

Sentencia T -710-09

Referencia: expediente T-2'260.322

Acción de tutela instaurada por Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías.

Magistrado Ponente:

Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Bogotá, D.C., seis (6) de octubre de dos mil nueve (2.009).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada María Victoria Calle Correa y por los Magistrados Luis Ernesto Vargas Silva y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del trámite de revisión de los fallos de tutela emitidos por el Juzgado Cincuenta y Dos Civil Municipal de Bogotá y el Juzgado Trece Civil del Circuito de la misma ciudad, en primera y segunda instancia, respectivamente.

I. ANTECEDENTES.

Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, por considerar que esta entidad ha vulnerado sus derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso, dignidad humana, mínimo vital y a la igualdad. Fundamenta su petición en los siguientes:

1. Hechos.

El accionante manifiesta que se afilió al sistema de seguridad social en salud, en septiembre de 1993 y dejó de cotizar al mismo a partir de agosto de 2006. Señala que el 11 de octubre de 2006, fue valorado para obtener la calificación de su pérdida de capacidad laboral por la Administradora de Fondos y Cesantías PORVENIR S.A., obteniendo

una pérdida de capacidad laboral de 65.75% con fecha de estructuración 23 de enero de 2003.

Al momento de solicitar la pensión de invalidez ante esta entidad, la pretensión fue negada por existir un conflicto de multifiliación entre PORVENIR S.A. y BBVA HORIZONTE. Resuelto dicho inconveniente, señala que se estableció que el reconocimiento de la prestación le correspondía a BBVA HORIZONTE.

Cita que como consecuencia de lo anterior, “BBVA HORIZONTE se negó a tener como prueba para la pensión de invalidez el dictamen que había realizado PORVENIR S.A., razón por la cual le ordenó la realización de otra calificación de su incapacidad con fecha 14 de septiembre de 2007”. Expone que dicha calificación señaló el mismo porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero varió la fecha de estructuración a junio 23 de 2002. En consecuencia, bajo el argumento de no reunir las 26 semanas de cotización dentro del año anterior a la estructuración de la invalidez, Horizonte negó el reconocimiento de su pensión de invalidez.

Esta decisión fue impugnada por el afectado, quien solicitó la aplicación de los principios de favorabilidad y de progresividad, en atención a la condición de indignidad en la que se encontraba y la aplicación de la norma vigente cuando ingresó al sistema. La administradora de pensiones, al resolver los recursos negó la petición, a su juicio, “con nuevos argumentos, como el de no ser de obligatoria observancia las sentencias de la Corte Constitucional, pues ‘tienen el carácter de obligatorio únicamente para las partes’ y el de no proceder ninguno de los principios alegados por el peticionario”.

Sostiene el actor, que se encuentra en un estado de debilidad manifiesta. Que padece de VIH-SIDA, que ha perdido la visión de un ojo y tiene alta probabilidad de perderla en el otro. Además, alega que no tiene trabajo y “dada las múltiples enfermedades que le aquejan y su incapacidad, no puede hacerlo”, que ha logrado subsistir gracias a la caridad de familiares, toda vez que no tiene medios para generarse su mínimo vital.

Considera que si se tiene en cuenta como fecha de estructuración el 23 de enero de 2003, cumple con las 26 semanas exigidas por el artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993. Por el contrario, si se tiene en cuenta el 23 de junio de 2002, cumpliría con “las 150

semanas y las 300 de las que trata del artículo 6 del Decreto 758 de 1990”.

2. Solicitud de tutela.

Con fundamento en los anteriores hechos, solicita al juez constitucional que se tutelen sus derechos fundamentales y en consecuencia, se ordene a BBVA Horizonte el reconocimiento de la pensión de invalidez desde septiembre de 2006, fecha en que el accionante dejó de cotizar al sistema general de seguridad social en pensiones.

3. Intervención de la parte demandada.

El fondo de pensiones y cesantías BBVA Horizonte, mediante escrito de fecha 10 de marzo de 2009 dio respuesta a la acción de tutela. Manifestó en su defensa, que el accionante se afilió el 14 de marzo de 2002 en calidad de trabajador dependiente y el 4 de septiembre de 2007 solicitó la pensión de invalidez. Alegó que “una vez conocida la solicitud de pensión esta Sociedad Administradora procedió a la verificación del cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 38 de la ley 100 de 1993, que determina cuándo se considera inválida a una persona para efectos del reconocimiento de dicha pensión. (...) Por consiguiente, BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. remitió el caso del señor RICARDO ALONSO MANCILLA VIZCAYA, a la Compañía de Seguros de Vida con la cual se tiene contratado el seguro provisional de los afiliados al Fondo de Pensiones Horizonte, con el objeto de que dicha entidad, con base en la historia clínica aportada con la solicitud de pensión, efectuara el análisis y posterior determinación del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral.”

Señaló que el dictamen proferido por la compañía de seguros, fue puesto en conocimiento de las partes sin que se manifestara inconformidad alguna por lo allí determinado, quedando la calificación de invalidez en firme. En consecuencia, al verificar los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100, expresa que no se observó el cumplimiento de los mismos por el señor Mancilla Vizcaya, razón por la cual, su solicitud de pensión fue negada.

Con relación a la petición de aplicación del Decreto 758 de 1990, manifestó que “el mismo tiene aplicación exclusiva para los afiliados del INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES (entidad administradora de pensiones del Régimen de Prima Media con

Prestación Definida), por lo cual no resulta aplicable para el caso del señor RICARDO ALONSO MANCILLA VIZCAYA, quien al haberse afiliado a un Fondo de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, aceptó las condiciones propias de dicho régimen. // Así las cosas, en relación al principio de favorabilidad contemplado en el artículo 53 de la Constitución Nacional, vale la pena aclarar que éste opera bajo el supuesto de existencia de dos o más normas vigentes, aplicables a la situación fáctica que se pretende definir". Por consiguiente, consideró que no era aplicable el principio de favorabilidad en este caso y que la normatividad aplicable es la señalada en la ley 100 de 1993.

A su juicio, la pensión de invalidez solicitada "no puede ser reclamada por vía de tutela, no sólo porque existe otro medio de defensa judicial para reclamar como lo es por la especialidad de la materia la Jurisdicción Ordinaria Laboral, sino porque está plenamente demostrado que la citada afiliada (sic) no cumplió con los requisitos señalados en el literal b) del artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para generar el derecho a la pensión, haciendo inviable imponerle a esta Sociedad Administradora una obligación que la ley no ha establecido".

Por los anteriores argumentos, solicita se desestimen las pretensiones de la acción de tutela.

4. Pruebas.

Pruebas relevantes aportadas al proceso:

a. Copia de oficio No. 10901 de fecha 13 de octubre de 2006 suscrito por la secretaria general de Seguros de Vida Alfa S.A. en el cual se da respuesta a la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral al fondo de pensiones Porvenir y se anexa el dictamen. (Fls. 1 a 3 del cuaderno principal).

a. Copia del dictamen de calificación de pérdida de capacidad laboral solicitado por BBVA Seguros de Vida Colombia. (Fls. 4 a 6 del cuaderno principal).

a. Copia de escrito de fecha 15 de julio de 2008 mediante el cual BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías rechaza la solicitud de pensión de invalidez. (Fls. 7 a 9 del cuaderno principal).

a. Copia de recurso de reposición contra la decisión de rechazo de solicitud de pensión. (Fls. 10 a 19 del cuaderno principal).

a. Copia de escrito de fecha 28 de noviembre de 2008, mediante el cual BBVA Horizonte da respuesta al recurso de reposición. (Fls. 20 a 23 del cuaderno principal).

a. Actas de declaraciones juramentadas ante notaría. (Fls. 24 y 25 del cuaderno principal).

a. Copia de resumen de historia clínica. (Fls. 26 y 27 del cuaderno principal).

a. Relación de aportes a pensión del señor Ricardo Mancilla Vizcaya. (Fls. 23 al 33 del cuaderno 4).

a. Copia de historia clínica del señor Ricardo Mancilla Vizcaya. (Fls 43 al 277 del cuaderno 4).

5. Decisiones objeto de revisión.

5.1. Primera instancia.

El Juzgado Cincuenta y Dos Civil Municipal de Bogotá mediante fallo de marzo trece (13) del año dos mil nueve (2009), negó la tutela de los derechos fundamentales alegados por el señor Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya.

Consideró el despacho que, sin dudar del grado de invalidez del accionante, el problema jurídico giraba en torno al derecho de acceder a la pensión de invalidez, tema de naturaleza laboral y administrativa. En ese sentido, estimó que el competente para conocer de las pretensiones del actor, era el juez laboral y que, “por su carácter residual y subsidiario, la acción de tutela no sustituye el trámite previsto en las leyes laborales vigentes respecto del reconocimiento de las pensiones de invalidez”.

A juicio del juzgador, en este caso no es aplicable el Decreto 758 de 1990 toda vez que éste “se aplica en materia de pensiones de invalidez, única y exclusivamente a afiliados o cotizantes del Instituto de Seguros Sociales. No obra en autos prueba idónea que demuestre que el accionante Mancilla Vizcaya, esté afiliado o sea cotizante del Seguro Social. No. No la hay”.

5.2. Impugnación

Inconforme con la decisión adoptada por el Juez Cincuenta y Dos Civil Municipal de Bogotá, el apoderado del accionante impugnó el fallo dentro del término legal.

5.3. Segunda instancia

El Juzgado Trece Civil del Circuito de Bogotá, en providencia de fecha 1 de abril de 2009, confirmó la sentencia de primera instancia.

A juicio del funcionario, la tutela contra particulares procede cuando éstos estén encargados de la prestación de un servicio público o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, y en el presente caso “la acción de tutela por este aspecto, es improcedente, dado que el tutelante no se encuentra en estado de subordinación respecto de la entidad accionada, en la medida en que no es un empleado de ésta, que se encuentre en relación de subordinación o dependencia, como tampoco se encuentra en condiciones de inferioridad y más aún que cuenta con otros

mecanismos para pretender el reconocimiento de sus derechos, bien ante la vía administrativa respecto del acto emitido por la accionada en cuanto a la negativa de la prestación pensional reclamada o la laboral”.

6. Actuación en sede de revisión.

Esta Sala mediante auto de fecha 24 de agosto de 2009, solicitó al Fondo de Pensiones y Cesantías BBVA Horizonte una relación de los aportes realizados por el accionante Ricardo Mancilla Vizcaya durante toda su historia laboral, con independencia del fondo de pensiones a los cuales haya cotizado.

Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2009, el fondo accionado dio respuesta al referido auto y remitió la relación de los aportes pensionales registrados por el señor Mancilla, la historia laboral emitida por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público y una relación de aportes reportada el 26 de agosto del presente año, por el Sistema de Administración de Información de las Administradoras de Fondos de Pensiones (SIAFP).

De los documentos allegados por BBVA Horizonte, se advierte que el accionante cotizó interrumpidamente un total de 503.57 semanas desde septiembre de 1993 hasta abril de 2006.

En el mismo auto se solicitó al médico especialista del programa de Atención Integral VIH-SIDA de la Clínica Jorge Piñeros Corpas de Saludcoop, copia de la historia laboral del señor Mancilla Vizcaya, con la finalidad de precisar el estado de salud actual y la evolución de la enfermedad del paciente, pero a la fecha no se ha recibido documentación alguna.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

Remitido el expediente a esta Corporación, la Sala de Selección Número Seis, mediante auto de fecha veinticinco (25) de junio de dos mil nueve (2009), dispuso su revisión por la Corte Constitucional.

1. Competencia.

1. Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, 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.

1. Problema jurídico.

2. Corresponde a esta Sala de Revisión establecer si BBVA Horizontes Pensiones y Cesantías, ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por el accionante al negarse a reconocer la pensión de invalidez, por considerar que no se da cumplimiento a las semanas cotizadas exigidas por la Ley 100 de 1993, en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez.

3. Para resolver el anterior problema, la Corte se pronunciará sobre la procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos de quienes padecen de VIH - SIDA (2.1); seguidamente reiterará su jurisprudencia sobre el principio de progresividad en el sistema de seguridad social (2.2); posteriormente se referirá a los requisitos para acceder a la pensión de invalidez contenidos en la legislación (2.3); luego, expondrá la regla sobre y al régimen legal que debe aplicarse y así mismo reiterará la jurisprudencia sobre las excepciones a dicha regla formuladas conforme los principios de favorabilidad y de progresividad y la circunstancia en la cual la persona, no obstante su condición de invalidez, continúa realizando aportes al sistema (2.4) y finalmente abordará el caso concreto (2.5).

1. Procedencia de la acción de tutela para proteger los derechos de quienes padecen VIH - SIDA frente a la exigencia de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia.

4. La jurisprudencia de esta Corporación ha sido abundante en materia de protección de los derechos constitucionales de los enfermos de VIH.1 Debido a las características de esta enfermedad y a sus nefastas consecuencias, la Corte ha señalado que el enfermo de VIH requiere de una mayor atención por parte del Estado y no sólo goza

de iguales derechos que las demás personas, sino que las autoridades están en la obligación de ofrecerle a las personas afectadas con esta patología, protección especial con el fin de defender su dignidad² y evitar que sean objeto de un trato discriminatorio.

5. De igual forma, esta Corte ha resaltado las condiciones de debilidad manifiesta en que se encuentran las personas con VIH y que las hace merecedoras de una protección constitucional reforzada. Por ejemplo, en la sentencia T-262 de 2005, señaló 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.” Del mismo modo, en decisión anterior, T-843 de 2004, la Corte hizo referencia a las consecuencias de dicha enfermedad y a las medidas especiales que debe adoptar el Estado para la protección efectiva y real de los derechos fundamentales de dichas personas. En la citada providencia se manifestó:

“...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 muerte³.

La protección especial a ese grupo poblacional⁴ 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 humana⁵ 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 discriminatorios⁶. 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”⁷.

6. Por otra parte, en múltiples ocasiones esta Corte ha expresado que por regla general, la acción de tutela no procede, en principio, para ordenar el reconocimiento de pensiones ya que existen medios ordinarios idóneos para resolver dichas pretensiones. Al respecto, esta Corporación ha reiterado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, indicando que la tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.⁸

Sin embargo, excepcionalmente cuando la pensión adquiere relevancia constitucional por estar relacionada directamente con la protección de derechos fundamentales como la vida, la integridad física, el mínimo vital, el trabajo y la igualdad, su reconocimiento y pago pueden ser reclamados mediante el ejercicio de esta acción, por lo general, para evitar un perjuicio irremediable.

7. Así las cosas, teniendo en cuenta: (i) que las personas con VIH-SIDA son sujetos de especial protección constitucional, por cuanto es ésta 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 y; (ii) que la pensión de invalidez, 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”⁹, esta Corporación ha considerado que dicha prestación puede ser exigida por vía de tutela.

De hecho, la Corte ha estimado que la omisión de pago o de reconocimiento del derecho

prestacional pone en riesgo o amenaza gravemente la vida en condiciones dignas de una persona con esta alteración a su salud¹⁰. Y por esta circunstancia ha señalado que¹¹, “dadas las características de esta enfermedad, no resulta coherente con un esquema de solidaridad en materia de seguridad social y, por el contrario, resulta desproporcionado exigir a los peticionarios en estas condiciones que acudan a la justicia ordinaria o contenciosa, motivo por el cual en estos casos no puede admitirse que la protección de sus derechos fundamentales quede supeditada y postergada a la definición de este tipo de litigios¹²”.

1. Principio de progresividad del sistema de seguridad social. Reiteración de jurisprudencia.

8. La Constitución Política de 1991, en sus artículos 48, 49 y 53 reconoce la importancia de la seguridad social, al concebirla como un servicio público obligatorio y un derecho irrenunciable.

9. Con relación a la protección del derecho a la Seguridad Social, la jurisprudencia de esta Corte ha manifestado lo siguiente:

“Acorde con lo anterior, la consagración constitucional y necesaria protección de este derecho resulta de la adopción del modelo de Estado Social de Derecho en Colombia, en la medida que supone para la organización estatal el deber de promover el florecimiento de condiciones en las cuales se materialice el principio de la dignidad humana y la primacía de los derechos fundamentales. Tal deber, resulta especialmente relevante en aquellos eventos en los cuales la salud o la capacidad económica de sus beneficiarios se han visto deterioradas en la medida en que estas circunstancias constituyen barreras reales que se oponen a la realización plena de la sociedad y del individuo”¹³.

En este sentido, los objetivos de la seguridad social deben comprender a todo el conglomerado social y estar íntimamente relacionados con los fines esenciales del Estado Social de Derecho, 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 otras¹⁴.

10. Ahora bien, el artículo 48 Superior, sujeta la prestación de la seguridad social a los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad y progresividad. Con relación a este último principio, esta Corte ha manifestado que es producto de los diferentes compromisos adquiridos por los Estados en pactos o convenciones de Derechos Humanos en materia 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”, con la finalidad de desarrollar progresivamente estos derechos o, lo que es lo mismo, prohibir la regresividad frente a los niveles de protección alcanzados.

11. La jurisprudencia de esta Corporación¹⁵ ha desarrollado en diversas oportunidades el concepto de progresividad del Sistema de Seguridad Social. Así, en la sentencia T-628 de 2007 se manifestó que el mismo responde a los parámetros establecidos en los informes del Relator de las Naciones Unidas para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales que se pueden concretar en los siguientes puntos:

“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 acudirse 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 Corte¹⁶ 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” (resaltado en el original).

Adicionalmente, es pertinente resaltar que dentro del concepto de progresividad se debe entender que no puede existir regresividad en cuanto a las prestaciones concedidas por el Estado, ya que una medida de tal naturaleza, se entendería como no ajustada a la Constitución, pues al contrario, a aquél corresponde garantizar coberturas más amplias que tiendan a la búsqueda de la universalidad en los contenidos mínimos de esos derechos prestacionales. Sobre este punto, 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”¹⁷. 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.”¹⁸

Sin embargo, lo anterior no significa que las autoridades encargadas de regular lo concerniente a los derechos sociales no pueden dar marcha atrás frente a un nivel de protección previamente otorgado. En estos casos, la jurisprudencia ha establecido que no toda regulación más estricta de la forma de satisfacer un derecho social significa que hay marcha atrás en ese campo, como ocurre cuando se contempla un incremento en las cotizaciones para la seguridad social, pues en este caso el aumento no puede entenderse per se, sino como una necesaria actualización de las contribuciones

necesarias para mantener viable el sistema.

Al respecto en la Sentencia T-043 de 2007 se expuso lo siguiente:

“(…) la Sala concluye que, como regla general, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los derechos sociales, para lo cual está facultado para modificar la legislación que define su contenido y condiciones de acceso, incluso si las nuevas condiciones afecten meras expectativas de consolidar un derecho bajo la antigua normatividad. Sin embargo, cuando el legislador adopta medidas que de cara a la antigua legislación implica un retroceso en su ámbito de protección, dichas medidas son constitucionalmente problemáticas por contradecir el principio de progresividad. Por lo tanto, frente a una medida regresiva debe presumirse su inconstitucionalidad *prima facie*, que podrá desvirtuarse cuando se logre establecer: (i) que la medida se encuentra justificada y ajustada al principio de proporcionalidad; (ii) que la medida no desconoce situaciones particulares y concretas consolidadas bajo la legislación anterior, por lo que se muestra respetuosa de los derechos adquiridos; o que (iii) si bien afecta a situaciones ya consolidadas, contempla otros mecanismos, como los regímenes de transición, dirigidos a proteger los derechos adquiridos o expectativas legítimas”.

12. En conclusión, nuestra Constitución Política reconoció expresamente en el artículo 48 la ampliación progresiva de la cobertura en seguridad social, la cual no se agota sino con una cobertura de carácter universal de los contenidos mínimos de los derechos sociales que garantice el bienestar de todas las personas.

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

13. El legislador, de acuerdo con lo ordenado en el artículo 48 de la Constitución Política, con la expedición de la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral y estableció un sistema general de pensiones con la finalidad de garantizar a las personas una protección efectiva frente a contingencias producto de invalidez, vejez o muerte, a través del reconocimiento de las pensiones correspondientes.

14. Con relación a la pensión de invalidez, que es la que interesa en el presente asunto, en el artículo 39 de la citada ley se establecía que para acceder al reconocimiento y pago de dicha pensión, debían cumplirse las siguientes condiciones: La primera, exigía que el peticionario al momento de la invalidez se encontrara afiliado al sistema y requería que “hubiere cotizado por lo menos 26 semanas, al momento de producirse el estado de invalidez.” La segunda, que operaba cuando el peticionario estaba desafiliado, exigía acreditar que “hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.”

Este precepto fue modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que entró a regir el 26 de diciembre de ese mismo año y eliminó la condición que exigía que el peticionario se encontrara o no afiliado y dispuso los siguientes requisitos: “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.”

En esos asuntos, este Tribunal procedió a aplicar la excepción de inconstitucionalidad del artículo 1 de la Ley 860 de 2003, previa verificación de la falta de razonabilidad y proporcionalidad de la norma frente a la situación específica, en aras de garantizar el acceso del accionante a la prestación solicitada.

El anterior escenario, se generó como consecuencia de la ausencia de pronunciamiento de la Sala Plena de esta Corporación sobre la exequibilidad del citado artículo. Al respecto, en sentencia T-287 de 2008 se expuso:

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

16. Sin embargo, recientemente, en sentencia C-428 del 1 de julio de 2009, la Corte analizó el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 en sede de control abstracto para establecer si el

mismo “resultaba contrario al principio de no regresividad consagrado en el artículo 48 de la Constitución y otros postulados de carácter internacional, en relación con lo anteriormente contemplado en el precepto 39 de la Ley 100 de 1993”.

De acuerdo con lo analizado se declaró:

“- (i) La exequibilidad simple del presupuesto de las 50 semanas dentro de los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez de la que tratan los numerales 1° y 2°. Al respecto, indicó que si bien se aumentó el número de semanas de cotización de 26 a 50, también se incrementó el plazo en que debían ser acreditadas, de un año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración de la invalidez a tres años. Señaló que esta modificación favoreció a los sectores de la población carentes de un empleo permanente, que por la normatividad anterior, se encontraban excluidos de acceder a la prestación de invalidez. Igualmente, precisó que se había eliminado el trato diferencial entre quienes se encontraban cotizando al sistema y aquellos que no lo estuvieran haciendo al momento de la invalidez, al establecerse los mismos requisitos para todos los afiliados.

“- (ii) La inexequibilidad del mencionado presupuesto de fidelidad, al constatar que no se acompasaba con el principio de progresividad de los derechos sociales. Encontró que la finalidad de promover una cultura de afiliación y evitar fraudes, la cual podía ser obtenida por otros medios, no era plausible desde el punto de vista constitucional y se constituía en un parámetro más gravoso para acceder a la pensión de invalidez, máxime cuando no se tuvo en cuenta un régimen de transición. Por ende, este requisito resultaba desproporcionado frente a los derechos de las personas que veían disminuida su capacidad laboral por causa de enfermedad o accidente.¹⁹”

17. Así pues, a partir del anterior pronunciamiento, en el evento de que la legislación aplicable sea la Ley 860 de 2003, las peticiones sobre el particular y las acciones ordinarias o de tutela que se ejerzan para lo propio, deberán examinarse a la luz de la exequibilidad del precepto jurídico en mención, relacionada con la exigencia mínima de semanas cotizadas para acceder a la pensión de invalidez, el cual, según quedó dicho, se reconoce como una medida progresiva que por tanto mejora las opciones para acceder a la pensión de invalidez por parte de los sujetos de derechos.

1. El régimen legal aplicable para la pensión de invalidez, y la excepción a la regla general. Reiteración de jurisprudencia.

18. Una vez precisada la evolución normativa de la pensión de invalidez, es necesario establecer cuál es el régimen que se debe aplicar en cada caso.

A este respecto, de acuerdo con la ley²⁰ y el precedente jurisprudencial²¹, esta Corte ha reconocido que, por regla general, el régimen jurídico aplicable, es el que se encuentre vigente al momento de estructurarse la invalidez²².

Sobre el particular, en la Sentencia T-043 de 2007 esta Corporación manifestó:

“Desde esta perspectiva, al carecerse para el caso de la pensión de invalidez de un régimen de transición, se concluye que, de manera general y salvo las excepciones que se analizarán en apartado posterior de este fallo, la norma aplicable en cada caso es la vigente al momento del acaecimiento de la condición que hace exigible la prestación, es decir, la fecha de estructuración de la discapacidad, declarada por la junta de calificación correspondiente (...).”

19. Esta regla sin embargo, no resulta siempre clara a la hora de ser aplicada en los casos concretos, motivo por el cual es pertinente referirse al principio hermenéutico de la favorabilidad, consagrado en el artículo 53 de la Constitución, esencial para resolver las dudas que la aplicación de la ley laboral y sus derivados, puedan generarse.

En efecto, desde la Ley 6 de 1945, se estableció la favorabilidad en la legislación colombiana, cuyo artículo 36 señala que “Las disposiciones de esta sección (sobre prestaciones oficiales) y de la sección segunda, en cuanto sean mas favorables a los trabajadores (empleados y obreros) tanto oficiales como particulares, se aplicarán de preferencia a cualquier otra que regulen la materia a que aquella se refieren a su turno, estas últimas se aplicarán de preferencia a las referidas secciones de la presente ley, en cuanto fueran mas favorables a los trabajadores”. En el mismo sentido, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo prevé que en caso de conflicto o duda sobre la aplicación de normas vigentes de trabajo, prevalece la más favorable al trabajador, evento en el que la regulación que se adopte deberá aplicarse en su integridad. Por lo tanto, ninguna autoridad puede sustraerse a darle plena eficacia a dicho principio.

21. Esta Corte, se ha pronunciado reiteradamente sobre la procedencia de la aplicación del principio de favorabilidad en materia pensional. Al respecto, en la sentencia C-168 de 1995 se dijo lo siguiente:

“La favorabilidad opera, entonces, no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones; la norma así escogida debe ser aplicada en su integridad, ya que no le está permitido al juez elegir de cada norma lo más ventajoso y crear una tercera, pues se estaría convirtiendo en legislador. (...)Y en punto a la aplicación del principio de favorabilidad en materia de régimen pensional, considera la Corte que esta es labor que incumbe al juez en cada caso concreto, pues es imposible, en juicios de constitucionalidad, confrontar la norma acusada que es genérica, con cada una de las distintas normas contempladas en los diferentes regímenes pensionales que antes de la vigencia de la ley 100 de 1993 existían en el sector privado y en el público, para establecer cuál resulta más favorable a determinado trabajador.”

Del mismo modo la Sala Novena de Revisión se pronunció sobre un caso similar al presente, en el que el fondo de pensiones BBVA Horizonte negó la pensión de invalidez a una persona con VIH-Sida y con relación a la aplicación del principio de favorabilidad expuso en la Sentencia T-1064 de 2006 lo siguiente:

“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 revisión²⁴, 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.” (Subraya fuera del texto original).

Posteriormente, en sentencia T-043 de 2007 se manifestó:

“7.7. La aplicación preferente de las reglas más favorables sobre requisitos para acceso a la pensión de invalidez, entendida como consecuencia necesaria del principio constitucional de favorabilidad laboral, es una metodología que, igualmente, ha sido aceptada por la jurisprudencia constitucional. En efecto, en la sentencia T-974/05, la Sala Primera de Revisión analizó el caso de un trabajador que el día 30 de septiembre de 2003 sufrió un accidente cerebro vascular, que le ocasionó un estado de discapacidad del 73.8%; no obstante, la entidad administradora de pensiones negó la prestación debido a que no se cumplían los requisitos contemplados en el artículo 11 de la Ley 797/03, a pesar de la declaratoria de inexequibilidad ocurrida luego de la estructuración de la invalidez.

La decisión partió de advertir que los fallos de inconstitucionalidad, contrario a como sucede en las decisiones de la jurisdicción común, “tienen efectos erga omnes y no inter partes, es decir, que sus efectos son obligatorios en forma general y oponibles a todas las personas sin excepción alguna. Así mismo, cuando no se ha modulado el efecto del fallo, una sentencia de constitucionalidad produce efectos a partir del día siguiente a aquél en que se tomó la decisión de exequibilidad o inexequibilidad.” A reglón seguido, la sentencia recordó que en la medida en que el artículo 11 de la Ley 797/03 era una norma derogatoria, su inexequibilidad implicaba la reincorporación al ordenamiento jurídico de la norma derogada, esto es, el artículo 39 de la Ley 100/93. Finalmente, sostuvo que bien podía afirmarse que las situaciones relacionadas con los derechos, las prerrogativas, los servicios, los beneficios y en general las situaciones prestacionales de un trabajador, se resuelven con las normas vigentes al tiempo del suceso, en cumplimiento del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 del Ordenamiento Superior, la Sala considera que debe darse aplicación a la normatividad que más favorezca al trabajador, “...en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho...”. || En ese orden de ideas, siendo en principio aplicable al caso que nos ocupa el artículo 11 de la ley 797 de 2003, norma que regía al momento en

que se configuró el estado de invalidez – 30 de septiembre de 2003- y que exige como requisito para acceder al beneficio pensional haber completado 50 semanas de cotización, sin duda, para el peticionario resulta más beneficiosa la aplicación del artículo 39 de la ley 100 de 1993, norma que revivió con la declaratoria de inexequibilidad de aquella y que exige como requisito para tener derecho a la pensión de invalidez haber cotizado tan solo 26 semanas al momento de estructurarse tal estado, con fundamento en el principio constitucional de favorabilidad.”

7.8. Debe tenerse en cuenta, finalmente, que la aplicación del principio de favorabilidad laboral en los casos de tránsito normativo acerca de los requisitos para acceder a la pensión de invalidez no es una práctica judicial privativa de la jurisdicción constitucional. En efecto, la más reciente doctrina de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia también ha aplicado el mismo criterio, sin embargo, con un referente normativo distinto. En la sentencia del 4 de julio de 2006 (Radicación No. 27556, M.P. Luis Javier Osorio López) la Corte conoció el caso de una persona que demandó al Instituto de Seguros Sociales para que le reconociera y pagara una pensión de invalidez de origen común, cuya fecha de estructuración fue el 1 de julio de 1996, fecha desde que se estructuró su invalidez. En este caso, el Instituto de Seguros Sociales negó la prestación por cuanto el demandante no acreditaba 26 semanas cotizadas en el último año, requisito exigido por el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Sin embargo, en el proceso fue posible establecer que el demandante cotizó un total de 1.023,8271 semanas en toda su vida laboral; no obstante, sólo alcanzó a cotizar 17.32 semanas en el año anterior a la estructuración de la invalidez.

Para la Corte Suprema, en el asunto propuesto no se tuvo en cuenta la normatividad que gobernaba el caso antes de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, más concretamente el artículo 6 del Acuerdo 049 del Instituto de Seguros Sociales, aprobado por el Decreto 758 de 1990, normatividad que exigía 300 semanas cotizadas en cualquier época como presupuesto para el reconocimiento de la pensión de invalidez. Al respecto, la Sala de Casación Laboral constató que el anterior régimen incorporaba requisitos más estrictos para acceder a la pensión de invalidez que los consagrados en la Ley 100 de 1993. Ante esta situación, la Corte Suprema reiteró su precedente, contenido en la sentencia del 5 de junio de 2005 (Radicación 24280), de acuerdo con el cual si el afiliado había cumplido requisitos más estrictos, al amparo de una

legislación anterior, para acceder a la pensión de invalidez, no resultaba proporcionado ni conforme a los principios constitucionales de la seguridad social, entre ellos el de la condición más beneficiosa, que se negara la prestación con base en la aplicación del nuevo régimen, incluso en el evento que la estructuración de la invalidez hubiera acaecido bajo la vigencia de la Ley 100/93.

7.9. El análisis efectuado permite a la Corte inferir que para el evento analizado, existen argumentos razonables y suficientes que permiten defender la aplicación al caso concreto de los preceptos de la Ley 100/93 u otra norma favorable, en contraposición a los de la Ley 797/03 en lo referente a la determinación de los requisitos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, cuando la estructuración de la discapacidad operó durante la vigencia de este último precepto. Ante la duda comprobada sobre la determinación de la norma aplicable, resulta perentoria la aplicación por parte del juez del principio constitucional de favorabilidad laboral, según el cual debe preferirse la norma que imponga condiciones menos gravosas al trabajador para la consolidación de una situación jurídica particular. En ese sentido, el estudio de los preceptos mencionados demuestra que las reglas del artículo 11 de la Ley 100/93 en su versión “original” muestran las condiciones más favorables de acceso a la prestación, en tanto exige una menor densidad de cotizaciones y omite el requisito de fidelidad mínima al sistema. Finalmente, debe tenerse en cuenta que esta conclusión no es novedosa, pues encuentra sustento en el precedente constitucional, el que, en casos similares, ha aplicado idéntica razón de decisión ante la confluencia de interpretaciones aplicables al tema en comento.

22. Es de destacar que, en el precedente jurisprudencial citado, la duda sobre el régimen aplicable y por consiguiente la invocación del principio de favorabilidad del art. 53 constitucional, tiene lugar por cuanto, por una parte, el legislador no previó un régimen de transición entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003, y por otra, el accionante había cotizado bajo la vigencia de varios regímenes pensionales. La solución en estos casos determinó que resultaba más benéfica la legislación anterior, pero nada impide estimar que ante una situación semejante, la duda deba resolverse aplicando el régimen posterior.

23. Ahora bien, el juez constitucional no debe obviar el hecho incontrovertible que

impera en los casos de pensiones de invalidez, consistente en que la solicitud es elevada no por cualquier sujeto de derechos sino por quien pertenece a un grupo específico de la población que merece especial protección constitucional, como son los discapacitados por causa de accidente o de enfermedad, con mayor razón si se trata de enfermos de VIH-Sida. Al respecto, en la observación general No. 5, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, se señaló:

“9. La obligación de los Estados Partes en el Pacto de promover la realización progresiva de los derechos correspondientes en toda la medida que lo permitan sus recursos disponibles exige claramente de los gobiernos que hagan mucho más que abstenerse sencillamente de adoptar medidas que pudieran tener repercusiones negativas para las personas con discapacidad. En el caso de un grupo tan vulnerable y desfavorecido, la obligación consiste en adoptar medidas positivas para reducir las desventajas estructurales y para dar el trato preferente apropiado a las personas con discapacidad, a fin de conseguir los objetivos de la plena participación e igualdad dentro de la sociedad para todas ellas. Esto significa en la casi totalidad de los casos que se necesitarán recursos adicionales para esa finalidad, y que se requerirá la adopción de una extensa gama de medidas elaboradas especialmente.

(..)

28. Los regímenes de seguridad social y de mantenimiento de los ingresos revisten importancia particular para las personas con discapacidad. Como se indica en las Normas Uniformes, “Los Estados deben velar por asegurar la prestación de apoyo adecuado en materia de ingresos a las personas con discapacidad que, debido a la discapacidad o a factores relacionados con ésta, hayan perdido temporalmente sus ingresos, reciban un ingreso reducido o se hayan visto privadas de oportunidades de empleo”(…).

29. El ingreso de las personas con discapacidad en instituciones, de no ser necesario por otras razones, no debe ser considerado como sustitutivo adecuado de los derechos a la seguridad social y al mantenimiento del ingreso de dichas personas”. (resaltado fuera del original).

24. En adición a lo anterior, la jurisprudencia de esta Corporación ha valorado positivamente el hecho de que, no obstante las especiales circunstancias que rodean a las

personas contagiadas de VIH-SIDA, las mismas continúen trabajando y cotizando al sistema hasta tanto el progreso de la enfermedad les impida seguir con su vida laboral, situación ésta frente a la cual se ven precisados ineludiblemente, de solicitar la pensión de invalidez y someterse a una calificación de su discapacidad. En estos eventos, la Corte constitucional ha considerado que no tener en cuenta los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez y permitir que el sistema se beneficie de dichas cotizaciones, resulta contrario a los lineamientos constitucionales.

En la sentencia T-043 de 2007, dijo sobre este punto:

(...)La aplicación de la nueva norma resulta desproporcionada toda vez que, como se ha indicado, la Ley 860/03 no contempló medidas que permitieran amparar a las personas afectadas con este tránsito normativo, y dado que el accionante cumplía con los requisitos de la normatividad anterior, ley 100/93, su expectativa de seguro se ha visto frustrada al no cumplir con los requisitos más exigentes de la nueva norma.

Adicionalmente, debe advertirse que de las pruebas anexadas al expediente se logró constatar que el accionante Silva Durán, contrario sensu a lo dispuesto por el ISS en la resolución que negó la pensión de invalidez, sí contaba con semanas cotizadas durante los tres años anteriores a la estructuración. En efecto, como se deriva de la Historia Laboral de Pensionados que es expedida por el Seguro Social (Fls. 36 y 37) y de los reportes de autoliquidación mensual de aportes al sistema de seguridad social integral el accionante contaba con 40 semanas cotizadas antes de la estructuración; sin embargo, el ISS afirmó que no contaba con ninguna semana cotizada en este periodo de tiempo. Aún más, de las pruebas que obran en el expediente se desprende que el accionante alcanzó a realizar cotizaciones posteriores a la estructuración de su invalidez, las cuales tampoco fueron tenidas en cuenta por parte del Instituto. Ante este nuevo hecho, la Sala concluye que exigirle al accionante el cumplimiento de los requisitos de la Ley 860/03, que como se ha constatado resultan ser más exigentes en relación a los establecidos en la ley 100/93, se muestra irrazonable, en tanto afecta gravemente su mínimo vital y el de sus hijos menores, sujetos de especial protección constitucional.

En consecuencia, y como se indicó en el caso anterior, exigir el cumplimiento de los requisitos de la Ley 860/03 en el caso concreto que se estudia es incompatible con

los principios de favorabilidad laboral y progresividad de los derechos sociales. Esta situación tiene mayores implicaciones en términos de derechos fundamentales, en la medida en que afecta gravemente el mínimo vital del accionante y su núcleo familiar, a la vez que desconoce la especial protección que merecen las personas discapacitadas. Por todo lo anterior, y como ya se ha explicado en asuntos similares al presente, se dará aplicación a la excepción de inconstitucionalidad, y en su lugar, se ordenará que la entidad accionada proceda a estudiar la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez teniendo como sustento normativo la Ley 100/93 en su versión original, norma que se muestra más favorable en el caso concreto.

También en sentencia T-699A de 2007, al analizar un caso en el que el accionante, enfermo de SIDA, había cotizado al sistema con posterioridad a la fecha de estructuración de su invalidez, se afirmó:

“6.2 Así pues, el carácter progresivo del SIDA puede determinar que el estado de salud de la persona contagiada le impida continuar desempeñando sus actividades laborales, motivo por el cual se ve en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, para lo cual se debe analizar el cumplimiento de los requisitos legales a la luz del carácter sui generis de esta enfermedad.

En consecuencia, se presenta una dificultad en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión, toda vez que, si bien la ley señala que tal requisito debe verificarse a la fecha de estructuración, en atención a las condiciones especiales de esta enfermedad, puede ocurrir que, no obstante que haya algunas manifestaciones clínicas, el portador esté en la capacidad de continuar trabajando, y de hecho siga realizando los aportes al sistema por un largo periodo, y, solo tiempo después, ante el progreso de la enfermedad y la gravedad del estado de salud, se vea en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez, por lo que al someterse a la calificación de la junta se certifica el estado de invalidez y se fija una fecha de estructuración hacia atrás. Así las cosas, no resulta consecuente que el sistema se beneficie de los aportes hechos con posterioridad a la estructuración para, luego, no tener en cuenta este periodo al momento de verificar el cumplimiento de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión.

En este contexto, debe tenerse en cuenta que, dado que la pensión de invalidez tiene la finalidad de sustituir los emolumentos dejados de percibir, el solicitante solo tendría interés y necesidad en reclamarla cuando sus condiciones de salud le impidan continuar laborando y por tanto percibiendo ingresos. Así, cabría cuestionarse si es procedente que la respectiva A.F.P. desconozca las cotizaciones realizadas desde la fecha de estructuración hasta el momento de la calificación, cuando efectivamente se pudo establecer el estado de invalidez.

Es de anotar que la anterior dificultad se refiere a aquellos casos en que enfermedades de tipo degenerativo determinan que el afectado continúa cotizando después de una fecha de estructuración que se fija posteriormente en la calificación de la pérdida de las capacidades laborales, mas no cuando a una persona ya se le hubiere practicado la calificación en la que constase el estado de invalidez y pretendiera que se tuviesen en cuenta las cotizaciones que, eventualmente, pudiese haber hecho después de la certificación de la invalidez”.

25. En conclusión, el juez constitucional debe incluir dentro de los elementos de juicio de que se sirve al establecer el régimen aplicable para reconocer el derecho a la pensión de invalidez, no sólo la fecha de estructuración de la enfermedad, sino también la condición de especial protección que merecen determinados sujetos de derechos como son los enfermos de VIH-SIDA, el carácter progresivo de los derechos sociales y el principio de favorabilidad ante la duda sobre la ley que debe regir el asunto, a más de que la persona haya continuado laborando y por tanto contribuyendo al sistema aún después de estructurada su invalidez.

26. Teniendo en cuenta el precedente jurisprudencial citado, la Sala analizará si el presente caso se ajusta al mismo.

1. Caso concreto.

27. Conforme ha quedado expuesto en los antecedentes de la presente providencia, el accionante Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, a través de apoderado judicial, instauró acción de tutela contra BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías, por considerar vulnerados

sus derechos fundamentales a la seguridad social, debido proceso, dignidad humana, mínimo vital y a la igualdad.

Manifestó el actor que se afilió al sistema de seguridad social en salud, en septiembre de 1993 y dejó de cotizar al mismo a partir de agosto de 2006. Además, que el 11 de octubre de 2006, fue valorado para obtener la calificación de su pérdida de capacidad laboral por la Administradora de Fondos y Cesantías PORVENIR S.A., obteniendo una pérdida de capacidad laboral de 65.75% con fecha de estructuración 23 de enero de 2003, pero al momento de solicitar la pensión de invalidez ante esta entidad, la pretensión fue negada por existir un conflicto de multifiliación entre PORVENIR S.A. y BBVA HORIZONTE.

Al resolverse dicho inconveniente, señala el actor, se estableció que el reconocimiento de la prestación le correspondía a BBVA HORIZONTE, entidad que se negó a aceptar el dictamen realizado por PORVENIR y ordenó la práctica de uno nuevo, el cual señaló el mismo porcentaje de pérdida de capacidad laboral, pero varió la fecha de estructuración a junio 23 de 2002. En consecuencia, bajo el argumento de no reunir las 26 semanas de cotización dentro del año anterior a la estructuración de la invalidez exigido por la Ley 100 de 1993, BBVA HORIZONTE negó el reconocimiento de su pensión de invalidez.

28. En el expediente se demostró que el actor padece de VIH-SIDA, que ha perdido la visión de un ojo y tiene alta probabilidad de perderla en el otro. Esta situación confirma su alegato según el cual “dada las múltiples enfermedades que le aquejan y su incapacidad”, no puede trabajar, de modo que su subsistencia ha dependido de la ayuda de familiares, toda vez que no tiene medios para generarse su mínimo vital.

29. El fondo de pensiones y cesantías BBVA HORIZONTE, manifestó en su defensa, que el accionante se afilió el 14 de marzo de 2002 en calidad de trabajador dependiente y el 4 de septiembre de 2007 solicitó la pensión de invalidez, pero al verificar los requisitos establecidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 para acceder a dicha prestación, no se observó el cumplimiento de los mismos por el señor Mancilla Vizcaya, razón por la cual, su solicitud de pensión fue denegada.

30. Los jueces de tutela, tanto de primera como de segunda instancia, despachan

desfavorablemente la solicitud de tutela reclamada, por estimar que existe otro mecanismo de defensa judicial ante el cual el actor puede solicitar el derecho impetrado.

31. De acuerdo con el precedente jurisprudencial citado y con la condición de debilidad manifiesta en la que se halla el accionante, la Corte encuentra en primer lugar que, contrario al criterio de los jueces de instancia, la acción de tutela es procedente como el mecanismo idóneo para la defensa de su pretendido derecho a la pensión de invalidez.

32. Determinado lo anterior, es necesario establecer, en segundo lugar, si la negativa de BBVA HORIZONTE para reconocer la pensión de invalidez solicitada por el señor Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, por no cumplir los requisitos señalados en el artículo 39 (original) de la Ley 100 de 1993, es decir no acreditar 26 semanas dentro del año anterior a la fecha de estructuración de la invalidez, se encuentra ajustada a derecho o no. Lo anterior, a pesar de encontrarse acreditado el pago de un total de 503.57 semanas entre septiembre de 1993 y abril de 2006.

33. A efectos de determinar el derecho a la pensión de invalidez del accionante, cobra importancia el régimen pensional aplicable.

En este sentido, es pertinente precisar que la petición del demandante de aplicar el Decreto 758 de 1990 no es procedente. Porque si bien a la fecha del ingreso del señor Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya al sistema de seguridad social se encontraba vigente el citado Decreto, el mismo no resulta aplicable en este caso por ser propio de los afiliados al ISS25 y porque el actor no cumple las condiciones exigidas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al haberse trasladado del régimen de prima media al de ahorro individual.

Igualmente se observa que la estructuración de la invalidez señalada por el fondo de pensiones BBVA HORIZONTE²⁶, tuvo ocurrencia el 23 de junio de 2002, es decir, bajo la Ley 100 de 1993.

34. Con todo, a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor Mancilla Vizcaya, se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la

invalidez, bajo la vigencia de la Ley 860 de 2003²⁷. Lo anterior demuestra que a pesar de las manifestaciones clínicas del actor, éste se mantuvo activo laboralmente, cotizando a la seguridad social y solo ante el progreso de la enfermedad, se vio en la necesidad de solicitar la pensión de invalidez y de someterse a la calificación de su pérdida de capacidad laboral²⁸. Y fue en este momento, 11 de octubre de 2006, cuando el fondo de pensiones fija una fecha de estructuración anterior, de la que desprende el no reconocimiento de pensión de invalidez solicitada.

Esta decisión de la administradora de pensiones no tiene en cuenta, empero, los aportes hechos con posterioridad a la determinación de la invalidez, lo que supone que en este caso, también se produzca lo que líneas atrás ha observado la jurisprudencia, un resultado contrario a los lineamientos constitucionales en tanto el cotizante actor en este proceso, no le es reconocido su derecho, aunque el sistema de seguridad social sí se beneficia de los aportes por él efectuados.

35. Por lo demás, como se ha visto en el precedente sentado por esta Corte en sala de revisión, esta última circunstancia así como el hecho de que el actor hubiese efectuado sus aportes tanto en la vigencia de la Ley 100 de 1993 como en la de la Ley 860 de 2003, se convierten en los supuestos desde los cuales se plantearía una dificultad en la determinación del régimen aplicable y en la contabilización de las semanas de cotización necesarias para acceder a la pensión de invalidez.

Por ello, y en virtud de los principios de favorabilidad, consignado en el artículo 53 Superior que impone a los operadores jurídicos dar aplicación a las disposiciones que resulten más provechosas para los trabajadores en aquellos eventos en los que existan dudas sobre las disposiciones que deben regular el caso concreto, pero también de progresividad predicable de los derechos sociales en general y en particular del derecho a la seguridad social, la Sala advierte que el fondo de pensiones BBVA HORIZONTE efectuó una aplicación incorrecta de la ley. Con ello vulneró su derecho a la seguridad social, entendido aquí como derecho a la pensión de invalidez, produciendo en consecuencia una afectación ilegítima a sus derechos al debido proceso, a la dignidad humana y al mínimo vital.

Y esto se produce al someter el caso del señor Ricardo Mancilla a las condiciones

exigidas por el artículo 39 – original – de la Ley 100 de 1993, aunque estas resultaban más restrictivas y en esa línea determinarían la negación de su derecho a la pensión de invalidez, en vez de aplicar lo previsto en el artículo 1º, numeral 1º de la Ley 860 de 2003, que aunque exige más semanas de cotización (50), estas se pueden acumular durante un período mayor (3 años).

36. De este modo, teniendo en cuenta que en el dictamen de calificación de pérdida de la capacidad laboral elaborado por BBVA HORIZONTE29, se estableció como fecha de estructuración el día 23 de junio de 2002, de acuerdo con el artículo 1º de la Ley 860 de 2003 para que el señor Mancilla pueda acceder a la pensión de invalidez resulta indispensable que se encuentren acreditadas cincuenta (50) semanas dentro de los tres años anteriores a esa fecha, es decir, entre el 23 de junio de 1999 y el 23 de junio de 2002.

Luego de analizar la relación anexada por la administradora de pensiones accionada, es posible determinar que los aportes realizados por el actor dentro del período requerido sobrepasan el requisito exigido en la ley. En efecto, en el citado documento se observa que el señor Ricardo Mancilla acredita un total de setenta y seis (76) semanas discriminadas en los siguientes períodos: de septiembre de 1999 (1999-09) a diciembre de 2000 (2000/12).

37. Junto a lo anterior, se debe recordar que en el presente caso se encuentran acreditadas las condiciones específicas a las que se halla sometido el accionante, su enfermedad, la degradación física e invalidez a la que lo va sometiendo, al igual que las consecuencias nefastas para su supervivencia, las cuales bien pudieron haberse tenido en cuenta por la administradora de pensiones, en el marco de su calidad de prestador de un servicio público, relacionado con un derecho social fundamental irrenunciable, como es la pensión de invalidez.

Más si lo anterior es reprochable, también lo es el hecho de que los jueces de instancia, como jueces de tutela, esto es, investidos de los poderes constitucionales y legales para la defensa de los derechos fundamentales, tampoco hayan considerado tales circunstancias críticas del señor Mancilla Vizcaya ni valorado el precedente constitucional existente sobre la materia sometida a su juicio.

38. Conforme a lo anterior y nuevamente en atención a las condiciones especiales en que se encuentra el actor, se concederá de manera definitiva la presente acción de tutela y, por tanto, la Sala revocará los fallos proferidos por los jueces de instancia en tutela, disponiendo que BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., 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 Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR las sentencias de fecha 13 de marzo y 1 de abril de 2009, proferidas por los Juzgados Cincuenta y Dos Civil Municipal y Trece Civil del Circuito de Bogotá, respectivamente, que declararon improcedente la presente acción de tutela.

SEGUNDO: TUTELAR los derechos a la seguridad social, debido proceso, dignidad humana y mínimo vital del señor Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: En consecuencia ORDENAR a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a iniciar el trámite pertinente para reconocer y pagar al señor Ricardo Alonso Mancilla Vizcaya, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento.

CUARTO: Por Secretaría General, LIBRAR la comunicación a que alude el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

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

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Secretaria General

1 Sentencias T-505 de 1992; T-502 de 1994; T-271 de 1995; C-079 de 1996; T-417 de 1997; T-328 de 1998; T-171 de 1999; T-523 de 2001; T-925 de 2003, T-326 de 2004; T-1064 de 2006 y T-550 de 2008, entre otras.

2 Sentencia T-505/92.

3 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-505 del 28 de agosto de 1992 y T-271 del 23 de junio de 1995.

4 Cfr. Corte Constitucional. Sentencias T-484 del 11 de agosto de 1992, T-185 del 28 de febrero de 2000, T-1181 del 4 de diciembre de 2003, T-010 del 15 de enero de 2004 y T-260 del 17 de marzo 17 de 2004, entre muchas otras.

5 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992.

6 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996.

7 Cfr. Corte Constitucional. T-1283 del 3 de diciembre de 2001.

8 Sentencia T-106 de 1993. La Corte afirmó que la posibilidad de acudir a la acción de tutela “(...)sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger

instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión.” Ver también, la sentencia T-480 de 1993.

9 Sentencia T-292 de 1995.

10 Ver Sentencias T-026 de 2003; T-1282 de 2005, T-077 de 2008.

11 Sentencia T-452 de 2009.

12 En el mismo sentido las sentencias T-1064 de 2006, T-469 de 2004 y SU-647 de 1997.

13 Sentencia T-722 de 2007.

14 Sentencia T-1064 de 2006.

15 Ver entre otras, 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.

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

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

18 Ver Observación General 14 de 2000, Párrafo 32. En el mismo sentido, ver la observación general Nº 13 de 1999 sobre derecho a la educación (párr. 45)

19 Sentencia T-485 de 2009.

21 Ver entre otras sentencias T-1291 de 2005, T-221 de 2006, T-043 de 2007, T-580 de 2007, T-699A de 2007, T-550 de 2008.

22 De acuerdo con el artículo 3 del Decreto 917 de 1999, la fecha de estructuración es “la

fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación (...).”.

23 Un estudio detallado del contenido y alcance del principio de favorabilidad en materia laboral fue realizado por la Corte en la sentencia SU-1185/01. En esa oportunidad, la Sala Plena sostuvo lo siguiente: En el ámbito de los conflictos de trabajo, por ejemplo, la Corte ha sido enfática en sostener que, so pretexto de interpretar el alcance de las normas jurídicas, no le es dable al operador jurídico desconocer las garantías laborales reconocidas a los trabajadores por la Constitución Política y las leyes, ni tampoco actuar en contradicción con los principios superiores que lo amparan como son, entre otros, los de igualdad de trato y favorabilidad. En este sentido, puede afirmarse que el Estatuto Superior se ha preocupado por garantizar un mínimo de derechos a los trabajadores, los cuales no pueden ser ignorados, disminuidos o transgredidos por las autoridades públicas y, en particular, por los jueces y magistrados de la República en su función constitucional de aplicar y valorar el alcance de la ley. (...)”

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

25 Artículos 1 y 2 del Decreto 758 de 1990.

26 Junio 23 de 2003.

27 Ver folios 31 33 del cuaderno No. 4.

28 11 de octubre de 2006.

29 Visible a folios 4 al 6 del cuaderno principal.