

Sentencia T-628/07

MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Procedencia directa y definitiva por condición de sujeto de especial protección constitucional

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Importancia

SEGURIDAD SOCIAL-Características esenciales

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Objetivo/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Instrumentos internacionales que reconocen su importancia

Entre los principales instrumentos internacionales que reconocen la importancia de la seguridad social se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", de 1998, acogidos en la legislación colombiana y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Constitución).

DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Fundamental por conexidad/DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL-Principios

SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Finalidad/SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Regímenes/SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Régimen de ahorro individual con solidaridad/SISTEMA GENERAL DE PENSIONES-Principios de solidaridad y progresividad en el régimen de ahorro individual con solidaridad

PROTECCION CONSTITUCIONAL ESPECIAL DE PERSONAS PORTADORAS DE VIH/SIDA-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ-Protección constitucional

PENSION DE INVALIDEZ DE ENFERMO DE SIDA-Debilidad manifiesta

PENSION DE INVALIDEZ-Requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990 y en el artículo 30 de la Ley 100 de 1993

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSION DE INVALIDEZ-Vulneración por cuanto no se tuvo en cuenta el Decreto 758 de 1990 que favorecía al enfermo de sida

Referencia: expediente T-1565027

Acción de tutela interpuesta por el señor XX contra el Instituto del Seguro Social -ISS- Seccional Cundinamarca y D.C.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Bogotá, D.C., quince (15) de agosto de dos mil siete (2007).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en particular las contenidas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente

SENTENCIA

dentro del proceso de revisión de los fallos proferidos por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la misma ciudad, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por XX contra el Instituto del Seguro Social -ISS- Seccional Cundinamarca y D.C.

Dada la penosa enfermedad que padece el actor (VIH/SIDA), la Sala ha adoptado como medida de protección de su derecho a la intimidad y confidencialidad, suprimir de esta providencia y de toda futura publicación de la misma, su nombre. Como lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Corporación, la información sobre las afecciones de la propia salud hacen parte de la esfera privada del individuo y, por ello, no pueden constituirse en datos del dominio público 1.

I. ANTECEDENTES.

El señor XX, en nombre propio, interpone acción de tutela contra el Instituto del Seguro Social -ISS- Seccional Cundinamarca y D.C., por considerar que dicho ente le está vulnerando sus derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y de petición, al negarse a reconocer y pagar su derecho a la pensión de jubilación por invalidez, a la cual dice tener derecho. Sustenta su demanda en los siguientes

1.- Hechos.

Manifiesta que el 07 de junio de 2005 radicó ante el ISS la solicitud de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la que fue resuelta, en virtud a una acción de tutela y un incidente de desacato, mediante la resolución N° 009018 de marzo 01 de 2006, en el sentido de negarle la misma.

Dice que la mencionada resolución le negó la prestación bajo el argumento de que conforme “al artículo 39 de la ley 100 y modificado por el artículo 11 de la ley 797 no había cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez”.

Afirma que contra dicha decisión interpuso los recursos de reposición y en subsidio de apelación ante la Gerente II del Centro de Atención de Pensiones del ISS Seccional Cundinamarca y D.C., alegando, entre otros aspectos, que la ley 860 de 2003 establece que para tener derecho a la pensión de invalidez es necesario que el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, y que solo se requiere haber cotizado 25 semanas en los últimos 3 años, conforme el parágrafo 2° del artículo 1° de la mencionada ley.

Comenta que el ISS profirió la resolución N° 037754 de septiembre 21 de 2006, igualmente en gracia a una tutela e incidente de desacato, acto administrativo que confirmó la negación de la pensión aduciendo que “no se puede aplicar el contenido pertinente de la ley 860, debido a que en los últimos tres años previos a la declaratoria de la invalidez, sólo coticé “un total de 21 semanas”. Que me faltan cuatro (4) semanas para alcanzar la anhelada prestación”.

Sostiene que posee un total de 7.979 días cotizados, es decir, un total de 1139.85 semanas, que para la época de la declaratoria de invalidez, junio 30 de 2003, era superior al 100% de

las semanas que debía cotizar para adquirir la pensión de vejez que era de 1000 semanas. Al respecto agrega que: "...no se tuvo en cuenta para nada este superior porcentaje, y si se me ha negado una prestación tan urgente por tan solo 4 semanas, pues se tienen en cuenta cuatro semanas que me faltan en un periodo pero no se tienen en cuenta que sobran y con creces en el tiempo total de las cotizaciones pensionales...".

Pone de presente que en el mes de septiembre de 2000, fue diagnosticado como persona portadora del virus de VIH/SIDA, motivo por el cual la Oficina de Calificación de Invalidez, el 28 de agosto 2003, lo declaró inválido por la pérdida de su capacidad laboral, correspondiente al 53.92%, a partir de junio 30 del mismo año.

Señala que la situación por la que atraviesa ha repercutido gravemente en su salud y en el mínimo vital propio y de su familia. Al respecto sostiene:

"...debo consumir de por vida medicamentos costosos que ni aún personas pudientes, pueden sostener sin la ayuda de los servicios que ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues el deterioro de la salud, es una constante inversamente proporcional al avance del virus en el organismo de quien lo posee.

Mi precaria situación económica, me ha causado graves problemas, pues no tengo empleo, a mi edad, 52 años, y con VIH/SIDA, nadie me recibe ni por caridad a trabajar, amén de que tengo un hogar por el que tengo que responder".

Finalmente, solicita se ordene al ISS el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, "desde el 30 de Junio de 2003, con la indexación y los intereses legales correspondientes".

2.- Trámite procesal.

El Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, mediante auto de enero 15 de 2007, avocó el conocimiento de la presente acción y dispuso que la misma fuera comunicada a la entidad accionada, a efectos de que ejerciera su derecho de defensa. No obstante, el Instituto de Seguros Sociales guardó silencio.

3.- Pruebas.

A continuación se relaciona el material probatorio relevante que obra en el expediente:

* Copia de la Cédula de Ciudadanía del actor (folio 1).

* Copia de la resolución N° 009018 de marzo 01 de 2006, por medio de la cual el ISS niega la pensión de invalidez al actor (folios 2 y 3).

* Copia del recurso de reposición y en subsidio de apelación, interpuesto por el actor contra la resolución N° 009018 de 2006 (folios 4 a 6).

* Copia de la resolución N° 037754 de septiembre 21 de 2006, mediante la cual el ISS confirma la negación de la pensión de invalidez (folios 9 y 10).

* Copia del Dictamen de Calificación de la Perdida de la Capacidad Laboral y determinación de la invalidez, expedida el 28 de agosto de 2003 por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá D.C. y Cundinamarca, en la cual se dictaminó la pérdida de la capacidad laboral del señor XX en 53,92% (folios 12 a 14).

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN.

1.- Decisión de primera instancia.

El Juzgado Treinta y Cuatro (34) Civil del Circuito de Bogotá, mediante sentencia de enero 25 de 2007, denegó el amparo solicitado por el señor XX, dada su improcedencia.

Refiriéndose al derecho de petición, considera que el ISS sí dio respuesta a las solicitudes elevadas por el actor con el fin de obtener la pensión de invalidez que pretende, las cuales se reflejan en los actos administrativos proferidos “independientemente de la forma de cómo haya obtenido dichos pronunciamientos”.

Sostiene el Juzgado que la acción de tutela resulta improcedente, por cuanto el actor tiene a su disposición otros mecanismos de defensa judicial dónde puede ventilar su inconformidad con las decisiones del ISS que le negaron la pensión de invalidez. Señala que “mientras el tutelante sostiene tener derecho al reconocimiento y pago de su pensión de invalidez el ISS sostiene lo contrario, como también que por carecerse de suficientes elementos de juicio ante la ausencia de acervo probatorio, y que definitivamente esta no es la vía judicial para adelantar dicha controversia...”.

2.- Impugnación.

En desacuerdo con la anterior decisión el accionante la impugna. Sostiene que le bastó al Juzgado encontrar que no hubo vulneración al derecho de petición simplemente por haber respondido su solicitud de pensión, pero nada dijo respecto al mínimo vital, sin tener en cuenta que con la gravedad de su enfermedad, es muy difícil esperar que su conflicto lo dirima la justicia ordinaria.

Sostiene que el Juzgado no hizo la más mínima referencia a su mínimo vital, siendo precisamente ése el principal derecho que está reclamando y que es reconocido por la Corte Constitucional como derecho fundamental².

Para ilustrar su desacuerdo, transcribe varios apartes de las sentencias proferidas por la Corte Constitucional, acerca de la procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez, el reconocimiento de pensión en conexidad con el mínimo vital y la protección especial de personas discapacitadas.

3.- Decisión de segunda instancia.

La Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a través de la providencia de febrero 16 de 2007 confirma la decisión de primera instancia. Considera el Tribunal que la acción de tutela no fue instituida para ordenar el reconocimiento de pensiones, pues dicho tema escapa del ámbito del juez constitucional. Asevera que el derecho a la seguridad social deviene fundamental cuando pone en peligro otros derechos y principios fundamentales, los cuales no están probados en el caso del señor XX.

Por otra parte, frente a la solicitud de pensión de invalidez, asegura que existen 2 decisiones

de carácter administrativo que resolvieron la petición en cuestión, las cuales están amparadas por la presunción de legalidad que consagra el artículo 66 del C.C.A., por lo que deben ser debatidas ante la autoridad judicial competente.

III. INSISTENCIA PRESENTADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO.

En oficio de abril 26 de 2007³, el doctor Vólmar Pérez Ortiz, en calidad de Defensor del Pueblo, presentó ante la Sala de Selección correspondiente, insistencia para que se revisaran las decisiones proferidas en la acción de tutela de la referencia. En su concepto el asunto objeto de estudio ameritaba ser abordado por la Corte por las siguientes razones:

“... a juicio de la Defensoría del Pueblo y en el caso bajo estudio, se dan las características necesarias para salvaguardar los derechos fundamentales invocados por el actor. En efecto, según la información conocida, el accionante cotizó para pensión ante el ISS 7797 días, cuya última cotización correspondió a marzo 31 de 1995, y se le diagnosticó VIH/SIDA en septiembre de 2000.

Ahora bien, en el presente caso el ISS ha debido aplicar el régimen de transición existente al tiempo de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993⁴, por los siguientes motivos:

* El accionante, desde 1977 y hasta 1995, cotizó ininterrumpidamente para pensión ante el ISS y, por tanto, para abril de 1994, cumplía los requisitos para su beneficio en el régimen de transición, esto es, le era aplicable el Decreto 758 de 1990⁵.

* Al actor, según la información conocida por la Defensoría del Pueblo, se le diagnosticó VIH/SIDA en septiembre de 2000.

* La aplicación de la ley 100 de 1993, por parte del ISS, si bien presenta una reducción de las semanas requeridas para lograr la pensión de invalidez, también lo es que respecto del tiempo restringe el acceso a la referida prestación y, como ya lo dijo la jurisprudencia

constitucional, resulta desproporcionadamente corto.

* Conforme a lo afirmado por el actor, éste empezó desde junio de 1973 hasta marzo de 1995, acumulando un total de 7797 días, la mayoría de ellos cotizados bajo el régimen anterior a la ley 100 de 1993, de manera que el accionante satisface los requisitos previstos en el régimen previsto en el artículo 6° del Decreto 758 de 1990.

* Respecto a la situación actual del accionante, es de relevancia la gravedad del estado de salud, la incapacidad física para acceder a un trabajo y la carencia de recursos económicos que le permitan garantizar un mínimo vital para una subsistencia digna.

En consecuencia, a juicio de la Defensoría del Pueblo, existen motivos para que la Corte Constitucional revise el expediente de la referencia”.

La anterior insistencia fue aceptada por la Sala de Selección N° 05, mediante auto de mayo 02 de 2007, razón por la que el expediente fue seleccionado y repartido al despacho de la magistrada sustanciadora.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

1.- Competencia.

Esta Corte es competente para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en las demás disposiciones pertinentes.

2.- Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico.

2.1. Como consecuencia del deterioro del estado de salud del actor (por padecer de VIH/SIDA), la Junta Regional de Calificación de Invalidez lo declaró inválido por la pérdida de su capacidad laboral, correspondiente al 53.92%, a partir de junio 30 de 2003. Ante esta situación, el accionante solicitó al ISS Seccional Cundinamarca y D.C., el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, al considerar que reúne los requisitos legales para acceder

a ella. No obstante, el ISS mediante resoluciones N° 009018 y 037754 de 2006, le negó dicha prestación bajo el argumento de que no había cotizado las semanas requeridas, esto es, un número de 50 en el caso del art. 39 de la ley 100 de 1993 o un total de 25 en el caso del párrafo 2° del art. 1° de la ley 860 de 2003, dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Señala que tiene un total de 7979 días cotizados, esto es, un total de 1139.85 semanas, las que a su juicio son más que suficientes para acceder a la prestación reclamada. Agrega que la falta de reconocimiento de la pensión ha repercutido gravemente en su salud y en el mínimo vital propio y de su familia, pues los medicamentos para controlar la enfermedad son costosos, no tiene empleo y a sus 52 años “con VIH/SIDA, nadie me recibe ni por caridad a trabajar, amén de que tengo un hogar por el que tengo que responder”.

Los jueces de instancia en tutela denegaron el amparo al considerar improcedente la acción, pues aducen que el accionante cuenta con otros mecanismos de defensa judicial para controvertir las decisiones administrativas que negaron el reconocimiento de la pensión.

2.2. Conforme a lo anterior, corresponde a la Sala de Revisión previamente establecer i) si resulta procedente la acción de tutela por la existencia de un medio de defensa judicial, tal y como lo consideraron los jueces de instancia, y ii) sólo en el evento de que la Sala encuentre procedente la acción, deberá entrar resolver si la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez por parte del Instituto del Seguro Social ISS, a una persona con enfermedad catastrófica y degenerativa fundamentada en el incumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 y 1° de la Ley 860 de 2003, vulnera los derechos constitucionales a la vida, el mínimo vital, la seguridad social, la igualdad y los principios de dignidad humana y de condición más beneficiosa para el trabajador, por la no aplicación del régimen de seguridad social anterior previsto en el Decreto 758 de 1990 o el posterior contemplado en la Ley 860 de 2003.

3. La ineficacia del medio de defensa judicial en el presente caso.

Verificadas las circunstancias de gravedad y de urgencia que reviste el presente caso respecto a un sujeto de especial protección constitucional, para la Sala ameritaba al menos un estudio y valoración de fondo por los jueces de tutela quienes sin mayores consideraciones declararon la improcedencia de la tutela bajo el sólo argumento que al

tratarse de un derecho de carácter económico y referirse a decisiones administrativas no resulta ser de competencia del juez de tutela sino solamente de la justicia ordinaria.

La Sala reconoce conforme al ordenamiento jurídico vigente la existencia de un medio de defensa judicial ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a fin de obtener por dicha vía el reconocimiento de la pensión de invalidez. Sin embargo, ello no constituye el objeto de discusión en este asunto sino más bien la eficacia de dicho medio de defensa judicial frente a las particulares condiciones en que se encuentra el actor.

Recuérdese que el numeral 1° del artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, dispone que “la existencia de dichos medios (de defensa judiciales) será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”. Y precisamente el actor en su demanda como en el escrito de impugnación puso de presente su situación, al manifestar que muy posiblemente por su grave enfermedad (VIH/SIDA), ya no disponga de tiempo para iniciar y culminar un proceso ordinario.

Por consiguiente, para esta Sala es claro que el medio de defensa judicial no resulta eficaz atendiendo las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra el actor, aunado al hecho de que se está ante un sujeto de especial protección constitucional (arts. 13, 47 y 48 de la Constitución). Toma así este asunto relevancia constitucional para el juez de los derechos fundamentales y amerita la procedencia excepcional de la acción de tutela para la protección oportuna de los derechos fundamentales del actor ante la carencia de eficacia e inmediatez del medio de defensa judicial ordinario. Así lo sostuvo en su oportunidad esta corporación, sentencia T-076 de 2003, al indicar:

“los conflictos legales relacionados con el reconocimiento de derechos prestacionales, particularmente de carácter pensional, deben ser tramitados a través de las acciones pertinentes ante la justicia laboral ordinaria, pues se considera que son mecanismos de defensa eficaces para resolver de manera cierta, efectiva e integral este tipo de asuntos. Sin embargo, aunque dicha acción laboral constituye un remedio integral para la protección de los derechos fundamentales relacionados con el reconocimiento de una pensión, su trámite procesal – que ante situaciones normales es considerado eficaz en la protección de los derechos- puede no resultar idóneo para la obtención de los fines que se persiguen, atendiendo las circunstancias fácticas del caso concreto o la situación personal de quien

solicita el amparo. De esta forma, si se controvierte un asunto de esta naturaleza a través de la acción de tutela, el juez constitucional debe evaluar y calificar el conflicto planteado, para determinar si el medio alternativo de defensa judicial con el que cuenta el accionante es lo suficientemente expedito para proteger sus derechos fundamentales, pues de lo contrario, debe ser protegido inmediatamente a través de la acción de tutela para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En efecto, ante este tipo de situaciones excepcionales, el conflicto planteado puede trascender el nivel legal para convertirse en un problema de rango constitucional, por lo que el juez de tutela está obligado a conocer de fondo la solicitud y a tomar las medidas necesarias para la protección del derecho vulnerado o amenazado.⁶

Debe recordarse que dentro de las modalidades de concesión de la acción de tutela, la Corte ha referido a la protección i) transitoria cuando se está ante un perjuicio irremediable siempre que se cumplan los presupuestos de inminencia, gravedad, urgencia e impostergabilidad de la acción, decisión que tiene efectos temporales⁷, o ii) definitiva⁸ cuando a pesar de la existencia de medios de defensa judiciales los mismos resultan ineficaces al “no goza(r) de la celeridad e inmediatez para la protección de los derechos fundamentales con la urgencia requerida”⁹, lo cual hace procedente la tutela como mecanismo principal que puede motivarse en la relevancia constitucional que tenga el asunto según las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentre el solicitante y la condición de sujeto de especial protección constitucional.

En el presente caso, dadas las circunstancias de gravedad y urgencia que padece el actor - invalidez superior al 50% por enfermedad mortal de VIH-SIDA-, para la Sala resulta imperativo la procedencia directa y definitiva de la tutela por su condición de sujeto de especial protección constitucional (arts. 13 y 47 de la Constitución).

Verificado que la acción de tutela se convierte en el medio expedito y oportuno para garantizar definitivamente los derechos fundamentales del actor, procederá la Sala de Revisión a estudiar el fondo del asunto. Para tal efecto, se abordarán los siguientes temas: (i) la seguridad social y el Sistema General de Pensiones y los principios que lo sujetan, (ii) la protección constitucional reforzada de los discapacitados y en especial las personas con VIH-SIDA, para así abordar el derecho a la pensión de invalidez, la importancia de un régimen de

transición y la acción de tutela como mecanismo efectivo de protección, y finalmente (iii) abordará el caso concreto.

4. La seguridad social, el Sistema General de Pensiones y los principios de solidaridad y de prohibición de retrocesos constitucionales (mandato de progresividad).

Con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991, se le reconoce a la seguridad social la importancia que se le ha dado en el orden internacional para la realización de los fines del Estado social de derecho. Los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución, son una clara muestra de ello al reconocer a la seguridad social un carácter de i) servicio público obligatorio, ii) derecho irrenunciable y iii) principio de garantía a toda persona. Seguridad social que ha sido definida como el conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano¹⁰.

Fines sociales que se concretan en el bienestar de toda la comunidad a través del cubrimiento de los eventos de pensión de invalidez, vejez y muerte; servicios de salud; cubrimiento de riesgos profesionales; y servicios sociales complementarios. También comprende la garantía que debe otorgarse a los sujetos de especial protección constitucional como son las personas gravemente enfermas; los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales; los mayores adultos; la mujer embarazada y cabeza de familia; los niños menores de un año; los desempleados; los indigentes o personas sin capacidad económica alguna, entre otras.

Por ello, la Corte en sentencia C-375 de 2004, recordó que “El objeto de esta garantía –puesta en funcionamiento a través de la creación de un sistema integral- es la protección anticipada de los ciudadanos contra determinadas contingencias que en el desarrollo de su vida laboral y, en el desenvolvimiento de la vida misma están expuestos a sufrir, tales como la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las cargas familiares, la vejez, la invalidez y el fallecimiento de la fuente económica de la familia.”

Seguridad social que se encuentra incluida dentro de los derechos sociales y económicos, catalogados históricamente como derechos humanos de segunda generación bajo la denominación de derechos de contenido prestacional. Entre los principales instrumentos

internacionales que reconocen la importancia de la seguridad social se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”, de 1998, acogidos en la legislación colombiana y que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 de la Constitución).

La jurisprudencia constitucional¹³ ha referido a los derechos prestacionales como aquellos que para su materialización requieren de regulaciones normativas, de apropiaciones presupuestales y la provisión de una estructura organizacional para su efectiva aplicación, al implicar la realización de prestaciones positivas principalmente en materia social para así entrar a asegurar las condiciones materiales mínimas para todos en condiciones de dignidad. Con fundamento en ello, se ha manifestado que el estado inicial de un derecho prestacional es su contenido programático que tiende a transmutarse en un derecho subjetivo en la medida que se establezcan las condiciones necesarias para su efectiva aplicación, lo cual varía según el derecho de que se trate¹⁴.

Sin embargo, a pesar de dicho carácter programático, esta Corte ha señalado como lo expuso en la sentencia C-251 de 1997¹⁵, que los derechos humanos forman una unidad al ser interdependientes, integrales y universales, lo cual implica “que para proteger verdaderamente la dignidad humana es necesario que la persona no sólo tenga órbitas de acción que se encuentren libres de interferencia ajena, como lo quería la filosofía liberal, sino que además es menester que el individuo tenga posibilidades de participación en los destinos colectivos de la sociedad de la cual hace parte, conforme a las aspiraciones de la filosofía democrática, y también que se le aseguren una mínimas condiciones materiales de existencia, según los postulados de las filosofías políticas de orientación social. Los derechos humanos son pues una unidad compleja.” Por consiguiente, la dimensión prestacional del derecho constitucional a la seguridad social no puede constituirse en un obstáculo cuando resultan afectados derechos fundamentales para que sea exigible judicialmente frente a determinadas circunstancias (asunto justiciable)¹⁶.

Así, lo recordó recientemente esta corporación en sentencia C-111 de 2006¹⁷, la cual guarda armonía con un sin número de sentencias de tutelas proferidas por esta Corporación¹⁸, donde se expuso que la seguridad social si bien no está consagrado expresamente como un derecho fundamental en el texto constitucional adquiere tal carácter cuando su afectación

conlleva la vulneración de derechos y principios fundamentales como la vida, la dignidad humana, la integridad física y moral, la igualdad, el mínimo vital, el libre desarrollo de la personalidad, etc. Al respecto, conviene recordar la reciente sentencia T-1291 de 2005¹⁹, en la cual se trae a colación los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad²⁰, de los que se puede concluir que el carácter fundamental de la seguridad social radica en la absoluta e íntima conexión con los derechos a la vida, a la dignidad humana, al mínimo vital y a la igualdad.

Dicho factor de conexión de la seguridad social con un derecho de carácter fundamental o su transmutación en un derecho subjetivo, permiten la garantía efectiva y cierta de su protección por el juez de tutela bajo determinadas circunstancias.

Por otra parte, la seguridad social no sólo compromete al Estado sino también a la sociedad para el logro de los objetivos indicados. En efecto, el artículo 48 constitucional, expresa que la seguridad social se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, refiriendo además que el Estado con la participación de los particulares ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social, que podrá ser prestada por entidades públicas o privadas de conformidad con la ley. Lo anterior implica, como lo ha explicado esta corporación, que el ordenamiento constitucional “se ha encargado de precisar el compromiso que tienen los particulares en la realización de la seguridad social, pues al margen de atribuirle al Estado la función de dirección, coordinación, reglamentación y vigilancia, a éstos les asigna “el derecho y el deber concomitante de participar en la ampliación de la cobertura y en la ejecución de las prestaciones que les son propias.”²¹ De esta manera, la seguridad social, en los términos en que ha sido concebida, no solo interesa a los fines del Estado, en el propósito de brindarle a todos los ciudadanos la protección contra las contingencias sociales y las cargas familiares, sino que compromete igualmente a la sociedad para el logro y consecución de tales objetivos.”²²(Subrayas al margen del texto transcrito).

A su vez, dicha disposición constitucional (art. 48 superior), sujeta la prestación de la seguridad social a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, conforme a los términos que establezca la ley. También condiciona a la ley la ampliación progresiva de la cobertura en seguridad social como su prestación por entidades públicas o privadas. De ahí que el legislador goza de un amplio margen para regular lo concerniente a la seguridad social con especial sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, y sin traspasar

los límites impuestos por la Constitución, que están dados por los valores, principios y derechos constitucionales. Así lo sostuvo esta corporación en sentencia C-835 de 2003²³, al manifestar que “de acuerdo con los principios que gobiernan los derechos a la seguridad social..., al amparo de la amplia libertad de que goza para regular la materia, el legislador debe fijar los parámetros y lineamientos sobre seguridad social con especial sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, respetando igualmente otros derechos y principios constitucionales²⁴.” Concretamente en cuanto a los principios que presiden al sistema de seguridad social, la sentencia C-655 de 2003²⁵, refirió a ellos en los siguientes términos:

“el principio de EFICIENCIA comprende la optimización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros que han sido dispuestos para que los beneficios y servicios que ofrece la seguridad social sean prestados en forma pronta, adecuada y suficiente. El de UNIVERSALIDAD, representa - ni más ni menos- que la garantía de protección para todos los habitantes del territorio nacional durante todas las etapas de su vida y sin discriminaciones de ninguna clase; principio que a su vez se relaciona con la obligación impuesta al Estado y a la sociedad de ampliar progresivamente la cobertura del servicio. El de SOLIDARIDAD, con el que se aspira a realizar el valor de justicia y el concepto de dignidad humana, abarca la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio de protección del más fuerte hacia el más débil; debiendo el Estado direccionar los recursos de la seguridad social que provengan del erario público, hacia los grupos de población más vulnerables. El de INTEGRALIDAD, comporta la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población, para lo cual cada persona debe contribuir según su capacidad y recibir lo necesario para atender sus contingencias. El de UNIDAD, implica la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines de la seguridad social. Y el de PARTICIPACION, conlleva la cooperación de la sociedad, por medio de los beneficios de la seguridad social, en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.”

Bajo dichos principios que guían a la seguridad social, la empresa o entidad que deba prestar el servicio no puede tener como objetivo principal el criterio de la eficiencia económica ya que nuestra Carta Política acogió una perspectiva fundamentalmente social atendiendo la

forma organizativa acogida por el Constituyente de Estado social de derecho, lo cual justifica además el intervencionismo estatal en la seguridad social²⁶.

El legislador conforme al mandato constitucional del artículo 48, procedió a establecer con la expedición de la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, un Sistema General de Pensiones que persigue garantizar a toda la comunidad la debida protección frente a las contingencias producto de la invalidez, vejez y muerte, a través del oportuno reconocimiento de las pensiones y prestaciones. Igualmente busca la ampliación progresiva de la cobertura sobre la población no cubierta con sistema alguno de pensiones²⁷. Ahora, dicho Sistema General de Pensiones está compuesto por dos regímenes solidarios que son excluyentes pero coexistentes como son: (i) el régimen solidario de prima media con prestación definida y (ii) el régimen de ahorro individual con solidaridad. A ellos se ha referido esta corporación al indicar:

“el régimen solidario de prima media con prestación definida, ... consiste en la realización aportes para la obtención de una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, previamente definidas en la ley, a favor de sus afiliados o beneficiarios, independientemente del monto de las cotizaciones acumuladas, siempre que se cumplan con los requisitos legales, tales como: edad, número de semanas cotizadas y períodos de fidelidad... En este régimen, los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen un fondo común de naturaleza pública, que garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados, así como, los gastos de administración y la constitución de reservas para asegurar el pago de futuros acreedores pensionales. Su administración se encuentra a cargo del Instituto de Seguros Sociales (ISS), quien a través del Estado garantiza el pago de los beneficios pensionales a que puedan tener derechos los afiliados y beneficiarios. Sin embargo, es posible que transitoriamente sea administrado por cajas, fondos o entidades del sector público o privado, en virtud de lo previsto en la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes...

A la par del régimen solidario de prima media con prestación definida, el legislador creó, reguló y desarrolló el denominado régimen de ahorro individual con solidaridad. En esencia, se trata de un régimen cuya administración se otorgó a los particulares a través de la creación de Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y/o Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones y de Cesantías (A.F.P.), debidamente autorizadas

por la Superintendencia Bancaria. En este régimen, los afiliados acumulan en una cuenta individual las cotizaciones obligatorias y voluntarias, los bonos pensionales y los subsidios del Estado – si a ellos hubiere lugar²⁸ -, en aras de garantizar el acceso a una pensión de vejez, invalidez o de sobrevivientes, a favor de sus afiliados o beneficiarios, cuando el monto acumulado de capital y sus correspondientes rendimientos, permitan proceder a su reconocimiento, teniendo en cuenta la edad a la cual decida retirarse el afiliado, la modalidad de la pensión, así como de las semanas cotizadas y la rentabilidad de los ahorros acumulados. En todo caso, ante el incumplimiento de los citados requisitos, los afiliados o beneficiarios tienen derecho a reclamar la devolución de sus aportes o saldos. Las cotizaciones de los afiliados y sus rendimientos constituyen una cuenta individual de naturaleza privada, que es administrada por la entidad que designe o escoja libremente el trabajador, en desarrollo de un mercado de libre competencia.”²⁹

En relación con el régimen de ahorro individual con solidaridad, esta Corte en la citada decisión destacó que del monto total de las cotizaciones “un porcentaje se capitaliza en las cuentas individuales y el resto se destina al pago de primas de seguros de invalidez y muerte, así como a cubrir los costos de administración del fondo. Adicionalmente, en aras de garantizar la rentabilidad de este régimen, el conjunto de cuentas individuales constituye un “fondo de pensiones” como patrimonio autónomo e independiente del de las sociedades administradoras. Sobre dicho fondo, las entidades administradoras garantizan una rentabilidad mínima, la cual se distribuye entre las cuentas individuales, a prorrata de las sumas acumuladas en cada una de ellas y de la permanencia de las mismas durante el respectivo período (Ley 100 de 1993, artículo 101).”

Ahora, dichos regímenes solidarios que hacen parte del Sistema General de Pensiones y que se encuentran administrados por el Seguro Social o las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), están sujetos a los principios de la seguridad social (art. 48 superior) y limitados por los valores, principios y derechos constitucionales. Toma aquí suma importancia el principio de solidaridad (art. 48 superior y Ley 100 de 1993) y el mandato de progresividad de la seguridad social (art. 48 constitucional y Ley 100 de 1993).

En efecto, el régimen de ahorro individual con solidaridad del Sistema General de Pensiones desarrolla cabalmente el principio de solidaridad. En palabras de la Corte³⁰ dicho principio envuelve la práctica de ayuda mutua o de socorro entre los afiliados, vinculados y

beneficiarios del sistema, con independencia del sector económico al cual pertenezca y sin interesar el orden generacional en que se encuentre, que se manifiesta principalmente en dos aspectos como son: “el deber de los sectores con mayores recursos económicos de contribuir al financiamiento de la seguridad social de las personas de escasos ingresos,... En segundo término, la obligación de la sociedad entera o de alguna parte de ella, de colaborar en la protección de la seguridad social de las personas que por diversas circunstancias están imposibilitadas para procurarse su propio sustento y el de su familia.”³¹ (Subrayas al margen del texto transcrito).

De igual modo, estos regímenes solidarios como el de ahorro individual con solidaridad atiende al denominado principio de progresividad el cual se encuentra consagrado en la Constitución Política y en varios instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad (art. 93 superior). En efecto, dicho principio de progresividad puede extraerse del contenido del artículo 48 de la Carta, cuando refiere a que “El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la seguridad social”, que resulta concordante con el principio de universalidad. Así mismo, es producto de los compromisos adquiridos por los Estados, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, consistente en desarrollar progresivamente los derechos de contenido social como la seguridad social.

En las sentencias C-251 de 1997, SU.225 de 1998, C-671 de 2002, C-038 de 2004, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006, entre otras, la Corte ha desarrollado el concepto de progresividad del Sistema de Seguridad Social, para lo cual además se ha fundamentado en la doctrina internacional más autorizada incluida en los informes del Relator, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y los Principios de Limburgo. De dichas decisiones puede extraerse principalmente que i) existe un contenido esencial de los derechos sociales y económicos que se materializa en los derechos mínimos de subsistencia para todos, ii) para hacer efectivos estos derechos podrá acudir a “medidas de otro carácter” como las decisiones judiciales, iii) la existencia de unos contenidos mínimos de los derechos sociales que el Estado debe garantizar a todas las personas, y finalmente la Corte³² ha referido iv) a la prohibición *prima facie* de retrocesos constitucionales frente al nivel de protección alcanzado en seguridad social consistente en que una vez alcanzado un determinado nivel de

protección constitucional el amplio margen de configuración por el legislador sobre los derechos sociales se reduce al menos en un aspecto: “todo retroceso frente al nivel de protección alcanzado es constitucionalmente problemático puesto que precisamente contradice el mandato de progresividad”.

Y, atendiendo la conexión íntima que guarda dicho principio de progresividad con el derecho a la igualdad, esta corporación ha manifestado que “cualquier disminución o exclusión respecto de sujetos de especial protección, es inadmisibles”³³. Prohibición de retrocesos que no por sí misma resulta ser absoluta ya que puede en un momento determinado resultar justificable al existir “imperiosas razones que hacen necesario ese paso regresivo en el desarrollo del un derecho social”. En las decisiones anteriormente mencionadas se señalan que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuyo criterio es relevante a la hora de determinar el alcance de los derechos sociales, ha manifestado:

“las medidas regresivas, que disminuyen una protección ya alcanzada a un derecho social, se presumen contrarias al Pacto. En esos eventos, ha señalado el Comité, el Estado tiene que demostrar que esas medidas son compatibles con el Pacto. Así, en la Observación General No. 3 sobre las obligaciones derivadas del PIDESC, el Comité señaló que “todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”³⁴. Y esa instancia internacional ha reiterado ese criterio en las observaciones generales sobre el alcance de distintos derechos. Por ejemplo, la Observación 14 de 2000, sobre el derecho a la salud, señala que frente a todos los derechos sociales “existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas”, y por ello “si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.”³⁵³⁶ (Subrayas al margen del texto transcrito).

Asimismo, la Sala Tercera de Revisión de esta Corporación, en sentencia T-025 de 2004³⁷, expuso los requisitos mínimos a los cuales debe sujetarse el Estado al momento del diseño e

implementación de políticas públicas que puedan implicar retrocesos en los derechos de dimensión prestacional. Señaló la mencionada providencia:

“Primero, prohibición de discriminación (por ejemplo, no se podría invocar la insuficiencia de recursos para excluir de la protección estatal a minorías étnicas o partidarios de adversarios políticos); segundo, necesidad de la medida lo cual exige que sean estudiadas cuidadosamente medidas alternativas y que éstas sean inviables o insuficientes (por ejemplo, se han explorado y agotado otras fuentes de financiación); tercero, condición de avance futuro hacia la plena realización de los derechos de tal forma que la disminución del alcance de la protección sea un paso inevitable para que, una vez superadas las dificultades que llevaron a la medida transitoria, se retome el camino de la progresividad para que se logre la mayor satisfacción del derecho (por ejemplo, señalando parámetros objetivos que, al ser alcanzados, reorientarían la política pública en la senda del desarrollo progresivo del derecho); y cuarto, prohibición de desconocer unos mínimos de satisfacción del derecho porque las medidas no pueden ser de tal magnitud que violen el núcleo básico de protección que asegure la supervivencia digna del ser humano ni pueden empezar por las áreas prioritarias que tienen el mayor impacto sobre la población. Pasa la Corte a definir tales mínimos”. (Subrayas del texto original).

Puede, entonces, concluirse que los regímenes solidarios como el de ahorro individual con solidaridad del Sistema General de Pensiones deben ajustarse a los principios de solidaridad (personas de escasos ingresos) y de progresividad (prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección alcanzado en pensiones) que guarda relación con el derecho a la igualdad respecto al trato exclusivo que se debe dar a los sujetos de especial protección constitucional.

5. La protección constitucional reforzada de los discapacitados y las personas con VIH-SIDA. El derecho a la pensión de invalidez, régimen de transición y acción de tutela.

Como lo reconoce la Constitución Política y lo consagran distintos instrumentos internacionales, las personas con disminución física son sujetos de especial protección constitucional.

En efecto, el inciso 3 del artículo 13 superior, instituye como deber del Estado el proteger especialmente a aquellas personas “que por su condición económica, física o mental, se

encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta”. Disposición que guarda armonía con el artículo 47, ejusdem, al disponer que el Estado debe adelantar una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se les prestará la atención especializada que requieran. Normatividad que debe interpretarse en correspondencia con las normas constitucionales que reconocen la seguridad social como servicio, derecho y principio del ordenamiento constitucional (arts. 48, 49 y 53 de la Carta).

Particular énfasis debe hacerse en relación con las personas disminuidas a quienes padecen de VIH38-SIDA39, ya que dichas personas requieren de una mayor atención por parte del Estado por las particulares condiciones en que se encuentran y las consecuencias nefastas que acarrea dicha enfermedad. Esta Corte ha resaltado las condiciones de debilidad manifiesta en que se encuentran y que las hace merecedora de una protección constitucional reforzada. Así, en la sentencia T-262 de 2005⁴⁰, indicó que “se ha considerado que el V.I.H.-SIDA, constituye una enfermedad catastrófica que produce un acelerado deterioro en el estado de salud de las personas que la padecen y, consecuentemente, el riesgo de muerte de los pacientes se incrementa cuando estos no reciben el tratamiento adecuado de forma oportuna. Por consiguiente, es deber del Estado brindar protección integral a las personas afectadas.” Y ya en decisión anterior, T-843 de 2004, la Corte refirió a las consecuencias de dicha enfermedad y las medidas especiales que deben adoptarse por el Estado para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de dichas personas:

“...la persona que se encuentra infectada por el VIH, dadas las incalculables proporciones de ese mal, ve amenazada su existencia misma, y frente a ello no puede el Estado adoptar una posición indiferente sino activa para garantizar que no se le condene a vivir en condiciones inferiores. Con tal fin debe implementar políticas y programas para, aunque no sea posible lograr una solución definitiva, por lo menos hacer menos gravosa y penosa esa enfermedad.

La Corte ha tenido la oportunidad de pronunciarse en casos de personas que padecen dicha enfermedad y ha manifestado que esa patología coloca a quien lo padece en un estado de deterioro permanente con grave repercusión sobre la vida misma, puesto que ese virus ataca el sistema de defensas del organismo y lo deja totalmente desprotegido frente a cualquier afección que finalmente termina con la muerte⁴¹.

La protección especial a ese grupo poblacional⁴² está fundamentada en los principios de igualdad, según el cual el Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta (art. 13 C.P.) y en el de solidaridad, como uno de los principios rectores de la seguridad social (arts. 1 y 48 C.P.). Bajo esos parámetros la Corte ha manifestado que con el fin de hacer efectiva la igualdad y la dignidad humana⁴³ de esas personas la protección que debe brindar el Estado en materia de salud debe ser integral dados los altos costos que esa enfermedad demanda y con el fin de que no se generen tratos discriminatorios⁴⁴. También ha sostenido que “este deber constitucional [de protección] asegura que el enfermo de SIDA reciba atención integral y gratuita a cargo del Estado, a fin de evitar que la ausencia de medios económicos le impida tratar la enfermedad y aminorar el sufrimiento, y lo exponga a la discriminación”⁴⁵.

En el Informe sobre la epidemia mundial de SIDA 2006⁴⁶, con motivo del décimo aniversario del ONUSIDA, atendiendo la declaración de compromiso en la lucha contra el VIH-SIDA, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el 2001, frente a los compromisos de 189 Estados miembros, se sostuvo en el punto correspondiente a contrarrestar el impacto del SIDA como enfermedad mortal, que la planificación y los servicios para el SIDA deben incluir “medidas de protección social para preservar el sustento de las personas afectadas por el VIH. Esto supone establecer programas de bienestar social, apoyo a los niños y huérfanos, obras públicas para generar empleo y sistemas estatales de pensiones y microfinanciación”.⁴⁷ (Subrayas al margen del texto transcrito).

De esta manera puede manifestarse que las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional por cuanto se está una enfermedad mortal que causa el deterioro progresivo del estado de salud y que hace exigible un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. El Estado junto con la sociedad deben adoptar las medidas indispensables en orden a asegurar sistemas adecuados de pensiones que posibiliten el trato integral ante la ausencia de recursos económicos que pueda presentar el afectado.

Precisamente, en desarrollo de los mandatos constitucionales de la seguridad social y de la protección especial a las personas disminuidas, el legislador procedió a establecer un Sistema General de Pensiones que tiene por objeto garantizar a toda la población, entre otras

contingencias, el amparo derivado de la invalidez, la cual tiene una significativa importancia social al perseguir garantizar “a los asociados que padecen de limitaciones significativas, el acceso a una fuente de ingreso para solventar sus necesidades vitales⁴⁸.”⁴⁹ Pensión de invalidez que como expresión del derecho a la seguridad social persigue “compensar la situación de infortunio derivada de la pérdida de la capacidad laboral, mediante el otorgamiento de unas prestaciones económicas y de salud, cuya característica fundamental en su condición de esenciales e irrenunciables (art. 48 C.P.).”⁵⁰

A pesar del origen legal que tiene la pensión de invalidez dicha prestación tiene una gran relevancia constitucional (arts. 13, 47, 48, 49 y 53 de la Carta). Al respecto, la Corte ha reiterado⁵¹ que puede adquirir el carácter de fundamental (factor conexidad) cuando su no reconocimiento implique la vulneración de derechos de tal categoría como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo, la igualdad, dignidad humana, entre otros, máxime cuando su titularidad radica en personas con disminución física, sensorial o psíquica⁵². Así lo indicó recientemente en la sentencia T-1282 de 2005, al señalar que “este derecho, que en principio es subjetivo ordinario, puede adquirir el rango de fundamental sólo en el evento en que se encuentre directa e inmediatamente relacionado con derechos que ostenten el carácter de fundamentales”. Y lo recordó la sentencia T-1128 de 2005⁵³, al manifestar que el “derecho a la pensión de invalidez adquiere el carácter de derecho fundamental por sí mismo, por tratarse de una persona que por haber perdido parte considerable de su capacidad laboral, no puede acceder al mercado de trabajo, de modo que el reconocimiento de dicha pensión entra a convertirse en la única fuente de ingresos con la que cuentan para la satisfacción de sus necesidades básicas, así como para proporcionarse los controles y tratamientos médicos requeridos dada su discapacidad.” (Subrayas al margen del texto transcrito).

Ahora bien, frente a los cambios normativos que puedan presentarse en la legislación sobre pensiones como la variación de los requisitos para acceder a su reconocimiento, toma suma importancia la necesidad de establecer un régimen de transición, que ha sido definido como “un mecanismo de protección para que los cambios producidos por un tránsito legislativo no afecten desmesuradamente a quienes, si bien no han adquirido el derecho a la pensión, por no haber cumplido los requisitos para ello, tienen una expectativa legítima de adquirir ese derecho, por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionares, en el momento del tránsito legislativo.”⁵⁴.

Mecanismo de transición que se justifica ante la expectativa legítima de adquirir el derecho a la pensión “por estar próximos a cumplir los requisitos para pensionarse”.⁵⁵ También encuentra soporte fundamental en el principio de la confianza legítima que guarda relación con el principio de la buena fe, por cuanto el administrado confía que la administración mantendrá en principio la vigencia de determinada regulación legal, sin que ello se oponga a la modificación de la legislación actual. Así lo señaló esta corporación al manifestar que “el principio de la confianza legítima es un corolario de aquel de la buena fe y consiste en que el Estado no puede súbitamente alterar unas reglas de juego que regulaban sus relaciones con los particulares, sin que se les otorgue a estos últimos un período de transición para que ajusten su comportamiento a una nueva situación jurídica. No se trata, por tanto, de lesionar o vulnerar derechos legítimamente adquiridos, sino tan sólo de amparar unas expectativas válidas que los particulares se habían hecho con base en acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, bien que se trate de comportamientos activos o pasivos de la administración pública, regulaciones legales o interpretaciones de las normas jurídicas.”⁵⁶ (Subrayas al margen del texto transcrito).

Especial relevancia asume también lo manifestado por esta Corte en cuanto todo tránsito legislativo debe consultar los parámetros de justicia y equidad, y atender los principios de razonabilidad y proporcionalidad⁵⁷.

En relación con la pensión de invalidez el legislador no previó con la entrada en vigencia de la Ley de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993), un régimen de transición respecto al régimen anterior⁵⁸. Recientemente la Corte en sentencia T-221 de 2006⁵⁹, recordó que dicho régimen de transición no resulta indispensable cuando la nueva normatividad legal implica cambios favorables, o sea, cuando se está ante medidas que involucran un avance progresivo en la protección y ampliación de la seguridad social en pensiones y no frente a medidas regresivas que hagan difícil su reconocimiento. Puede así concluirse que el régimen de transición debe en principio contemplarse frente a cambios de legislación en seguridad social que impliquen medidas de retroceso frente al nivel de protección alcanzado, máxime en tratándose de sujetos de especial protección constitucional. Así lo dijo recientemente esta Corte en la decisión reseñada:

“Corolario de esta posición jurisprudencial es que el legislador, al gozar de un amplio margen de configuración, puede prescindir de la creación de un régimen de transición en materia de

pensiones, cuando la reforma legislativa implica una medida favorable para las personas, es decir, cuando se está en presencia de una regulación progresiva.

En sentido contrario, si el legislador crea una medida regresiva, por tratarse de derechos sociales y económicos debe procurar que la lesión que se cause a las personas pertenecientes al régimen de seguridad social sea mínima, de tal suerte que resulte lógica la creación de un régimen de transición o, en caso de que el legislador no lo considere prudente, la justificación plena de las razones que lo llevan a tomar una medida regresiva en materia de derechos económicos y sociales sin la precaución de salvaguardar las expectativas legítimas de las personas de acceder a una pensión de invalidez en caso de que les sobrevenga una contingencia que merme su capacidad laboral en cuantía superior al cincuenta por ciento (50%).”

La observancia de la subregla anterior consistente en establecer en principio por el legislador ordinario medidas de transición frente a retrocesos resulta imperiosa respecto a las exigencias del nuevo régimen pensional. Ello concuerda con la importancia que ha dado esta Corte, sentencia T-147 de 200660, a la estabilidad de las reglas de juego para acceder a la pensión cuando se ha presentado cambios inesperados que resultan desfavorables para el trabajador aún cuando no se ha adquirido el derecho a dicha prestación. En efecto, en dicha decisión con la finalidad de proteger la seguridad jurídica, la confianza legítima, el mandato de progresividad, que son los que resultan relevantes para el presente caso, se sostuvo:

“Sobre la importancia de la estabilidad de las reglas de juego, la Corte afirmó en sentencia C-754 de 2004:

‘Un Estado social de derecho (CP art. 1º) debe proteger la seguridad jurídica de los trabajadores y de los futuros pensionados, quienes, en función de los principios de confianza legítima y de interdicción a la arbitrariedad, tienen derecho a que las reglas para acceder a la pensión no sean variadas abruptamente en forma desfavorable. Y es que en una democracia constitucional, la seguridad jurídica debe existir no sólo para los inversionistas y para los agentes económicos, a fin de disminuir los costos de transacción y favorecer la inversión y el desarrollo económico, sino también, y tal vez especialmente, para los trabajadores y los ciudadanos, quienes deben tener confianza en que las reglas que amparan sus derechos no serán modificadas intempestivamente por las autoridades. Siendo la seguridad jurídica y los

principios de confianza legítima y de interdicción de la arbitrariedad inherentes a la idea misma de Estado de derecho (CP art. 1º), es indudable que las personas tienen derecho a una estabilidad razonable de las normas relativas a la protección de sus derechos constitucionales. Así como es importante para que exista desarrollo económico que exista estabilidad en las reglas sobre propiedad y contratos, es igualmente importante, para asegurar la paz social y la legitimidad de las instituciones, que exista también estabilidad en las normas que protegen los derechos fundamentales y en especial los derechos pensionales. La protección de la seguridad jurídica y de la confianza legítima y el mandato de progresividad ... implican entonces que, en principio, la ley no puede modificar súbitamente en forma desfavorable a un trabajador las reglas que gobiernan el acceso a las pensiones y su monto, incluso si dicho trabajador no ha adquirido todavía el derecho a la pensión, por no haber cumplido las condiciones previstas por la ley para tal efecto” (M.P.: Alvaro Tafur Galvis. S.V. Manuel José Cepeda Espinosa, Rodrigo Escobar Gil, Rodrigo Uprimny Yepes, S.P.V: Jaime Araújo Rentería.)’”.

Tampoco debe olvidarse que en tratándose de personas de especial protección constitucional el legislador debe contemplar con mayor razón la posibilidad de establecer un régimen de transición frente a medidas regresivas⁶¹. Normas legales que una vez expedidas habrán de ser interpretadas “de manera tal que favorezcan, dentro de los límites de lo razonable, a las personas minusválidas”.⁶²

Ya la Corte ha procedido a garantizar el reconocimiento de la pensión de invalidez al inaplicar disposiciones del ordenamiento legal vigente bajo los cuales se estructuró la pensión de invalidez, cuando ha verificado, en el caso concreto, la violación de derechos fundamentales de los sujetos de especial protección constitucional, por la existencia de medidas regresivas que imponen requisitos más exigentes a los previstos bajo el régimen legal anterior y sin que hubiere tomado el legislador ordinario medida de transición alguna. Bajo las particulares circunstancias que ha ocupado a la Corte, ha dispuesto la aplicación del régimen pensional anterior.

En efecto, en la sentencia T-1291 de 2005⁶³, la Corte encontró indispensable aplicar el texto original del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, respecto a la modificación efectuada por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003⁶⁴, que era la disposición aplicable atendiendo la fecha de estructuración de invalidez, bajo los siguientes argumentos:

“Por tanto, en los dos eventos se pasó por alto el tránsito de legislación y se aplicó, sin más, la norma que se encontraba vigente al momento de acaecer la enfermedad. Esta Sala debe resaltar que conforme al principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones y, se repite, de acuerdo a las difíciles condiciones de la señora..., la AFP y las instancias debían verificar que el tránsito legislativo no había vuelto más gravosas o regresivas las condiciones para acceder a la pensión de invalidez en el caso de la peticionaria. Para este efecto debe analizarse cuáles eran las condiciones que imponía el artículo 39 de la Ley 100 original y cuáles son los requisitos dispuestos por su modificación, o sea, el artículo 1° de la Ley 860 de 2003 (Diciembre 29).

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

Sin embargo el razonamiento anterior, aunque en apariencia se ajusta a la Ley, vulnera de manera flagrante la Constitución Política y el principio de progresividad del Sistema de Seguridad Social⁶⁵. En efecto, hay que tener en cuenta que frente a los requisitos establecidos en el artículo 39 “original” (o derogado el 29 de diciembre de 2003) la señora ... sí cumplía con las condiciones para acceder a la prestación y, por tanto, haber aplicado para el caso concreto la modificación hecha por la Ley 860 vulnera el principio de progresividad, el derecho a la seguridad social de la peticionaria y, por conexidad, sus derechos a la igualdad, a la vida digna, el mínimo vital, el trabajo y los derechos de su menor hija....

...

Tal y como se ha anotado a lo largo de esta providencia, dicho escenario deja ver que para el caso concreto la norma es regresiva y contraria al principio de progresividad, y, por tanto, en aplicación del artículo 4 de la Constitución Política debe inaplicarse por ser contraria a la Carta ya que es inadmisibles que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación ..., efectuar las cotizaciones que se exigen en la nueva norma– para que se acceda al derecho.”

De igual modo, la Corte aplicó dicha subregla constitucional en la sentencia T-221 de

200666, al exponer⁶⁷:

“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.

Si bien es cierto que no toda regulación más exigente puede ser catalogada como regresiva, es claro que en el presente caso, por virtud de las condiciones particulares de la accionante,... la norma, aplicada al caso concreto, vulnera la vida, la subsistencia y la dignidad humana de la actora.

...

Dado que la norma establece un requisito de fidelidad, es claro que entre mayor edad tenga la persona que ha sido calificada como inválida mayor será el número de semanas que debe haber cotizado para cubrir el requisito de densidad en la cotización al sistema. Cuestión que nos lleva a concluir que la población más afectada por esta norma es la de la tercera edad, tornándose así evidente la incompatibilidad de la norma, en el caso concreto de las personas disminuidas en su capacidad laboral y pertenecientes a la tercera edad, frente a los mandatos constitucionales, por cuanto desprotege a este grupo poblacional objeto de especial protección por parte del Estado.

...en el caso concreto se tiene que la regulación más estricta sí es directamente vulneradora del principio de progresividad toda vez que al tornar más pedregoso el camino para acceder a la pensión de invalidez deja a los grupos discapacitados en estado de abandono, además de repercutir de manera más lesiva respecto de los grupos poblacionales de mayor edad.

...

De otra parte, puede sostenerse que la norma contenida en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 carece de justificación suficiente para que la Corte encuentre razonable el retroceso en la protección del derecho a la seguridad social que ella implica frente a las personas inválidas de la tercera edad, toda vez que la norma, de acuerdo a su historia legislativa⁶⁸, propende por la generación de la cultura de afiliación al sistema y a la reducción de los fraudes al mismo, finalidad que no por ser loable deja de ser desproporcionada, en cuanto desconoce las garantías mínimas ofrecidas a las personas en general, y en concreto a las personas de la tercera edad que se encuentran padeciendo de una limitación en sus capacidades laborales.”

En este evento de no existencia de un régimen de transición en pensión de invalidez frente a medidas regresivas para acceder a su reconocimiento, la acción de tutela se convierte en el mecanismo constitucional de protección efectiva y real de los derechos fundamentales de las personas afectadas ante la ineficacia que presenta el medio de defensa judicial ordinario.

Esta corporación ha referido a la procedencia excepcional de la acción de tutela en dichos casos ante la presencia de la vulneración de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo, la igualdad y la dignidad humana. Protección constitucional que resulta reforzada cuando se está ante sujetos de especial protección constitucional como las personas con VIH-SIDA.

Un claro ejemplo de lo expuesto, lo constituyen las decisiones a las cuales se ha referido, T-1291 de 2005 y T-221 de 2006, en las cuales la Corte amparó definitivamente el derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común al no preverse un régimen de transición en una persona i) que sufrió accidente cerebro vascular en la condición de mujer cabeza de familia, a cargo de una menor de edad, y ii) de la tercera edad con cáncer pulmonar.

6. Análisis del caso concreto.

6.1. La Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca declaró inválido al señor XX por la pérdida de su capacidad laboral, correspondiente al 53.92%, a partir de junio 30 de 2003, como resultado del deterioro de su salud por padecer de VIH/SIDA. Frente

a tal situación, el actor solicitó al ISS el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez, al considerar que cumplía con los requisitos legales para acceder a la misma. Sin embargo, el ISS mediante resoluciones N° 009018 y 037754 de 2006, le negó dicha prestación aduciendo que éste no había cotizado las semanas requeridas, es decir, 50 semanas en el evento contemplado en el art. 39 de la ley 100 de 1993 o un total de 25 en el caso del parágrafo 2° del art. 1° de la ley 860 de 2003, dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

El actor considera que el ISS vulnera sus derechos fundamentales invocados, pues tiene un total de 7979 días cotizados, que se traducen en 1139.85 semanas, las que estima son suficientes para acceder a la pensión de invalidez solicitada. Dice además, que la falta de reconocimiento de la pensión ha afectado gravemente su salud y repercutido en el mínimo vital propio y de su familia, pues sin la pensión se le dificulta acceder a los medicamentos necesarios para tratar su enfermedad, aunado a que se encuentra desempleado en razón a su edad y su condición de portador de VIH/SIDA.

6.2. De las pruebas obrantes en el expediente, las cuales no fueron objeto de controversia por la entidad accionada (el ISS guardó silencio al traslado de la acción de tutela⁶⁹), se tiene que el actor cotizó al sistema 6926 días en el periodo comprendido entre junio de 1973 y marzo de 1995, cotizaciones en su mayoría efectuadas bajo el régimen pensional anterior a la ley 100 de 1993, es decir, el previsto en el Decreto 758 de 1990. Además del número de días aludido, el ISS reconoce como válidamente cotizados, 871 días más, por lo que en total el señor XX cuenta con 7979 días.

No obstante lo anterior, el ISS negó la pensión del actor, pues consideró que no reunía el número de semanas exigido tanto por la ley 100 de 1993 como por la ley 860 de 2003. En sus apartes pertinentes, la resolución N° 037754 de septiembre 21 de 2006 (folios 9 y 10), que confirmó la negativa de reconocer la pensión, señala:

“...Que para acreditar las semanas necesarias para la pensión se presentan certificados de tiempo de servicio al sector publico no cotizado al ISS, así:

ENTIDAD

PERIODO

T. DÍAS

(A)

15- 06 - 1973 al 01-05-1975

677

(B)

22 -11 -1977 al 31-03-1995

6249

Total

6926

“Que revisado el reporte expedido por la Gerencia Nacional de Historia Laboral y Nomina del Instituto de los Seguros Sociales, Pensionados, se pudo establecer que el asegurado registra un total de 871 días validamente cotizados al ISS, para un total de días de cotizados de 7979.

“Que de acuerdo a las pretensiones del recurrente se le informa que el articulo 39 de la Ley 100, modificado por el artículo 11 de la Ley 797 de 2003, señala como requisitos para acceder a la pensión de invalidez causada por enfermedad, que el asegurado haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del 20% del tiempo transcurrido entre el monto en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

(...)

Que en cuanto la inconformidad señalada por el recurrente⁷⁰ por la no aplicación de la Ley 860 de 2003 (...) no es posible el reconocimiento de la pensión de invalidez toda vez revisado nuevamente el cuaderno pensional se verificó que el petitionario dentro de los tres últimos tres años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, cotizó un total de 21

semanas, tiempo que no permite la aplicación de la ley 860 de 2003". (Negrillas y subrayado de la entidad)".

6.3. Debe entonces la Sala examinar si la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez a una persona en circunstancias de debilidad manifiesta vulneró los derechos a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social y los principios de dignidad humana y de condición más beneficiosa para el trabajador.

Como se ha expuesto, la seguridad social no sólo compromete al Estado sino también a los particulares para el logro de los fines esenciales del Estado previstos en la Constitución. Como parte del derecho a la seguridad social, la pensión de invalidez, como prestación de origen legal, exige para su reconocimiento el cumplimiento de unos requisitos que se establecen por el legislador en ejercicio del amplio margen de configuración normativa, pero que se sujeta a principios como los de solidaridad y progresividad y a los límites impuestos por la Constitución como son los derechos y principios fundamentales. En ese orden de ideas, se ha expuesto que el derecho a la pensión de invalidez puede adquirir el carácter fundamental cuando su no reconocimiento vulnera derechos de tal categoría (factor conexidad).

Además, se ha manifestado que frente a los cambios normativos que puedan presentarse respecto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, la Ley 100 de 1993 no previó un régimen de transición, el cual no resulta indispensable cuando la nueva normatividad implica cambios favorables y progresivos en materia de seguridad social. Sin embargo, cuando se establecen medidas regresivas como la imposición de requisitos más gravosos para acceder a la pensión, el legislador debe en principio prever un régimen de transición atendiendo la prohibición prima facie de retrocesos frente al nivel de protección constitucional alcanzado, y más en tratándose de regulaciones que afecten a sujetos de especial protección constitucional como son los disminuidos físicos. Régimen de transición que debe predicarse del régimen anterior, estableciendo periodos que permitan acoplarse a las exigencias del nuevo régimen y salvaguarde así las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a cumplir los requisitos para pensionarse. Bajo tal situación, como la Corte lo ha expuesto en dos sentencias de revisión⁷¹, lo procedente es aplicar el régimen pensional anterior que resulta más favorable, inaplicando para el caso la normatividad legal vigente para la fecha de estructuración de la invalidez.

En el presente caso, el ISS Cundinamarca y D.C., procedió a negar la pensión de invalidez con fundamento en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, vigente para el momento de estructuración de la invalidez, 30 de junio de 2003. Ante la inconformidad del actor, el ISS estudió la posibilidad de aplicar la ley 860 de 2003 (que modificó el artículo 39 de la ley 100), para concluir que el actor tampoco reunía las exigencias allí consagradas, por la falta de 4 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Sin embargo, aun cuando el actor no lo alegó, para la Sala de Revisión el ISS ha debido considerar las particulares circunstancias que rodean el presente caso atendiendo el cambio de condiciones legales que generó la expedición de la ley 100 de 1993. Concretamente ha debido verificar si el tránsito legislativo producido (del Decreto 758 de 1990 a la ley 100 de 1993) no había resultado más gravoso o regresivo en cuanto a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez, máxime cuando la Ley 100 no previó un régimen de transición. Se procederá, entonces, por la Sala a examinar los requisitos establecidos en uno y otro régimen pensional respecto a la situación concreta del señor XX.

6.4. El anterior régimen pensional previsto el Decreto 758 de 1990, “Por el cual se aprueba el Acuerdo número 049 de febrero 1° de 1990 emanado del Consejo Nacional de Seguros Sociales Obligatorios”, señalaba en sus artículos 5° y 6°, como requisitos para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, los siguientes:

“ARTÍCULO 5o. CLASES DE INVALIDEZ.

1. Se tendrán como inválidos para efectos del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte:

a) INVALIDO PERMANENTE TOTAL. Es el afiliado o asegurado que por enfermedad no profesional o por lesión distinta de accidente de trabajo, haya perdido el 50% o más de su capacidad laborativa para desempeñar el oficio o profesión para el cual está capacitado y que constituye su actividad habitual y permanente. La cuantía básica de esta pensión será del 45 % del salario mensual de base;

(...)

“ARTÍCULO 6o. REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones:

- a. Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y,
- b) Haber cotizado para el Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez.”

Por su parte, con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los requisitos legales que se establecieron y que llevaron a la negativa de la pensión de invalidez, fueron:

“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.

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.”

(...)

PARÁGRAFO 2o. Cuando el afiliado haya cotizado por lo menos el 75% de las semanas mínimas requeridas para acceder a la pensión de vejez, solo se requerirá que haya cotizado 25 semanas en los últimos tres (3) años”.⁷²

Establecida la comparación entre los dos regímenes pensionales se aprecia que el legislador al establecer los requisitos para acceder a la pensión por invalidez tuvo en cuenta dos factores principalmente: uno, cuantitativo consistente en el número de semanas cotizadas y,

otro, temporal referido al lapso de tiempo inmediatamente anterior a la fecha del estado de invalidez.

Para el caso del señor XX, la Sala encuentra que el régimen establecido en el Decreto 758 de 1990 es el que lo favorece, pues a pesar de que la ley 100 de 1993 redujo el número de semanas cotizadas de 150 a 50 para acceder a la pensión de invalidez, también redujo de 6 a 3 años el lapso en que dichas semanas debían ser acreditadas con anterioridad a la fecha de estructuración de la invalidez. Por ende, ateniendo el mandato de progresividad del Sistema de Seguridad Social, el legislador ha debido prever con la entrada en vigencia de la Ley 100, un régimen de transición que contemplara adecuadamente situaciones como la presente.

6.5. Así entonces, a juicio de la Sala, son los requisitos contenidos en los artículos 5° y 6° del Decreto 758 de 1990 los que se deben aplicar al accionante, los cuales, se advierte, este cumple a cabalidad, puesto que es un inválido permanente total por haber perdido más del cincuenta 50% de su capacidad laboral (folios 12 a 14), asimismo, cotizó durante dicho régimen⁷³ más de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez y cuenta con más de 300 semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad a la estructuración de la invalidez⁷⁴. Así entonces, de no haber variado la normatividad, el señor XX hubiera accedido sin reparo alguno a la pensión que ahora reclama, por reunir todas las condiciones exigidas en el régimen anterior.

Adicionalmente, toma especial importancia en este caso la gravedad de la situación en que se encuentra el actor por ser un sujeto especial de protección constitucional. En efecto, la gravedad del estado de salud, la incapacidad física para acceder a un trabajo y la carencia de recursos económicos que le permitan garantizar un mínimo vital para una subsistencia digna hacen indispensable la protección definitiva de sus derechos, que resulta en consonancia con los parámetros de justicia social y trato equitativo.

De suerte que la aplicación sin mayores contemplaciones del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, frente a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra el actor, vulneró sus derechos a la vida, el mínimo vital, la seguridad social, la igualdad y el principio de dignidad humana, lo que hace indispensable la intervención del juez de tutela para obtener que en el presente caso se aplique, para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, el requisito previsto en el literal b) del artículo 6° del Decreto 758 de 1990,

consistente en haber cotizado para el seguro de invalidez 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al estado de invalidez o contar con 300 semanas en cualquier época, con anterioridad a la estructuración de la invalidez.

Por tanto, atendiendo la relevancia constitucional que asume este asunto, la Sala de Revisión en observancia del artículo 4° de la Constitución, sin que con ello aplique la favorabilidad laboral, procederá a la aplicación directa del texto constitucional haciendo efectiva las disposiciones constitucionales encontradas violadas, para que Instituto del Seguro Social – Seccional Cundinamarca y D.C., proceda a reconocer inmediatamente la pensión de invalidez al actor sin más objeciones.

La Sala ve necesario aclarar, dada la especificidad del asunto sometido a revisión y al vacío legal en la materia, que el reconocimiento pensional objeto de amparo sólo tendrá efectos a partir de la presente decisión.

Conforme a todo lo anterior, habrá de concederse de manera definitiva la acción de tutela y, por tanto, la Sala revocará los fallos proferidos por los jueces de instancia, disponiendo que el ISS, 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 al señor XX, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente⁷⁵.

V. DECISION.

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá, el 25 de enero de 2007 y por el Tribunal Superior de Distrito de la misma ciudad, el 16 de febrero de 2007, que denegaron el amparo de tutela solicitado por el actor.

SEGUNDO.- TUTELAR los derechos del señor XX a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y a la dignidad humana.

En consecuencia, se dispone ORDENAR al Instituto del Seguro Social – Seccional Cundinamarca y D.C. (pensiones) que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas, siguientes a la notificación de este fallo, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al señor XX, a partir de la adopción de esta sentencia, la pensión de invalidez respectiva, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual.

TERCERO.- ORDENAR a la Secretaría General de la Corte Constitucional que los nombres y los datos que permitan identificar al actor sean suprimidos de toda publicación del presente fallo. Igualmente, ORDENAR por intermedio de la Secretaría General de la Corte al Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, que se encargue de salvaguardar la intimidad del actor, manteniendo la reserva sobre el expediente.

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

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

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERÍA

Magistrado

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

2 Al respecto citó las sentencias T-384/98 y T-1128/05 de la Corte Constitucional También

allegó copia de la decisión del recurso de casación de la sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: Radicación No. 24280.

3 Folios 3 a 6 del cuaderno de revisión.

4 “Artículo 39. REQUISITOS DE LA PENSION 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 alguno de los siguientes requisitos: a) Que el afiliado se encuentre cotizando al régimen y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas, al momento de producirse el estado de invalidez, b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aporte durante veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez”.

5 Artículo 6° REQUISITOS DE LA PENSION DE INVALIDEZ. Tendrán derecho a la pensión de invalidez de origen común, las personas que reúnan las siguientes condiciones: a) Ser inválido permanente total o inválido permanente absoluto o gran inválido y, b) haber cotizado para el seguro de Invalidez, Vejez y Muerte, ciento cincuenta (150) semanas dentro de los seis (6) años anteriores a la fecha del estado de invalidez, o trescientas (300) semanas, en cualquier época, con anterioridad al estado de invalidez”.

6 Sentencia T-1083 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

7 Sentencia T-1291 de 2005.

8 Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

9 Sentencia T-1291 de 2005.

10 Consúltense la sentencia C-655 de 2003, que cita para el efecto las sentencias T-471 de 1992, T-116 de 1993 y SU.039 de 1998.

11 Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992.

12 Artículo 366 de la Constitución.

13 Sentencias T-943 de 2005, C-375 de 2004, C-251 de 1997, T-406 de 1992, entre otras.

14 Sentencia T-207 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

15 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

16 T-087 de 2005 y C-251 de 1997.

17 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

18 Consúltense, entre otras decisiones, las sentencias T-1291 de 2005, T-919 de 2005, T-1230 de 2004, T-1213 de 2004, C-967 de 2003, T-169 de 2003.

19 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

20 Art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. Art. 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Art. XVI de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona. Art. 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

21 Sentencia C-408 de 1994.

22 Sentencia C-655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

23 M.P. Jaime Araujo Rentería. Consúltense igualmente la sentencia C-516 de 2004 y T-1291 de 2005.

25 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

26 Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño.

27 Art. 10 de la Ley 100 de 1993. Vid. Sentencia C-086 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

28 Dichos subsidios se reconocen a través de la figura pensional denominada “garantía de pensión mínima”, por virtud de la cual, el Estado complementa lo que haga falta para obtener el derecho a una pensión, cuando la edad y las semanas cotizadas del afiliado, así lo permitan.

29 Sentencia C-623 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

30 Ídem.

31 Ídem.

32 Sentencias C-671 de 2002 y C-038 de 2004.

33 Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

34 Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9.

35 Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general N° 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

36 Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

37 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

38 Virus de Inmunodeficiencia humana.

39 Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida.

40 M.P. Jaime Araujo Rentería.

41 Cfr. Sentencias T-505 del 28 de agosto de 1992 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-271 del 23 de junio de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).

42 Cfr. Sentencias T-484 del 11 de agosto de 1992 (M.P. Fabio Morón Díaz), T-505 de 1992, ya citada, T-185 del 28 de febrero de 2000 (M.P. José Gregorio Hernández Galindo), T-1181 del 4 de diciembre de 2003 (M.P. Jaime Araujo Rentería), T-010 del 15 de enero de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-260 del 17 de marzo 17 de 2004 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), entre muchas otras.

43 Cfr. Sentencia T-505 de 1992, ya citada.

44 Cfr. Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

- 45 Cfr. T-1283 del 3 de diciembre de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).
- 46 Resumen de orientación. Edición especial.
- 47 Información tomada de la página www.onusida.org.co. Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA.
- 48 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.
- 49 Sentencia T-221 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- 50 Sentencia T-292 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz.
- 51 Sentencias T-974 de 2005, T-1007 de 2004, T-026 de 2003, T-888 de 2001, T-775 de 2000, T-553 de 1998, entre otras.
- 52 T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz.
- 53 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 54 Sentencia C-789 de 2002, también citada en la Sentencia C-754 de 2004.
- 55 Sentencia C-754 de 2004. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- 56 Sentencia C-1049 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 58 Consúltese la sentencia T-951 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis.
- 59 M.P. Rodrigo Escobar Gil. Confróntese con la sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 60 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- 61 Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 62 Sentencia T-941 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
- 63 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

64 La situación fáctica expone que la actora tiene una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Sin embargo, en cuanto no cumple con el mínimo de semanas requeridas (tiene 32 de las 50 requeridas) dentro de los tres últimos años, exigido por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

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

66 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

67 De los hechos expuestos en la acción de tutela se tiene que es una persona con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Sin embargo, no cumple con el requisito de fidelidad requerido por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003.

68 Cfr. Congreso de la República. Gaceta del Congreso No. 593. Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003.

69 La Sala analizará las particularidades del caso concreto, pese a la presunción de veracidad de los hechos, que consagra el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

70 El actor al impugnar la resolución N° 009018 de marzo 01 de 2006, le recordó a la entidad que el artículo 11 de la ley 797 de 2003, había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Igualmente, que al estudiar su situación no tuvieron en cuenta la ley 860 de 2003, modificadora del artículo 39 de la ley 100/93.

71 Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

72 Artículo modificado por la ley 860 de 2003.

73 Régimen en el cual cotizo la mayoría de las semanas al sistema de pensiones.

74 Es de señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, bajo argumentos en parte coincidentes con las consideraciones aquí señaladas, ha procedido en casos similares al presente al reconocimiento de la pensión de invalidez aplicando sobre la Ley 100 de 1993, el régimen pensional anterior contenido en el Decreto 758 de 1990. Así lo

sostuvo en decisión proferida el 5 de julio de 2005, expediente 24280, que ha sido reiterada a la fecha (consúltense las decisiones proferidas el 19 de julio de 2005 (radicación 23178), 26 de julio de 2005 (radicación 23414), 21 de febrero de 2006 (radicación 24812), 14 de marzo de 2006 (radicación 26949), 30 de marzo de 2006 (radicación 27194), 18 de mayo de 2006 (radicación 27549), 24 de mayo de 2006 (radicación 25968), 4 de julio de 2006 (radicación 27556):

“Y entendido el derecho a la seguridad social, dentro de esa especial categoría, sobre los principios que lo inspiran, vale decir, la eficiencia, la integralidad, la universalidad, y la solidaridad, es indudable que no podría truncársele a una persona el derecho a pensionarse, como en este caso, si ha cumplido aportaciones suficientes para acceder a él, bajo un régimen como el del Acuerdo 049 de 1990, porque, en perspectiva de la finalidad de protección y asistencia de la población, con el cubrimiento de los distintos riesgos o infortunios, no resultaría viable vedar el campo de aplicación de dicha normativa, con el pretexto de que la nueva ley, sin tener en cuenta aquella finalidad y cotizaciones, exige que se aporten por lo menos 26 semanas anteriores a la invalidez (si se trata de un cotizante), o, contabilizadas en el año anterior al suceso, así no se encuentre cotizando, o se halle desafiliado.

Resultaría el sistema ineficaz, sin sentido práctico y dinámico además, si se negara el derecho pensional a quien estuvo o está afiliado a la seguridad social, y cumplió con un número de aportaciones tan suficiente -971- que, de no haber variado la normatividad, se repite, para disminuir la densidad de cotizaciones, con inmediatez al año anterior al infortunio, hubiera obtenido el derecho pensional sin reparo alguno. De suerte que no resulta acorde con la lógica, ni conforme con los ordenamientos constitucionales y legales, que una modificación como la introducida por la Ley 100 de 1993, desconozca aquellas cotizaciones, y le impida procurarse su subsistencia y, posiblemente, la de su grupo familiar, a través de la pensión, pues ello contrariaría los principios del régimen antes anotados, que le permiten, a quien ha padecido una novedad hacerle frente, mediante el acceso a la pensión, como consecuencia de los aportes válidamente realizados antes de su acaecimiento.

Efectivamente dentro del antiguo régimen era indispensable para pensionarse haber cotizado como mínimo 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al advenimiento de la invalidez o un mínimo de 300 semanas en cualquier tiempo, mientras que en el nuevo régimen basta

estar cotizando y haber completado 26 semanas en el momento de invalidarse o las mismas 26 semanas dentro del año inmediatamente anterior a ese insuceso para conseguir el mismo resultado.

Pero sería una paradoja jurídica entender que quien había cotizado dentro del régimen anterior con abundancia de semanas, como acontece con la actual demandante, quede privada de la pensión por falta de las 26 semanas exigidas en el nuevo régimen, ya que de antemano tenía consolidado un amparo para sobrellevar la invalidez dentro del régimen antiguo, amparo éste que ni los principios constitucionales tutelares del trabajo humano ni la justicia y la equidad permiten desconocer.

75 Arts. 71 de la Ley 100 de 1993 y 23 del Decreto 758 de 1990.