Sentencia T-048/10

Referencia: expediente T-2.336.389

Demandante: María Idalí Hoyos Gómez

Demandado: Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A.

Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., dos (2) de febrero de dos mil diez (2010)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

dentro de la revisión del fallo de tutela proferido por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, al decidir la acción constitucional de tutela promovida por la señora María Idalí Hoyos Gómez contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A.

El presente expediente fue escogido para revisión por medio de auto del veinticuatro (24) de septiembre de 2009, proferido por la Sala de Selección número nueve (9) y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

La demandante, María Idalí Hoyos Gómez, a quién le fue declarada una pérdida de capacidad laboral del 83.80%, impetró acción de tutela contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana,

a la igualdad, a la protección especial que el Estado debe desplegar sobre las personas desplazadas por causa de la violencia y que además son madres cabeza de familia, los cuales considera vulnerados por dicha entidad al negarle la pensión de invalidez por no cumplir con uno de los requisitos que establece la ley, como es el de fidelidad al sistema.

2. Reseña Fáctica

2.1. La señora María Idalí Hoyos Gómez, de 41 años de edad, es desplazada de la ciudad de Granada- Antioquia y es madre cabeza de familia, pues tiene a su cargo dos hijos menores de edad los cuales dependen económicamente de ella.

2.2. Padece de una enfermedad degenerativa llamada *"Estenosis mitral",* que consiste en la *"obstrucción de la válvula mitral izquierda del corazón"*, razón por la cual le fue practicada una cirugía de corazón abierto en la que le fue reemplazada dicha válvula por una mecánica.

2.3. Como secuela de la intervención practicada, la señora Hoyos Gómez debe recibir tratamiento de anticoagulación permanente, para lo cual debe tomar varios medicamentos y asistir a control médico una vez al mes.

2.4. Debido a la gravedad de su estado de salud, en septiembre de 2008, acudió a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING, para tramitar la pensión por invalidez.

2.5. En el mes de noviembre de 2008 Seguros Bolívar S.A., entidad encargada de realizar la calificación de invalidez de los afiliados a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., expidió el dictamen de la señora María Idalí Hoyos, determinando que tiene pérdida de capacidad laboral de un 83.80%.

2.6. La entidad accionada una vez fue notificada del dictamen proferido por Seguros Bolívar S.A., negó la solicitud de pensión por invalidez realizada por la actora, debido a que no cumple con el requisito de fidelidad establecido en la ley.

2.7. Por las razones expuestas, presentó acción de tutela contra la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad y a la protección especial que el Estado debe proporcionar a las personas desplazadas por la violencia y que, además, son madres cabeza de familia, ya que considera que le son vulnerados al no otorgársele la pensión por invalidez.

3. Consideraciones de la parte actora

Manifiesta la actora que la enfermedad que padece no le permite realizar mayores esfuerzos pues le ocasiona mucho dolor en el pecho, agotamiento físico, cansancio permanente, inflamación en los pies y retención de líquidos.

Además, como consecuencia de su deplorable estado de salud, padece también de una enfermedad de tipo psiquiátrico llamada "*Trastorno mixto de ansiedad y depresión"*, la cual esta siendo tratada con medicamentos.

Señala, que la entidad accionada no tuvo en cuenta su situación actual, la pérdida de su capacidad laboral de 83.80% que le imposibilita realizar todo tipo de actividad y, en consecuencia, le impide percibir un ingreso que le permita sostener a sus dos hijos menores de edad, brindarles educación, alimento y una vida en condiciones dignas.

4. Pretensiones

La actora solicita que se ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., que otorgue la pensión por invalidez y, que a su vez, le sean realizados los pagos correspondientes a las incapacidades generadas después de los 180 días.

5. Pruebas

Con el expediente obran las siguientes pruebas:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María Idalí Hoyos Gómez (Folio 8).
- Fotocopia de certificación expedida por Acción Social en donde consta que la señora María Idalí Hoyos Gómez y sus hijos se encuentran dentro del Registro Único de Atención a la Población Desplazada (Folio 9).
- Fotocopia de ordenes médicas para solicitud de medicamentos suscritas a nombre de la señora María Idalí Hoyos. (Folio 10).
- Fotocopia de los registros de nacimiento de sus dos hijos Juan Daniel y Sebastián Granados Hoyos (Folios 11 a 12).
- Fotocopia del certificado de estudios de su hijo Sebastián Granados Hoyos (Folio 13).
- Fotocopia de las incapacidades expedidas por Cruz Blanca EPS, las cuales superan los 180 días (Folios 14 a 16).
- Fotocopia de carta dirigida a la señora María Idalí Hoyos mediante la cual se le notifica el dictamen de calificación de invalidez proferido por Seguros Bolívar S.A, así como el formulario del dictamen y las consideraciones sobre la pérdida de capacidad de la actora proferidas por el grupo interdisciplinario de calificación (Folios 17 a 23).
- Fotocopia de Carta suscrita por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., en donde se le informa a la señora María Idalí Hoyos Gómez que no es posible otorgarle la pensión de

invalidez por no cumplir con uno de los requisitos de ley (Folios 24 a 25).
- Fotocopia de la Historia Clínica de la actora y de formatos de evolución médica (Folios 26 a 35).
- Fotocopia de declaración juramentada rendida por la actora y dos testigos en donde consta que ésta es madre cabeza de familia (Folios 36 a 37).

6. Respuesta de los entes accionados

6.1. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A.

El representante legal de la entidad accionada manifestó, que según el dictamen proferido por Seguros Bolívar S.A., la fecha de estructuración de invalidez de la actora corresponde al 9 de julio de 2008, por lo que la normatividad aplicable, para este caso, es la Ley 860 de 2003. De acuerdo con esta norma, para obtener la pensión por invalidez se requiere, (i) haber sido declarado inválido, (ii) haber cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y que, además, se cumpla con un requisito de (iii) fidelidad, que consiste en haber cotizado el 20% del tiempo, trascurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

En el caso de la señora María Idalí Hoyos Gómez no se cumple con el porcentaje de fidelidad establecido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, pues requeriría un total de 217,34 semanas de cotización y solo acredita 150 semanas, razón por la cual no es posible acceder a su solicitud. Sin embargo, se le informó, mediante comunicación del 29 de enero de 2009, que como prestación subsidiaria, tiene derecho a una devolución de saldos por invalidez.

Adicionalmente, solicita que se integre como litisconsorte necesario a la Aseguradora Bolívar S.A., entidad con la que tienen contratada la póliza de riesgo de invalidez y quien autoriza pagar incapacidades o subsidios equivalentes y, asume el pago de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez, cuando hay lugar a ésta.

6.2. Seguros Bolívar S.A.

El Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, teniendo en cuenta lo manifestado por la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., consideró necesario vincular a la compañía Seguros Bolívar S.A. por resultar posiblemente afectada con la decisión de la tutela interpuesta por María Idalí Hoyos Gómez.

Mediante escrito presentado por el representante legal de la compañía Seguros Bolívar S.A., el 11 de marzo de 2009, dio respuesta a la tutela interpuesta,

manifestando que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., contrató con esta compañía un seguro que cubre los riesgos de invalidez y sobrevivencia que tiene *"como cobertura los amparos de suma adicional necesaria para completar el capital con que se financian las pensiones de invalidez y sobrevivencia por riesgo común de los afiliados a ese Fondo"*.

Señala la entidad que en virtud de la póliza suscrita con la accionada se radicó ante esa compañía la reclamación de pensión de invalidez de la señora María Idalí Hoyos y como consecuencia se procedió a proferir el dictamen 751/463/2008 del 24 de noviembre de 2008 en donde se calificó el porcentaje de pérdida de capacidad laboral de la actora en un 83.80% con fecha de estructuración de la invalidez del 9 de julio de 2008 y como origen enfermedad común.

La Compañía Seguros Bolívar S.A., procedió a verificar si la actora cumplía con los requisitos establecidos en la Ley 860 de 2003 para acceder a la pensión de invalidez y con base en su historia laboral se encontró que la señora Hoyos Gómez no cumple con el requisito de fidelidad, pues *"entre el 7 de octubre de 1987 (fecha en que la actora cumplió los 20 años de edad) y el 24 de noviembre de 2008 (fecha de la primera calificación) hay 1067.43 semanas posibles de cotización, por lo que la accionante debía haber cotizado al sistema al menos 213.9 semanas, que corresponden al 20%"* y solo cotizó 52.71 semanas.

En cuanto al requisito que exige haber cotizado 50 semanas en los tres últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez, se evidenció que la actora sí lo cumple, pues entre el 9 de julio de 2005 y el 9 de julio de 2008, cotizó 52.71 semanas.

Por las razones expuestas, la compañía Seguros Bolívar S.A., objetó ante la entidad accionada la reclamación que por pensión de invalidez presentó la señora Hoyos Gómez.

En cuanto al pago de las incapacidades que superan los 180 días y que están a cargo del Fondo de Pensiones y Cesantías, la compañía Seguros Bolívar S.A., manifestó que el pago del subsidio por incapacidad temporal sólo procede cuando existe rehabilitación o tratamiento pendiente, casos en los cuales el Fondo con la autorización de la Aseguradora puede solicitar que se posponga la calificación de invalidez por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, los cuales son asumidos por la EPS, pero sólo si existe un pronóstico favorable de rehabilitación.

En el caso de la señora María Idalí Hoyos las secuelas son definitivas y el pronóstico de recuperación es desfavorable, razón por la cual se procedió a realizar la calificación sin posibilidad de posponerla. Por ello no es posible pagar las incapacidades temporales pretendidas por la accionante por parte de la aseguradora.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

1. Decisión de primera instancia

Mediante sentencia del diecisiete (17) de marzo de 2009, el Juzgado Veintiuno (21) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali, concedió el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso administrativo, a la doble instancia, al principio de contradicción y al derecho de defensa, al considerar que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., es un particular que ejerce funciones públicas, como es la administración de las pensiones y cesantías de los personas afiliadas, por lo que la respuesta a la solicitud de pensión de invalidez elevada por la señora María Idalí Hoyos Gómez no cumple con las formalidades de un acto administrativo, como es la notificación del acto y la información de los recursos a los que tiene derecho la interesada en caso de no estar de acuerdo con la decisión proporcionada.

Por lo anterior, el ente judicial ordenó a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., notificar en debida forma la decisión tomada en relación con la solicitud de pensión de invalidez a la actora e informarle, conforme con el artículo 47 del Código Contencioso Administrativo, sobre los recursos que legalmente proceden contra dicha decisión.

Señaló que la tutela no es procedente cuando se trata del reconocimiento y pago de prestaciones sociales o derechos pensionales, pues son solicitudes de carácter litigioso que se deben resolver por la jurisdicción ordinaria.

En cuanto al pago de las incapacidades que reclama la actora, el despacho judicial consideró que la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., debe cancelar el subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando la accionante, desde el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2008 al 24 de noviembre de 2008, pues no es justo que la actora tenga que asumir las consecuencias del trámite administrativo entre la accionada y la aseguradora.

Por último, el Despacho consideró que era pertinente desvincular a la compañía Seguros Bolívar S.A., de la presente acción, toda vez que no ha vulnerado ningún derecho fundamental.

2. Impugnación

2.1. Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A.

La entidad accionada impugnó el numeral tercero y cuarto de la parte resolutiva de la providencia proferida el diecisiete (17) de marzo de 2009 por el Juzgado Veintiuno (21) Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali. En estos numerales se ordenó a esta entidad cancelar a la

actora el valor de la incapacidad, desde el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2008 hasta el momento de la declaración de su estado de invalidez y, así mismo, desvincular a la compañía Seguros Bolívar S.A. de la presente acción.

La entidad accionada manifestó que ésta sólo reconoce incapacidades por excepción y con autorización previa de la aseguradora con quien tiene contratada la póliza de riesgo de invalidez, cuando se presentan algunos supuestos como, que exista un pronóstico favorable de rehabilitación y que la *"entidad de previsión social correspondiente haya postergado el trámite de calificación ante la junta".* En el caso de la señora Hoyos Gómez los supuestos establecidos en la ley no se dan, por lo que no es posible reconocer el valor del subsidio por incapacidad.

Adicionalmente solicita vincular a la compañía Seguros Bolívar S.A., para que autorice el pago de la incapacidad ordenada, pues es la entidad que autoriza el pago y gira el monto por concepto del subsidio por incapacidad.

2.2. María Idalí Hoyos Gómez

La actora impugnó la providencia de primera instancia, manifestando que el fallo proferido sólo favoreció una de sus pretensiones dejando de lado la posibilidad de obtener por parte de la entidad accionada la pensión por invalidez. Señaló que no se tuvo en consideración su situación de madre cabeza de familia ni de discapacidad, pues en ella recae la responsabilidad de brindarles a sus dos hijos un sustento en condiciones dignas y su estado de salud se lo impide.

Por lo expuesto y atendiendo al principio de no regresividad solicita que se ordene a la entidad accionada que le otorgue la pensión por invalidez a la que tiene derecho.

3. Decisión de segunda instancia

Mediante sentencia del 12 de mayo de 2009, el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, modificó el fallo de primera instancia en cuanto a la vinculación de la Compañía Seguros Bolívar S.A., y en consecuencia, ordenó nuevamente su vinculación por ser la entidad que debe autorizar el pago del subsidio por incapacidad. En lo demás, resolvió confirmar dicha providencia.

III. FUNDAMENTOS JURIDICOS DE LA SALA

1. Competencia

A través de esta Sala de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Procedibilidad de la Acción de Tutela

2.1. Legitimación activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales. En esta oportunidad, la señora María Idalí Hoyos Gómez actúa en defensa de sus derechos e intereses, razón por la que se encuentra legitimada.

2.2. Legitimación pasiva

La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., es una entidad de carácter privado que cumple funciones públicas a la que se le atribuye la responsabilidad en la violación de los derechos fundamentales aducida por la demandante, por lo tanto, de conformidad con el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, está legitimada, como parte pasiva, en el proceso de tutela bajo estudio.

3. Problema Jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si existió, por parte del Fondo de Pensiones y Cesantías ING S.A., la violación de los derechos fundamentales de la señora María Idalí Hoyos Gómez al no otorgarle la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito de fidelidad establecido en la Ley 860 de 2003, sin tener en consideración la pérdida de capacidad laboral que le fue dictaminada, la cual supera el 50% y, su condición de madre cabeza de familia, responsable del sustento de dos niños menores de edad.

En el presente caso se observa que la accionante solicita que se ordene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., la pensión por invalidez y el pago de las incapacidades generadas a partir de los 181 días hasta la fecha de presentación de la tutela.

La Sala, en sede de revisión, sólo se ocupará de la pretensión que se refiere a la solicitud de la pensión de invalidez, ya que la otra pretensión, atinente al pago de las incapacidades, fue resuelta favorablemente por los jueces de primera y segunda instancia al ordenar el pago *"de la incapacidad desde el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2008 hasta el momento de la declaración de su estado de invalidez, esto es, hasta el 24 de noviembre de 2008."*

Para entrar a determinar si la negativa del reconocimiento de la pensión invalidez por parte de la entidad demandada, vulneró los derechos fundamentales de la actora, la Sala realizará un análisis jurisprudencial de la (i) procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales, (ii) el derecho a la seguridad social y el principio de progresividad (iii) la pensión de invalidez y los requisitos para acceder a ella (iv) la posición jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a los requisitos de la Ley 860 de 2003 antes y después de proferirse la Sentencia C-428 de 2009, para luego abordar el (v) caso concreto.

4. Procedencia de la acción de tutela para reclamar el pago de prestaciones sociales. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 creó la acción de tutela con el fin de garantizar los derechos constitucionales fundamentales de las personas, cuando éstos resulten violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares en los casos que la ley establece. Este mecanismo prevé un procedimiento preferente y sumario, destinado a brindar protección inmediata[1].

La acción de tutela fue prevista como un mecanismo subsidiario, es decir que sólo puede ser ejercida en los eventos en que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que ésta se utilice como un instrumento transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Debido a la naturaleza de este mecanismo constitucional, la Corte en reiterada jurisprudencia, ha señalado que éste no puede interponerse para reclamar el pago de prestaciones sociales, pues éstas son controversias de carácter litigioso que le corresponde resolver a la jurisdicción laboral. Además, la seguridad social no es considerada en sí misma como un derecho fundamental *"sino como un derecho social que no tiene aplicación inmediata"*[2], otra razón por la cual, las controversias generadas en torno a este tema deben ser resueltas por la justicia ordinaria.

No obstante, la Corte ha sostenido que la tutela puede ser interpuesta para reclamar prestaciones sociales, si se verifican unos supuestos como, (i) que la tutela sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público[3].

---

[1] Artículo 86 de la Constitución Política.
[2] Corte Constitucional, sentencia T-103 del 8 de febrero de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.
[3] Corte Constitucional, sentencia T-103 del 8 de febrero de 2008, MP. Jaime Córdoba Treviño.

Ahora bien, el juicio de procedibilidad de la acción de tutela no puede ser igual en todos los casos, pues éste debe ser flexible cuando se trata de personas que se encuentran en estado de debilidad manifiesta y demandan una protección constitucional especial como son, los ancianos, los niños, las mujeres embarazadas, las madres o padres cabeza de familia o las personas que padecen algún tipo de discapacidad física o mental, eventos en los cuales la procedencia de la acción se hace menos estricta[4].

5. El derecho a la seguridad social y el principio de progresividad. Reiteración de jurisprudencia.

La Constitución Política de 1991 estableció dentro del catálogo de derechos un capítulo al que llamó "de los derechos, sociales, económicos y culturales". Los derechos pertenecientes a esta categoría son todos aquellos que permiten el desarrollo digno de las personas dentro de una sociedad, razón por la cual el Estado debe reglamentarlos para la efectividad de su cumplimiento.

Dentro de la categoría enunciada se encuentra el derecho a la seguridad social, contemplado en el artículo 48 de la Carta Política de 1991 como un servicio público obligatorio y, a la vez, como un derecho, por lo que es deber del Estado organizarlo, dirigirlo y reglamentarlo bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

En desarrollo de la obligación que la Carta le impuso al Estado de reglamentar este derecho, el legislador profirió la Ley 100 de 1993 que reguló el tema de manera integral y estableció que la seguridad social tiene por objeto "*garantizar los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten.*"[5]

Así mismo, la mencionada ley, define la seguridad social como un sistema compuesto por un conjunto de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos que se encargan de reglamentar los diferentes regímenes prestacionales como son, el de salud, el de pensiones, el de riesgos profesionales y el de servicios sociales complementarios[6]. Prestaciones que permiten el desarrollo digno de las personas ante ciertas incontingencias que puedan llegar a suceder, como son las enfermedades, los accidentes, o los procesos naturales como la maternidad, la vejez etc.

Por consiguiente, debido a la naturaleza de los regímenes enunciados, el Estado debe procurar el cumplimiento del principio de progresividad, tal como lo ordena el artículo 48 de la Carta Política de 1991 y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia, que consiste

[4] Corte Constitucional, sentencia T-080 del 31 de enero de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.
[5] Ley 100 de 1993, artículo 1.
[6] Ley 100 de 1993, artículo 8.

en ampliar progresivamente la cobertura del sistema de seguridad social. Queriendo decir con esto, que *"el Estado tiene el deber de avanzar en la materialización del derecho en cabeza de todas las personas, procurando el alcance de mayores beneficios por parte de la población."*[7]

La Corte, en variada jurisprudencia, se ha pronunciado sobre este principio manifestando que éste genera una limitación para el legislador de establecer medidas que vayan en retroceso de los avances que se hayan logrado a favor de los asociados y, en consecuencia, desarrolló la doctrina de la *"inconstitucionalidad prima facie"* de las medidas regresivas, según la cual toda medida regresiva se presumirá desde su inicio como inconstitucional y le corresponderá al legislador argumentar que la medida es proporcionada y se ajusta a la Constitución.[8]

6. La pensión de invalidez y los requisitos para acceder a ella.

Uno de los regímenes prestacionales de la seguridad social es el de pensiones, el cual tiene por objeto garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte[9].

La pensión de invalidez es aquella prestación económica que se otorga cuando una persona, ya sea por enfermedad común o profesional o por haber padecido un accidente, ha perdido la capacidad de locomoción y la plenitud de las funciones síquicas y físicas y, como consecuencia, ha sufrido una pérdida en su capacidad laboral que le impide llevar una vida cotidiana y social normal.

Según el ordenamiento sobre la materia, se considera inválida una persona cuando por una causa no provocada intencionalmente pierda el 50% o más de su capacidad laboral[10]. Los facultados para calificar la invalidez son las entidades del sistema como el ISS, las ARP, las EPS y las aseguradoras, también existen las Juntas Regionales de calificación de invalidez y la Junta Nacional de calificación de invalidez.

La Ley 100 de 1993, estableció los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, en caso de dictaminarse una pérdida del 50% o superior. Estos requisitos son:

*"**Artículo 39: Requisitos para obtener la pensión de invalidez.***
Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan con alguno de los siguientes requisitos:

---

[7] Corte Constitucional, sentencia T-1036 del 23 de octubre de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
[8] Corte Constitucional, sentencia T-080 del 31 de enero de 2008 MP. Rodrigo Escobar Gil, Corte Constitucional, sentencia T-1036 del 23 de octubre de 2008, MP. Manuel José Cepeda Espinosa.
[9] Ley 100 de 1993, artículo 10.
[10] Ley 100 de 1993, artículo 38.

a) Que el afiliados se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, y
b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez."

Este artículo fue modificado por la Ley 797 de 2003, introduciendo variaciones a los requisitos, sin embargo esta ley fue declarada inexequible por esta Corporación por vicios de trámite, mediante sentencia C-1056 de 2003.

Posteriormente la Ley 860 de 2003, mediante su artículo 1°, volvió a modificar los requisitos del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, disponiendo lo siguiente:

"Artículo 39: Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

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:

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."

La pensión de invalidez, como se dijo anteriormente, es una prestación que suple los ingresos de una persona que por razones involuntarias ha perdido su capacidad laboral y, por ende, se ve impedida para percibir sus ingresos del normal desempeño de su trabajo. Por esta razón, la Corte ha señalado que *"cuando la asignación pensional por concepto de invalidez represente el único ingreso que garantice la vida digna de la persona que ha sufrido una pérdida de capacidad laboral significativa el derecho a la pensión de invalidez cobra la dimensión de derecho fundamental."*[11]

7. Posición Jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a los requisitos de la Ley 860 de 2003 antes de proferir la sentencia C-428 de 2009. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte, en reiterados fallos de tutela, había señalado que el cambio que introdujo la Ley 860 de 2003 al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, hace que

[11] Corte Constitucional, sentencia T-221 del 23 de marzo de 2006, MP. Rodrigo Escobar Gil y Sentencia T-653 del 8 de julio de 2004, MP. Marco Gerardo Monroy Cabra, sentencia T-104 del 8 de febrero de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.

los requisitos para obtener la pensión de invalidez sean más rigurosos, pues el artículo 39 inicial exigía que la persona fuera declarada inválida y hubiera cotizado 26 semanas en cualquier tiempo y, el nuevo artículo 39, modificado por la ley en comento, establece, además de la declaratoria de invalidez, que la persona hubiera cotizado 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de su estructuración. Así mismo, el nuevo artículo adicionó un requisito de fidelidad al sistema, consistente en haber cotizado un porcentaje del tiempo trascurrido entre la fecha en la que el afectado cumplió 20 años de edad y la primera calificación del estado de invalidez, el cual no había sido contemplado en la norma anterior.

Esta Corporación, venía señalando que el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 era contrario al principio de progresividad establecido en el artículo 48 de la Constitución Política, pues de un régimen favorable, donde se exigían 26 semanas de cotización en cualquier tiempo, se pasó a uno más gravoso en donde no sólo se aumentan las semanas de cotización a 50, sino que, además, se adiciona un requisito, como es el de fidelidad.

Se había considerado en reiterada jurisprudencia, que las modificaciones introducidas por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 afectaban a las personas discapacitadas, quienes son considerados sujetos de especial protección constitucional y, adicionalmente, "*no contemplan medidas alternativas como un régimen de transición, que permitan aminorar la afectación desproporcionada que sufren quienes al momento de la modificación legal se encuentran cotizando*[12]"[13], lo que hace aún más gravosas las condiciones que se deben cumplir para acceder a la pensión de invalidez.

Entonces, la Corte, con el objetivo de proteger a las personas discapacitadas, las cuales merecen especial protección constitucional y, a su vez, salvaguardar el principio de progresividad, encontró que la solución que debía dar a los casos en donde se evidenciara, que las exigencias establecidas en el artículo 1

---

[12] *Sobre la falta de un régimen de transición la Corte realizó las siguientes consideraciones al respecto en la sentencia T-580/07: "Así las cosas, resulta contrario a la lógica propia de los derechos económicos y sociales que el legislador introduzca una medida regresiva, como parece ocurrir con el artículo primero de la Ley 860 de 2003, que impone requisitos más exigentes a las personas para acceder a la pensión de invalidez, sin crear mecanismos que protejan a quienes venían haciendo parte del régimen de seguridad social en pensiones bajo otros requerimientos menos exigentes para causar a su favor el derecho a la pensión. La Corte encuentra que la norma que ha sido aplicada al caso que suscitó la presente acción de tutela es regresiva en materia de seguridad social en pensiones, por establecer una serie de requisitos que imponen mayores exigencias a los afiliados al sistema para gozar del beneficio de la pensión de invalidez." En este mismo sentido la sentencia T-1291/05 expone: "(…) con la entrada en vigencia de las nuevas condiciones legales, treinta días antes del acaecimiento de la invalidez, a la peticionaria se le hace imposible acceder a la prestación ya que no cumple con uno de los requisitos señalados en la norma. Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, dicho escenario deja ver que para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisible que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación de Adriana María, efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma– para que se acceda al derecho."*

[13] Corte Constitucional, sentencia T-103 del 8 de febrero de 2008, MP. Jaime Córdoba Triviño.

de la Ley 860 de 2003, aparecían desproporcionadas e irracionales, era la de la inaplicación del artículo, mediante la excepción de inconstitucionalidad.

La excepción de inconstitucionalidad es una figura contemplada en el artículo 4° de la Constitución Política de 1991, que es aplicada cuando una disposición legal, en un caso en concreto, no se encuentra acorde con los preceptos contenidos en la norma superior. Esta figura *"no genera consecuencias en abstracto ni la pérdida de vigencia de la disposición, dado que la falta de afinidad entre las normas fundamentales y la inferior debe producirse en relación con el supuesto fáctico del caso concreto, sin que exceda ese preciso marco jurídico."*[14]

8. Posición Jurisprudencial de la Corte Constitucional frente a los requisitos de la Ley 860 de 2003 a partir de la sentencia C-428 de 2009. Reiteración de jurisprudencia.

La Corte, el 1 de julio de 2009 profirió la sentencia C-428 de 2009[15], mediante la cual resolvió una demanda pública de inconstitucionalidad contra el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, en donde decidió: "***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."*

Entonces, el requisito de fidelidad exigido, por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, para obtener la pensión de invalidez por enfermedad común o por accidente, fue declarado inexequible por la Corte, por no lograr desvirtuar la presunción de regresividad, pues dicho requisito hacía más riguroso el acceso a la pensión de invalidez[16].

En razón a esta sentencia de control en abstracto, los pronunciamientos de tutela deben acompasarse a ésta, teniendo en cuenta que la excepción de inconstitucionalidad pierde eficacia al existir un pronunciamiento que declare la exequibilidad o, más aún, la inexequibilidad de una norma.[17]

Según el artículo 243 de la Carta Política de 1991, los fallos proferidos por la Corte en ejercicio del control jurisdiccional, hace tránsito a cosa juzgada

[14] Corte Constitucional, sentencia T-485 del 21 de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
[15] MP. Mauricio González Cuervo.
[16] Corte Constitucional, sentencia C428 del 1 de julio de 2009, MP. Mauricio González Cuervo.
[17] Corte Constitucional, sentencia T.485 del 21 de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

constitucional. Por lo tanto, la declaratoria de exequibilidad o inexequibilidad de un precepto jurídico, hace que este tenga carácter de definitivo en el ordenamiento o que salga de éste, sin la posibilidad de volverlo a invocar[18].

Por consiguiente, la sentencia C-428 de 2009 que declaró la inexequibilidad del requisito de fidelidad del sistema para obtener la pensión de invalidez ya sea por enfermedad común o por accidente, tiene efectos *"erga omnes"* y es de obligatorio cumplimiento, por lo que dicho requisito queda por fuera del ordenamiento jurídico a partir *"del día siguiente a la fecha en que la Corte ejerció la jurisdicción de que está investida, esto es, a partir del día siguiente al que se adoptó la decisión sobre la norma sometida a juicio."*[19]

De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala entrará a decidir el caso concreto.

9. Caso Concreto.

La señora María Idalí Hoyos Gómez interpuso acción de tutela en contra de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., por considerar que ésta vulnera sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, igualdad y a la protección especial que el Estado debe desplegar a las personas desplazadas por causa de la violencia y que además son madres cabeza de familia, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez por no cumplir con el requisito de fidelidad establecido en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

La actora, cuenta con 41 años de edad, es discapacitada y desplazada por la violencia, pues así se demuestra con la certificación expedida por Acción Social en donde consta que ella y su grupo familiar se encuentran incluidos dentro del Registro Único de Atención a la Población Desplazada. Adicionalmente, es madre cabeza de familia responsable de dos menores de edad.

En el mes de septiembre de 2008, la señora Hoyos Gómez acudió a la entidad accionada por remisión de su EPS, para solicitar la pensión de invalidez. Esta entidad la remitió a Seguros Bolívar S.A. entidad encargada de realizar la valoración de la pérdida de capacidad laboral de los afiliados a dicho fondo.

La compañía Seguros Bolívar S.A., en el mes de noviembre de 2008, profirió el dictamen de invalidez de la actora, que da cuenta de que tiene una pérdida de capacidad laboral de origen común del 83.80% y, en el que se estableció, como fecha de estructuración, el 9 de julio de 2008.

Una vez fue notificado el dictamen de invalidez, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., envió una carta a la accionante, el 29 de

[18] Corte Constitucional, sentencia T.485 del 21 de julio de 2009, MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
[19] Corte Constitucional, sentencia C-973 del 7 de octubre de 2004, MP. Rodrigo Escobar Gil, sentencia T- 364 del 17 de abril de 2008, MP. Rodrigo Escobar Gil.

enero de 2009, negando su solicitud de pensión de invalidez por no contar con uno de los requisitos establecidos en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, como es el de fidelidad. Dicha entidad le manifestó que *"en cuanto a los requisitos exigidos en Artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para tener derecho a la pensión de invalidez, encontramos que usted cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que cotizó 52.71 semanas en ese lapso. No obstante, no cumplió con el requisito de fidelidad al sistema, pues desde la fecha en que cumplió 20 años hasta la fecha de la primera calificación de su estado de invalidez debería haber cotizado al sistema general de pensiones un número de 217.34 semanas que corresponden al 20% de ese tiempo y cotizó 150 semanas durante ese lapso."*

En vista de la decisión de la Administradora ING, la señora Hoyos Gómez interpuso tutela para hacer exigible su derecho a la pensión de invalidez. Sin embargo su pretensión fue negada, en primera instancia, por el Juzgado Veintiuno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Cali y, en segunda instancia, por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, bajo el argumento de que la tutela no es procedente cuando se trata del reconocimiento de derechos pensionales, pues son solicitudes que debe resolver la jurisdicción ordinaria laboral.

Bajo lo establecido en la parte general de esta providencia y, teniendo en cuenta la situación fáctica de la señora María Idalí Hoyos Gómez, esta Sala de Revisión entrará a analizar si la solicitud de la pensión de invalidez es procedente.

En primer lugar, es preciso señalar, tal como se expuso en el numeral 6 de la parte considerativa, que cuando la pensión de invalidez represente el único ingreso de la persona que ha perdido su capacidad laboral en un porcentaje del 50% o mayor, la exigencia de dicha prestación es procedente por vía de tutela, pues ésta está íntimamente relacionada con derechos fundamentales como la dignidad humana y el mínimo vital.

Por consiguiente, al encontrar probado que la actora tiene una pérdida de capacidad laboral del 83.80% y, que el ingreso que percibía de su trabajo era el único para su subsistencia y la de sus dos hijos, esta Sala considera que el mecanismo de tutela es idóneo para reclamar su derecho a la pensión de invalidez, con el objetivo de evitar un perjuicio irremediable, como es agravar la situación de indefensión en la que se encuentra por su condición de discapacitada, desplazada por la violencia y madre cabeza de familia.

Ahora bien, la fecha de estructuración de la invalidez de la señora Hoyos Gómez es 9 de de julio de 2008, por lo que los requisitos aplicables para obtener la pensión de invalidez son los del artículo 1° de la Ley 860 de 2003, pues así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia "*las normas jurídicas que deben ser tomadas en consideración para establecer la existencia del*

derecho a una prestación por invalidez son las que estén vigentes en el momento en que se estructure ese estado de invalidez[20]*.*"[21]

Siguiendo lo anterior, esta Sala observa, que las providencias que resolvieron el caso de la accionante fueron proferidas con antelación al pronunciamiento de esta Corporación contenido en la sentencia C-428 de 2009, referente a la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Como se mencionó en la parte general de esta providencia, en esa oportunidad la Corte declaró la exequibilidad parcial del artículo, pues encontró que el requisito de las 50 semanas de cotización dentro de los últimos tres años anteriores contados desde la fecha de estructuración, estaba acorde con la Carta, contrario al requisito de fidelidad al sistema, el cual fue considerado como una medida regresiva que deslegitimaba los preceptos superiores, por lo que se declaró su inexequibilidad.

Entonces, luego del pronunciamiento de la sentencia C-428 de 2009, el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 rige de la siguiente manera:

"ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 de 1993 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.

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 (...)."

Como se ha mencionado, la consecuencia de declarar inexequible alguna norma, es que ésta sale del ordenamiento jurídico, razón por la cual, esta Sala, en sede de revisión, no puede considerar al requisito de fidelidad como válido, así éste hubiera estado vigente al momento de estructurarse la invalidez, por lo que el caso se analizará sólo a la luz de los requisitos que son actualmente exigibles.

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala estudiará, de acuerdo a los presupuestos fácticos del caso, si la señora María Idalí Hoyos Gómez cumple con los requisitos para obtener la pensión de invalidez.

---

[20] *Corte Suprema de Justicia, sentencia del 25 de marzo de 2009, Radicado 34.809, MP. Gustavo José Gnecco Mendoza.*
[21] Corte Constitucional, sentencia T- 622 del 4 de septiembre de 2009, MP. Nilson Pinilla Pinilla.

La actora cuenta con una pérdida de capacidad laboral del 83.80%, por lo que el primer requisito se encuentra satisfecho. En cuanto a las 50 semanas de cotización dentro de los tres últimos años anteriores a la estructuración de la invalidez, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., en la carta enviada a la actora notificando la decisión en donde negaba su solicitud (Folios 24 a 25)[22], manifiesta que la señora Hoyos Gómez cuenta con 52.71 semanas de cotización en el periodo de tiempo exigido, pues cotizó desde el mes de julio de 2007 al 9 de julio de 2008, día en que fue estructurada la invalidez, cumpliendo así este requisito.

Conforme con lo anterior, esta Sala ordenará a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar a la señora María Idalí Hoyos Gómez, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento[23], por cumplir con los requisitos que exige la ley.

Por lo expuesto, esta Sala revocará parcialmente la sentencia proferida el doce (12) de mayo de dos mil nueve (2009), por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, ya que en esta oportunidad, solo se analizó la pretensión referente al reconocimiento de la pensión de invalidez de la actora, dejando en firme la otra parte de la decisión de la sentencia revisada, en lo que respecta al pago de las incapacidades.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE la sentencia proferida por el Juzgado Trece Penal del Circuito con Función de Conocimiento de Cali, el doce (12) de mayo de dos mil nueve (2009) y, en su lugar, **CONCEDER** el amparo de los derechos fundamentales a la vida, a la dignidad humana, a la igualdad, a la protección especial que el Estado debe desplegar a las personas desplazadas por causa de la violencia y, que además, son madres cabeza de familia, respecto de la pretensión referente a la pensión de invalidez, por las razones expuestas en la presente providencia.

---

[22] "*En cuanto a los requisitos exigidos en el Artículo 1 de la Ley 860 de 2003 para tener derecho a la pensión de invalidez, encontramos que usted cumplió con el requisito de haber cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, ya que cotizó 52.71 semanas en ese lapso.*

[23] Corte Constitucional, sentencia T- 710 del 6 de octubre de 2009, MP. Juan Carlos Henao Pérez.

SEGUNDO: ORDENAR a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías ING S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar a la señora María Idalí Hoyos Gómez, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento

TERCERO: Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General