionante puede (i) solicitar la indemnización sustitutiva a la que tendría derecho o (ii) continuar cotizando hasta completar los requisitos necesarios como lo dispone la Ley 100 de 1993 en su artículo 72:

"DEVOLUCIÓN DE SALDOS POR INVALIDEZ. Cuando el afiliado se invalide sin cumplir con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se le entregará la totalidad del saldo abonado en su cuenta individual de ahorro pensional, incluidos los rendimientos financieros y adicionado con el valor del bono pensional si a ello hubiere lugar.

No obstante, el afiliado podrá mantener un saldo en la cuenta individual de ahorro pensional y cotizar para constituir el capital necesario para acceder a una pensión de vejez." En efecto, en sentencia T-286 de 2008 [23] , la Corte indicó:

"el derecho a la indemnización sustitutiva, como las demás prestaciones consagradas en el sistema general de pensiones, es imprescriptible, en el sentido de que puede ser reclamada en cualquier tiempo. Así, la indemnización sustitutiva, solo se sujeta a las normas de prescripción desde el momento en que ha sido reconocida por la entidad responsable, previa solicitud del interesado, quien, como se anotó, puede libremente optar bien por elevar el requerimiento para el reconocimiento de esta prestación, o bien por continuar cotizando hasta cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez".

Por lo anterior, y considerando que la señora Gloria Nybia Hidalgo se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta como consecuencia de su estado de invalidez y su precaria situación económica, se advertirá al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguro Social que en caso de que la accionante lo solicite, deberá expedir la resolución correspondiente al reconocimiento de su derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, con fundamento en las normas anteriormente citadas.

Igualmente, se requerirá al Ministerio de Protección Social, Grupo de Discapacidad para que informe a la señora Gloria Nybia Hidalgo, de los programas especiales ofrecidos por el Gobierno dirigidos a asesorar y ayudar a las personas colocadas en situación de discapacidad.

De los anteriores planteamientos y en la medida en que la accionante no reúne los requisitos de ley para obtener el reconocimiento pensional por invalidez, esta Sala de Revisión no puede decidir positivamente y confirmará los fallos de instancia.

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

CONFIRMAR el fallo proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Bucaramanga del 13 de octubre de 2009, confirmado por el fallo expedido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial – Sala Penal, del 21 de mayo del mismo año, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por la señora Gloria Nybia Hidalgo Anquis, por las consideraciones antes expuestas.

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

TERCERO: REQUERIR al Ministerio de Protección Social Grupo de Discapacidad para que informe a la señora Gloria Nybia Hidalgo, de los programas especiales ofrecidos por el Gobierno dirigidos a asesorar y ayudar a las personas colocadas en situación de discapacidad.

CUARTO: Por Secretaría General líbrese las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB Magistrado HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO Magistrado LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado Con salvamento de voto MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ Secretaria General SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO LUIS ERNESTO VARGAS SILVA A LA SENTENCIA T-826 DE 2010 ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ- Procedencia excepcional por afectación al mínimo vital y vida digna de sujetos de especial protección (Salvamento de voto) El presente caso plantea un problema de relevancia constitucional, toda vez que, como se indicó, la actora se encuentra en una precaria situación económica debido a que no cuenta con los medios económicos requeridos para satisfacer sus necesidades básicas. Por ello, es razonable concluir que la decisión del Instituto de Seguro Social frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez elevada por la accionante, no sólo afecta su derecho fundamental a la seguridad social, sino también sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital.

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ- Caso en que resulta necesario dar aplicación a lo dispuesto en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 (Salvamento de voto) Si bien a la luz de lo previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, la actora no satisface los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, en concordancia con la jurisprudencia constitucional y en virtud de los principios de no regresividad y favorabilidad, y dada la ostensible invalidez de la accionante y su precaria situación actual, en el caso bajo estudio resulta necesario dar aplicación a lo dispuesto en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993. De modo que, si se tiene que la actora cotizó de manera interrumpida al sistema de pensiones desde el 1° de diciembre de 1988 hasta el 31 de marzo de 2005, y de manera ininterrumpida desde el 1° de abril de 2005 hasta la fecha de estructuración de su invalidez, esto es, hasta el 27 de octubre de 2005, se concluye que a diferencia de lo afirmado en la sentencia, la accionante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de acuerdo con los requisitos exigidos en la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

Con el respeto acostumbrado hacia las decisiones de la Corte me permito salvar el voto en la presente oportunidad, de conformidad con los argumentos que a continuación se exponen:

1. Contenido de la sentencia Mediante la sentencia T-826 de 2010 se revisaron los fallos de tutela que denegaron la acción incoada por Gloria Nybia Hidalgo Anquis contra el Instituto de Seguro Social. De acuerdo con los hechos indicados en la sentencia, la accionante solicitó el reconocimiento de la pensión de invalidez, pues perdió el 66.99% de su capacidad laboral y cotizó de manera interrumpida al sistema de pensiones desde el 1° de diciembre de 1988 hasta el 31 de marzo de 2005, y de manera ininterrumpida desde el 1° de abril de 2005 hasta la fecha de estructuración de su invalidez, esto es, hasta el 27 de octubre de 2005. En dos oportunidades el Instituto accionado negó su solicitud bajo el argumento según el cual, la actora no cotizó 50 semanas al sistema dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal y como lo dispone el artículo 1° de la Ley 860 de 2003.

Para resolver el caso, en primer lugar, en el fallo se sostiene que en virtud de la sentencia T-043 de 2007, la acción de tutela procede de manera excepcional para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez si se acredita que (i) la decisión de la entidad accionada constituye una vía de hecho administrativa; (ii) la negativa del reconocimiento de la pensión vulnera un derecho fundamental; y (iii) es necesario evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En segundo lugar, se indica que en aplicación de lo dispuesto en la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corporación, las personas en situación de discapacidad son sujetos de especial protección constitucional.

Finalmente, se señala que en reiterada jurisprudencia la Corte Constitucional ha sostenido que las reformas introducidas al artículo 39 de la Ley 100 de 1993 son contrarias al principio de no regresividad y favorabilidad en materia laboral, porque (i) no establecen un régimen de transición y (ii) crean requisitos más exigentes a los previstos en la versión original de dicho artículo.

Al abordar el estudio del caso concreto, la Sala Séptima de Revisión acogió los argumentos del Instituto de Seguro Social para negar la pensión solicitada por Gloria Nybia Hidalgo Anquis, en el sentido de sostener que la accionante no satisface los requisitos exigidos en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 porque no cotizó 50 semanas al sistema dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

2. Motivos del salvamento de voto No comparto la decisión adoptada en la sentencia T-826 de 2010 por las siguientes razones: 1. De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, particularmente con las sentencias T-043 de 2007 y C-428 de 2009, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, estableció requisitos más rigurosos para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez, pues aumentó el número de semanas de cotización exigidas e incorporó el deber de fidelidad al Sistema. En este sentido, en dichas sentencias, la Corte concluyó que el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 disminuyó el nivel de protección del derecho a la pensión de invalidez según la redacción original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, y omitió el deber de prever un régimen de transición que permitiera a los trabajadores amparados por el régimen anterior continuar disfrutando de la posibilidad de acceder a dicha prestación social.

2. En concordancia con el criterio anterior, la jurisprudencia constitucional ha fijado los siguientes presupuestos de interpretación y aplicación de las normas que regulan la pensión de invalidez [24] : (i) en principio, corresponde la aplicación de las normas que rigen al momento en que se estructuró el estado de invalidez, pues a partir de esta fecha se causa el derecho al reconocimiento de la pensión;

(ii) sin embargo, a la luz de los hechos que fundamentan la acción, se deberá determinar si las normas conforme a las cuales se sustentó la negativa frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez resultan, prima facie, contrarias al principio de progresividad de los derechos prestacionales; y (iii) en virtud del principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la ley laboral, ante la concurrencia de varias interpretaciones sobre la determinación de la norma aplicable al caso concreto, debe darse preferencia a lo fijado en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues la aplicación de esa norma permite al trabajador acceder al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez con el cumplimiento de menores requisitos.

3. Con base en lo anterior, considero que en el presente caso sí procede el reconocimiento de la pensión de invalidez reclamada por la accionante, comoquiera que:

3.1 Los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada porque (i) el estado de discapacidad de la actora y su calidad de sujeto de especial protección constitucional permiten concluir que requiere un tratamiento acorde con su situación de vulnerabilidad; y (ii) su difícil situación económica y su imposibilidad para desempeñar una actividad productiva le impiden garantizar su subsistencia.

3.2 El presente caso plantea un problema de relevancia constitucional, toda vez que, como se indicó, la actora se encuentra en una precaria situación económica debido a que no cuenta con los medios económicos requeridos para satisfacer sus necesidades básicas. Por ello, es razonable concluir que la decisión del Instituto de Seguro Social frente a la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez elevada por la accionante, no sólo afecta su derecho fundamental a la seguridad social, sino también sus derechos fundamentales a la vida digna y al mínimo vital.

3.3 Se encuentra acreditado que la accionante adelantó las actuaciones pertinentes para obtener la protección de sus derechos, dado que una vez conoció el porcentaje de su invalidez solicitó ante el Instituto el reconocimiento de la

pensión; e interpuso los recursos correspondientes contra la decisión mediante la cual la entidad negó esa solicitud.

3.4 Si bien a la luz de lo previsto en el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, la actora no satisface los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, en concordancia con la jurisprudencia constitucional y en virtud de los principios de no regresividad y favorabilidad, y dada la ostensible invalidez de la accionante y su precaria situación actual, en el caso bajo estudio resulta necesario dar aplicación a lo dispuesto en el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

En efecto, de acuerdo con la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, el reconocimiento del derecho a la pensión procede si: "a. (…) [quien] se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.

[O] || b. habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez." De modo que, si se tiene que la actora cotizó de manera interrumpida al sistema de pensiones desde el 1° de diciembre de 1988 hasta el 31 de marzo de 2005, y de manera ininterrumpida desde el 1° de abril de 2005 hasta la fecha de estructuración de su invalidez, esto es, hasta el 27 de octubre de 2005, se concluye que a diferencia de lo afirmado en la sentencia, la accionante sí tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez de acuerdo con los requisitos exigidos en la versión original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

3.5 Según la sentencia T-043 de 2007, el juez constitucional deberá estimar que la aplicación de las normas resultantes del tránsito normativo resulta irrazonable para el caso concreto, si existe proximidad entre la fecha en que se estructura la invalidez y la modificación normativa que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento y pago de la prestación.

Por ello, frente al caso concreto, se tiene que, por un lado, la fecha de estructuración del estado de invalidez de la actora es el 27 de octubre de 2005, y por otro, que la Ley 860 de 2003 –ley que impone condiciones más estrictas para el reconocimiento de la pensión de invalidez- entró en vigencia el 26 de diciembre de 2003. Así, dado que entre la entrada en vigencia de la Ley 860 y la estructuración de invalidez de la actora transcurrieron 17 meses, en aplicación del precedente fijado en la sentencia T-043 de 2007, concluimos que en el presente caso la aplicación del artículo 1° de la Ley 860 de 2003 también resulta desproporcionada e irrazonable.

Fecha ut supra. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA Magistrado [1] MP. Rodrigo Escobar Gil [2] MP. Rodrigo Escobar Gil [3] Sentencia T-877 del26 de octubre de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández .

[4] Sentencia T-489 del 9 de julio de 1999, MP. María Victoria Sáchica. [5] Sentencia T-672 del 13 de noviembre de 1998, MP. Hernando Herrera Vergara.

[6] MP: Jaime Córdoba Triviño. [7] Sentencias T-454-04; T-425-04; T-050-04; T-660-99 entre otras . [8] Sentencia T-529 del 6 de agosto de 2009 MP. Humberto Sierra Porto.

[9] Ibídem [10] Ver ejemplo sentencia T-043 del 1 de febrero de 2007 MP. Jaime Córdoba Triviño.. [11] Sobre el perjuicio irremediable, ver sentencias T-1316 de 2001, T-225 de 1993.

[12] Reiterada por la sentencia T-093 de 2007. [13] Ver, entre otras, Corte Constitucional. Sentencia T-378 de 1997. [14] Sentencia T-841 de 2006.

[15] MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. [16] MP. Alfredo Beltrán Sierra. [17] MP. Mauricio González Cuervo. [18] MP. Jaime Córdoba Triviño. [19] Sobre este tópico pueden consultarse las sentencias C-501/01, C-427/02 y C-357/03.

[20] MP. Alfredo Beltrán Sierra. [21] MP. Jaime Córdoba Triviño. [22] Ley 860 del 26 de diciembre de 2003, publicado en el Diario Oficial el 29 del mismo mes y año.

[23] MP. Manuel José Cepeda Espinosa [24] Véanse, entre otras, las sentencias T-653 de 2009, T-383 de 2009, T-271 de 2009, T-217 de 2009, T-952 de 2008, T-646 de 2008, T-422 de 2008, T-077 de 2008, T-854 de 2007, T-757 de 2007, T-699A de 2007, T-580 de 2007, T-043 de 2007, T-1018 de 2006, T- 1065 de 2006, T-841 de 2006, T-221 de 2006, T-1291 de 2005, T-1182 de 2005 y T-974 de 2005.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 10 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.