COPIA DE CONSULTA · DOCUMENTO PÚBLICO OFICIAL

Sentencia T/1064/06

Corte	Corte Constitucional
Tipo	Sentencia de tutela
Referencia	T/1064/06
Expediente	—
Fecha	2004-12-07
Sala	Sala es
Magistrado ponente	Dra CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ
Partes	—

Temas que titula la Corte Constitucional

- Derecho A La Seguridad Social
- Enfermo De Sida
- Principio De Progresividad En Seguridad Social Regimen De Transicion En Pension De Invalidez

Resumen del caso (según la propia sentencia)

A medidas regresivas que afecten a sujetos de especial protección especial protección constitucional el legislador debe contemplar con mayor razón la posibilidad de establecer un régimen de transición frente a medidas

Texto completo

T-1064-06 REPUBLICA DE COLOMBIA Sentencia T-1064/06 MEDIO DE DEFENSA JUDICIAL INEFICAZ-Condiciones de gravedad y urgencia de enfermo de sida/ ACCION DE TUTELA- Procedencia excepcional frente a enfermo de sida 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.

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.

SEGURIDAD SOCIAL- Finalidad DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL -Fundamental por conexidad/ DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL- Principios SISTEMA GENERAL DE PENSIONES- Finalidad y alcance ENFERMO DE SIDA -Sujeto de especial protección constitucional DERECHO A LA PENSION DE INVALIDEZ- Fundamental por conexidad PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD EN SEGURIDAD SOCIAL REGIMEN DE TRANSICION EN PENSION DE INVALIDEZ- Inexistencia PENSION DE INVALIDEZ- Aplicación del régimen de transición frente a medidas regresivas que afecten a sujetos de especial protección No 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 regresivas. 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”. 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. 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, 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.

DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ENFERMO DE SIDA- Vulneración por haberse aplicado el art. 39 de la ley 100 de 1993 y no el art. 6 del Decreto 758 de 1990 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., primera parte, 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.

ACCION DE TUTELA- Reconocimiento pensión de invalidez a enfermo de sida Referencia: expediente T-1399273 Acción de tutela instaurada por Jairo Orlando Sánchez Castillo en contra de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil seis (2006). La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERÍA y NILSON PINILLA PINILLA, 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 56 Penal Municipal de Bogotá y el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá, en el trámite de la acción de tutela interpuesta por Jairo Orlando Sánchez Castillo en contra de la Sociedad Administradora BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

I. ANTECEDENTES. El señor Jairo Orlando Sánchez Castillo interpone acción de tutela en contra de la Sociedad Administradora BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., por considerar que dicha sociedad vulneró sus derechos constitucionales a la vida, seguridad social, mínimo vital e igualdad como los principios de dignidad humana y de condición más beneficiosa para el trabajador al haberle negado la pensión de invalidez. Para fundamentar su petición expone los siguientes 1. Hechos [1] .

Manifiesta el actor de 45 años de edad, con VIH-SIDA y enfermedad reumatológica degenerativa que son de curso progresivo e irreversible, que el día 15 de mayo de 1995, diligenció formulario de afiliación al Fondo de Pensiones

Obligatorias administrado por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Solicitada la pensión de invalidez en el 2004, fue remitido su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, la cual en dictamen de 7 de octubre de 2004, determinó como porcentaje de pérdida de capacidad laboral el 70.90%, con calificación del origen como enfermedad común y fecha de estructuración de invalidez el 11 de agosto de 2004.

Afirma que no obstante haberse proferido dicho dictamen, la Sociedad Administradora BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., interpuso los recursos correspondientes (reposición y apelación), siendo resueltos el 24 de enero de 2005, por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, que ratificó el dictamen inicial y dispuso la remisión del expediente a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez a efectos de resolver la apelación formulada.

Según Acta de 21 de febrero de 2006, la Junta Nacional de Calificación de Invalidez dictaminó una nueva fecha de estructuración de la invalidez como lo fue el 2 de agosto de 1997 , día que corresponde aproximadamente al ingreso al programa de Promoción y Prevención de ETS, VIH-SIDA del Instituto de Seguros Sociales, “con un resultado del Perfil Inmunológico CD4-284 células/mm3, toda vez que el CD4 se encontraba muy por encima de la clasificación establecida , colocándome en caso de SIDA, junto con las demás sintomatologías asociadas presentadas…” .

La sociedad administradora BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el 28 de marzo de 2006 procedió a rechazar la solicitud de pensión de invalidez formulada por el actor acogiendo la normatividad existente a la fecha de la nueva estructuración de invalidez como lo es la Ley 100 de 1993, artículos 38 y 39 (texto original), antes de haber sido reformada la última disposición a través del artículo 11 de la Ley 797 de 2003 y posteriormente por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. Dice que como fundamento a la negativa del reconocimiento a la pensión se indicó por la sociedad administradora que si bien acreditaba la condición de inválido conforme lo dispone el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, al tener una perdida de la capacidad laboral superior al 50%, como lo es el 70.90% , no cumple el requisito previsto en el literal a) o b) del artículo 39 de la cita ley [2] , en su contenido original, por cuanto i) no se encontraba cotizando al régimen a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es 2 de agosto de 1997, ni tampoco ii) se registran aportes equivalentes por lo menos a 26 semanas del año inmediatamente anterior, como quiera que entre agosto de 1996 y agosto de 1997, sólo se registran aportes válidos en el mes de agosto de 1996. Comenta el actor que en dicha comunicación además se le informa que puede hacer efectivo la devolución de saldos por invalidez, al tenor del artículo 72 de la Ley 100 de 1993.

Agrega que la sociedad administradora accionada fundamentó su determinación “de acuerdo a la imputación de pagos que obra de conformidad con lo dispuesto por el artículo 29 del decreto 1818 de 1996, en concordancia con el artículo 53 del decreto 1406 de 1999, donde se pudo establecer que el asegurado cotizó para los riesgos de IVM, desde el mes de agosto de 1979 hasta marzo de 1996, de forma interrumpida, un total de 1700 días, equivalente a 242 semanas cotizadas válidamente al Instituto de los Seguros Sociales el sistema general de pensiones, y posteriormente al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS BBVA HORIZONTE, de agosto de 1995 a agosto de 1995, y 1999 hasta diciembre de 2004, se registra un total de 113 semanas, 52 semanas cotizadas antes de la fecha de la última estructuración, o sea para un total de 294 semanas cotizadas antes de la fecha de la estructuración, y que al momento del estado de invalidez el asegurado tan sólo había cotizado un mes o sea el equivalente a …04 semanas cotizadas en el año inmediatamente anterior a la fecha de estructuración del estado de invalidez…” .

Afirma que si le hubieran aplicado la Ley 797 de 2003 (art. 11) [3] , aunque transcribe el aparte pertinente del artículo 1 de la Ley 860 de 2003 [4] , ambos modificatorios del artículo 39 de la Ley 100 de 1993, habida cuenta de que ya había sido declarado inválido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez con fecha de estructuración 11 de agosto de 2004, cumpliría los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por cuanto exige una cotización de 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores y una fidelidad de cotización para el sistema del 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió los veinte años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de

invalidez, respecto de las más de 113 semanas de cotización con las cuales ya contaba. Por ende, alude a la aplicación de dicho régimen de seguridad social posterior (Ley 797/03).

De igual forma, considera que los requisitos exigidos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, referido a que debiendo dejado de cotizar al sistema hubiere efectuado aportes durante por los menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez "se fijo como un mínimo…habida cuenta que 26 semanas, aunque aportadas en el último año, anteriores a la estructuración de la invalidez, no pueden dar más derecho que 294, que igualmente fueron sufragadas con antelación a la fecha en que se estructuró el estado de invalidez, y un total de 355 semanas sufragadas hasta el año 2004" .

A continuación, el actor resalta su precaria condición de salud, añadiendo que durante los últimos años "no he conseguido, ni he podido trabajar, actualmente vivo donde un compañero de estudio … (que) me acogió en su apartamento, quien es conocedor de mi condición, con otros compañeros me colaboran a cancelar la cotización de salud y poder acceder al servicio, mientras me resuelven el reconocimiento de la pensión de invalidez, a lo cual la entidad demandada sí vulnera flagrantemente el derecho al mínimo vital" .

De igual forma, aduce que se le vulnera el principio de condición más beneficiosa al trabajador previsto en el artículo 53 de la Constitución (favorabilidad laboral), ya que "un nuevo régimen no puede fijar unas condiciones de acceso más gravosas que el anterior, por cuanto siempre la norma jurídica posterior se entiende como un avance cualitativo de la base normativa, máxime que en evento como el presente, el derecho a la seguridad social encuentra respaldo, inclusive en la propia Carta de derechos" .

Señala que algo semejante ocurre con la aplicación de los artículos 11 y 288 de la Ley 100 de 1993, que contienen una finalidad protectora de los derechos adquiridos en materia pensional frente a los efectos negativos del cambio de legislación y la aplicación de las disposiciones de dicha ley y en leyes anteriores.

En ese orden, expone que debe darse aplicación al régimen de seguridad social anterior previsto en el Decreto 758 de 1990, el cual prevé en el artículo 6, los requisitos para la pensión de invalidez, consistente en que tendrán derecho a dicha prestación de origen común, las personas que reúnan como condición el haber cotizado para el seguro de invalidez 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez, atendiendo que con antelación a la estructuración del estado de invalidez contaba con 294 semanas cotizadas.

Petición que además fundamenta en el derecho a la igualdad (art. 13 superior), para lo cual refiere también al principio que el Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5 constitucional), la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 1), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 1), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 2), atendiendo las decisiones que sobre la materia ha proferido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (expedientes radicados bajo los números 23178 de 19 de julio de 2005, 23414 de 26 de julio de 2005 y 24812 de 21 de febrero de 2006), que garantizaron el derecho a la pensión de invalidez a través de la aplicación del régimen legal anterior contenido en el Decreto 758 de 1990, por lo que considera deben aplicarse ya que guardan identidad fáctica con el presente caso. Adicionalmente, refiere a la sentencia T-860 de 2005, proferida por esta Corporación.

Concluye así que se le debe reconocer la pensión de invalidez con retroactividad aplicando para el efecto el régimen de seguridad social anterior conforme al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

2. Documentación anexa a la presente acción. A continuación se relaciona el material probatorio que se acompaña con la presente acción de tutela:

· Copia de la cédula de ciudadanía del actor (folio 25 del cuaderno principal). · Copia de la notificación del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, que se anexa, calendada 7 de diciembre de 2004 (folios 26 a 29 del cuaderno principal).

· Copia del Acta 02 del 21 de febrero de 2006, de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (folio 30 del cuaderno principal). · Copia del resumen de la historia Clínica del actor, fechada 11 de agosto de 2004 (folio 31 del cuaderno principal).

· Copia del reporte de semanas cotizadas por el actor en pensiones en el Instituto de Seguros Sociales (folio 32 del cuaderno principal). · Copia de liquidación del bono pensional correspondiente al actor en relación con el ISS (folio 33 del cuaderno principal).

· Copia del reporte estado de cuenta del actor en el Fondo de Pensiones Obligatorias de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. (folios 34 a 39 del cuaderno principal).

· Copia de la comunicación que rechaza la solicitud de pensión de invalidez suscrita por la Directora de Beneficios y Bonos Pensionales de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (folios 40 a 42 del cuaderno principal).

· Copias de cuadros comparativos de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la pensión de invalidez, indemnización sustitutiva y porcentaje de la pensión conforme al Decreto 758 de 1990, Ley 100 de 1993 (a partir del 1º de abril de 1994) y Ley 797 de 2003 (a partir del 29 de enero de 2003). Folios 43 a 46 del cuaderno principal.

· Copias de las sentencias proferidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, correspondientes a las radicaciones números 24812 de 21 de febrero de 2006, 23178 de 19 de julio de 2005 y 23414 de 26 de julio de 2005 (folios 47 a 97 del cuaderno principal).

· Copia de la sentencia T-860 de 2005, proferida por la Corte Constitucional (folios 98 a 114 del cuaderno principal). · Acta de declaración juramentada del actor de fecha 26 de abril de 2006, rendida ante la Notaría 18 del Círculo de Bogotá, en la cual se hace constar la condición de desempleo, no recibir suma de dinero alguna y encontrarse en delicado estado de salud (folio 115 del cuaderno principal).

3. Trámite Procesal. El Juzgado 56 Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, mediante auto de 28 de abril de 2006, avocó el conocimiento de la acción de tutela y dispuso citar al actor para que rinda declaración sobre los hechos motivos de la acción y correr traslado a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. para que se pronuncie sobre la presente acción.

3.1. Declaración juramentada rendida por el actor ante el juez de tutela. De la declaración rendida por el accionante el día 3 de mayo de 2006, ante el juez de conocimiento de la tutela se extrae principalmente lo siguiente:

Manifiesta el actor que con la primera calificación de invalidez por parte de la Junta Regional tenía derecho al reconocimiento de la pensión, pero como BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. apeló el dictamen, la Junta Nacional cambio la fecha de estructuración de la invalidez por lo que no tendría derecho al no encontrarse cotizando para dicha fecha ya que se encontraba enfermo en la última empresa. Indica que desde ese momento “comenzó el mal, pues me estaban tratando de artritis reumatoidea y como en el trabajo iba mal, no podía trabajar como debía ser y por eso me indemnizaron y de hay(sic) en adelante no he podido conseguir trabajo, yo mas que todo pido la pensión para tener derecho a mi salud que es lo que me preocupa, ya que con la misma enfermedad uno va perdiendo mucha capacidad laboral pues ya no puede trabajar igual y si no es un mal es el otro y el problema de la artritis son los dolores son muy fuertes, los mismos procesos del VIH son tan delicados que hay días en que uno no puede ni siquiera caminar, está totalmente agotado y hay momentos en que la misma comida no la tolera uno…a mi se me olvidan las cosas” .

Agrega el actor en su declaración que un amigo le está colaborando en la cancelación del servicio de salud y que instaura la tutela “porque económicamente no estoy bien y con ella garantizaría el derecho al pago” .

Finalmente, anota respecto a las tres decisiones que adjunta de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que ello obedece a que constituyen casos iguales al suyo.

3.2. Respuesta de la Sociedad Administradora BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A. El Representante Legal de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., dio contestación a la acción de tutela señalando que dicha Sociedad Administradora ha actuado conforme a la normatividad y jurisprudencia por lo que no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante.

En su escrito el funcionario relata que el actor el día 15 de mayo de 1995, suscribió formulario de solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por la BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. El 23 de agosto de 2004, en la condición de afiliado el accionante solicitó ante dicho fondo el reconocimiento de la pensión de invalidez, la cual fue remitida a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogota D.C. y Cundinamarca, que constituye el órgano competente para la valoración de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado (arts.

38, 41 y 42 de la Ley 100 de 1993 y 22 del Decreto 2463 de 2001). Recuerda que la Junta Regional de Calificación de Invalidez profirió dictamen del 7 de octubre de 2004, notificando el 23 de diciembre de ese año a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., la respectiva calificación de pérdida de la capacidad laboral del actor estableciéndola en un 70.90%, con fecha de estructuración 11 de agosto de 2004 y precisando el origen de la invalidez como enfermedad de riesgo común. Manifiesta que dicha sociedad administradora el 11 de enero de 2005, interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación (arts. 33 y 34 del Decreto 2463 de 2001) contra el dictamen de la Junta Regional denotando su inconformidad con la fecha de estructuración de la invalidez al considerar que no corresponde a lo señalado en el Manual Único de Calificación de la Invalidez (Decreto 917 de 1999, que modifica el Decreto 692 de 1994), ya que “se debió tener en cuenta la realidad de los hechos que afectaron la integridad física del afiliado de conformidad con lo establecido en la historia clínica aportada junto con la solicitud de valoración por parte del actor” .

Refiere que la Junta Regional mediante Acta del 24 de enero de 2005, ratificó en todas sus partes el dictamen anterior y dispuso dar traslado del caso a la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (art. 13 del Decreto 2463 de 2001), la cual en Acta del 21 de febrero de 2006, notificada el 9 de marzo de 2006, estableció como fecha de estructuración de invalidez “el día 2 de agosto de 1997, día en que le fue diagnosticada la enfermedad al accionante, ajustándose así esta fecha a la realidad de los hechos que generaron la merma de la capacidad laboral al mismo” . Conforme a ello y atendiendo que el actor acreditó la calidad de inválido establecida en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, señala que dicha sociedad administradora procedió a verificar el cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 39 de la citada Ley, que prevé dos eventos para acceder a la pensión de invalidez:

“a) Que la persona se encuentre cotizando al sistema y hubiera cotizado veintiséis (26) semanas al momento de la fecha de estructuración de la invalidez, situación que no se presenta en el caso del señor JAIRO ORLANDO SANCHEZ CASTILLO como quiera que al verificar los aportes pensionales que se efectuaron a favor del afiliado en su cuenta de ahorro individual pensional se pudo evidenciar que al momento de estructurarse su invalidez (2 de agosto de 1997) no era cotizante.

Esto se sustenta en el hecho que el último aporte efectuado en el Fondo de Pensiones Horizonte, corresponde al mes de agosto de 1996 y la fecha de estructuración de la invalidez, como ya fue señalada, fue establecida por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez desde el 2 de agosto de 1997 , fecha que tiene incidencia directa en el cumplimiento de las veintiséis (26) semanas de que trata el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, pues la misma conforme lo establece la ley se

contabilizan en relación con el “momento de producirse el estado de invalidez” , que no es otro que la fecha de estructuración de la invalidez dictaminada por los organismos creados por la Ley 100 de 1993 para tal fin.

b) Que habiendo dejado de cotizar hubiera cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento de producirse la invalidez, situación que tampoco se presenta en el presente caso, ya que al verificar los aportes efectuados en el año inmediatamente anterior, estos es entre agosto de 1996 y agosto de 1997, solo se registra en la cuenta de ahorro individual pensional del señor JAIRO ORLANDO SANCHEZ CASTILLO el aporte correspondiente al mes de agosto de 1996.” Expone que con fundamento en lo anterior, BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., mediante comunicación CJB0612805 del 28 de marzo de 2006, procedió a rechazar la solicitud de pensión de invalidez, como quiera que pese a acreditar la condición de inválido no cumple con el requisito de las 26 semanas de cotización al momento de producirse el estado de invalidez ni en el año inmediatamente anterior (art. 39 de la Ley 100 de 1993).

Agrega que en la misma comunicación se le informó al accionante sobre la procedencia de la devolución de saldos por invalidez (art. 72 de la Ley 100 de 1993).

Asevera que dicha sociedad administradora no ha vulnerado derecho fundamento alguno al actor al ceñirse a los parámetros de la Ley 100 de 1993, siendo rechazada la pensión de invalidez sobre la base del principio de temporalidad de la ley, o sea, en aplicación de las normas vigentes al momento de la fecha de la estructuración de la invalidez dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (2 de agosto de 1997), conforme al artículo 39 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por la Ley 797 de 2003 y la Ley 860 de 2003. Observa que si el accionante no está de acuerdo con lo dictaminado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez respecto a la fecha de estructuración, debe acudir a la justicia laboral ordinaria según lo contempla el artículo 11 del Decreto 2463 de 2001.

En cuanto a la pretensión del actor para que en virtud del principio de favorabilidad de la ley se le reconozca la pensión de invalidez conforme a los requisitos establecidos por la Ley 860 de 2003, expresa que dicho principio consagrado en el artículo 53 de la Carta, parte del supuesto de la existencia de dos o más normas vigentes, lo cual no se presenta en este caso, pues, dicha ley entró en vigencia a partir del 29 de diciembre de 2003, la cual no tiene efecto retroactivo (art. 16 del C. S. T.). Así mismo, recuerda que la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela no procede para ordenar el pago de una prestación ya que existe otro medio de defensa judicial como lo es acudir a la jurisdicción laboral.

Finalmente, acompaña al escrito de contestación de la acción de tutela, i) copia del dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (folios 134 a 136 del cuaderno principal), ii) copia de la comunicación calendada 5 de enero de 2005, de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, por medio de la cual presenta los recursos de reposición y apelación contra el dictamen de dicha Junta (folios 137 y 138 del cuaderno principal), iii) copia de la comunicación de fecha 24 de enero de 2005, emanada de la Junta Regional de Calificación de Invalidez que notifica al actor la decisión sobre el recurso de reposición, acompañando copia del acta de resolución (folios 139 y 140 del cuaderno principal), iv) copia del acta 02 del 21 de febrero de 2006, emanada de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (folio 141 del cuaderno principal) y copia de la comunicación firmada por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. con destino al actor informando el rechazo de la solicitud de pensión de invalidez (folios 142 a 144 del cuaderno principal).

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN. 1. Decisión de primera instancia. El Juzgado 56 Penal Municipal de Bogotá, con función de control de garantías, mediante sentencia de 10 de mayo de 2006, declaró la improcedencia de la acción de tutela por cuanto señaló que se persigue el reconocimiento de una pensión de invalidez que al tratarse de un

derecho económico no resulta ser de competencia del juez de tutela sino de la justicia ordinaria conforme a lo previsto en el artículo 40 del Decreto 2463 de 2001.

Finalmente, señala que la salud está siendo cubierta por el Instituto de Seguros Sociales. 2. Impugnación. Luego de proferido el fallo de primera instancia, el actor oportunamente impugnó dicha decisión manifestando que la misma resulta contraria a la realidad sustancial presente en el expediente de tutela.

En efecto, fundamenta su impugnación en que el único medio de subsistencia que tendría sería el que se le reconociera por la sociedad administradora accionada la pensión de invalidez. Recuerda que si se le hubiera tenido en cuenta la primera fecha de estructuración de invalidez tendría derecho al reconocimiento de la pensión. Expone que el juez de tutela no realizó “un estudio minucioso de la delicada situación de salud y sí por qué no decirlo ´económica´, habida cuenta que sí se me vienen vulnerando derechos fundamentales constitucionales, y no sesgadamente emitir un fallo, máxime cuando existen sentencias de la H. Corte Suprema análogas a la situación acá debatida, si no existe la garantía de otro medio de subsistencia para poder llevar una vida digna, hasta el final de la existencia.” Argumenta en relación con el medio de defensa judicial que “Mal podría afirmarse dentro del plenario que existe la vía ordinaria, ya que en la demanda quedó plasmada mi condición de salud, y que muy posiblemente no tenga tiempo de iniciar y culminar un proceso ordinario, tal como lo pretende hacer ver la señor juez de tutela, ya que el tiempo es un factor vital en el caso que nos ocupa, por eso vuelvo y repito lo indicado en el resumen de historia clínica por la Galena tratante: ´ Enfermedad crónica de carácter irreversible, de pronóstico reservado y sin posibilidad de rehabilitación actual ´, situación que para nadie es desconocida.” Agrega que acude a la acción de tutela por su delicado estado de salud que padece actualmente “y que muy posiblemente no tenga tiempo para llevar a un buen final un proceso,..Con el debido respeto que se merece la señora juez, no tuvo en cuenta la pretensión urgente y prioritaria, de que se me reconozca la pensión por invalidez, aplicando la condición más beneficiosa,…pues de nada saco que se me pretenda devolver los aportes a la seguridad social” , procediendo a continuación a reiterar el contenido de la acción de tutela.

3. Decisión de segunda instancia. El Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogota, mediante fallo de 20 de junio de 2006, decidió confirmar el fallo proferido en primera instancia, con base en la misma argumentación expuesta por el a quo .

III. INSISTENCIA DE LA DEFENSORIA DEL PUEBLO Y SELECCIÓN DE LOS FALLOS DE TUTELA PARA REVISION La Defensoría del Pueblo, a través de comunicación de fecha 8 de septiembre de 2006, en ejercicio de la facultad de insistencia solicitó a la Sala de Selección de Tutelas la revisión del presente asunto al considerar que se dan los presupuestos necesarios para proteger transitoriamente los derechos fundamentales del actor ya que cumple con los requisitos que para dicha época disponía el artículo 39 de la Ley 100 de 1993.

La Sala de Selección de Tutelas No. 9 de la Corte Constitucional, en auto de fecha 15 de septiembre del presente año, dispuso seleccionar los fallos de tutela que se estudian y repartirlo a este Despacho para su decisión por la Sala Novena de Revisión.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS 1. Competencia. Es competente esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional para revisar los fallos mencionados, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Presentación del caso y planteamiento del problema jurídico. Ante la calificación de la enfermedad de origen común por infección VIH-SIDA que le produjo una pérdida de la capacidad laboral del 70.90%, al actor le fue negado por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo el argumento que si bien cumple la exigencia del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, al superar el 50% de la incapacidad laboral, no satisface alguno de los requisitos contemplados en el artículo 39 de dicha ley, vigente para el momento de la estructuración de la invalidez, 2 de agosto de 1997. Concretamente, por incumplir los requisitos previstos en el literal a)

ya que no se encontraba cotizando al régimen a la fecha de estructuración de la invalidez, o en el literal b) ya que en el año inmediatamente anterior sólo se registran aportes equivalentes a 4 semanas de las 26 exigidas, sobre el cual centra su argumentación.

Considera principalmente [5] que debe aplicarse el régimen pensional anterior previsto en el artículo 6 del Decreto 758 de 1990, al haber cotizado 294 semanas de las 150 exigidas por dicho Decreto dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. Agrega que la no aplicación de dicho régimen conlleva la vulneración de los derechos a la vida, el mínimo vital, la seguridad social, la igualdad (no discriminación y trato igualitario en las decisiones judiciales) y los principios de dignidad humana y de condición más beneficiosa para el trabajador. De igual forma, manifiesta que pudo haberse aplicado el régimen de seguridad social posterior (Ley 797 de 2003 – Ley 860 de 2003), teniendo como soporte el dictamen anterior emanado de la Junta Regional de Calificación de Invalidez (modificado por la Junta Nacional), que estableció como fecha de estructuración el 11 de agosto de 2004, con lo cual cumpliría las 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores y la fidelidad para el sistema del 20% del tiempo transcurrido entre el momento que cumplió los 20 años de edad y la fecha de la primera calificación de la invalidez, atendiendo que ha cotizado más de 113 semanas.

Los jueces de instancia en tutela declararon la improcedencia de la acción por cuanto consideraron que el actor dispone de un medio de defensa judicial como lo es controvertir el dictamen de las juntas de calificación de invalidez ante la jurisdicción laboral (art. 40 del Decreto 2463 de 2001).

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 manifestado tanto por los jueces de instancia como por la entidad accionada 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 de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., 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, 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 797 de 2003 – 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 tanto por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. que resolvió negar la pensión de invalidez, como por los jueces de tutela quienes sin mayores consideraciones declararon la improcedencia de la tutela bajo el argumento simplista que al tratarse de un derecho de carácter económico 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 idóneo ante la Jurisdicción Ordinaria 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 desde el inicio de la acción recalcó la grave situación que padece que fue reiterado en la declaración juramentada y finalmente en el escrito de impugnación al manifestar que muy posiblemente ya no disponga de tiempo para iniciar y culminar un proceso ordinario ante la proximidad de su fallecimiento. Así lo

sostuvo al indicar "… en la demanda quedó plasmada mi condición de salud, y que muy posiblemente no tenga tiempo de iniciar y culminar un proceso ordinario , tal como lo pretende hacer ver la señor juez de tutela, ya que el tiempo es un factor vital en el caso que nos ocupa , por eso vuelvo y repito lo indicado en el resumen de historia clínica por la Galena tratante: ´Enfermedad crónica de carácter irreversible, de pronóstico reservado y sin posibilidad de rehabilitación actual´, situación que para nadie es desconocida… muy posiblemente no tenga tiempo para llevar a un buen final un proceso ,..Con el debido respeto que se merece la señora juez, no tuvo en cuenta la pretensión urgente y prioritaria , de que se me reconozca la pensión por invalidez, aplicando la condición más beneficiosa,…pues de nada saco que se me pretenda devolver los aportes a la seguridad social" (Subrayas fuera del texto original).

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 [6] , 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.

[7] " 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 temporales [8] , o ii) definitiva [9] 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" [10] , 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 papel que corresponde a los particulares en su prestación en el Estado social de derecho y así entrar a estudiar 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 y el papel que corresponde a los particulares en su prestación en el Estado social de derecho. El Sistema General de Pensiones y los principios de solidaridad y de prohibición prima facie 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 humano [11] .

Los objetivos de la seguridad social que deben comprender a todo el conglomerado social, guardan necesaria correspondencia con los fines esenciales del Estado social de derecho como el servir a la comunidad; promover la prosperidad general; garantizar la efectividad de los principios y derechos constitucionales; promover las condiciones para una igualdad real y efectiva; adoptar medidas a favor de grupos discriminados o marginados; proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta; y reconocer sin discriminación alguna de la primacía de los derechos inalienables de la persona como sujeto, razón de ser y fin último del poder político [12] , donde el gasto público social tiene prioridad sobre cualquier otra asignación [13] .

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 [14] , 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 constitucional [15] 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 trate [16] .

Sin embargo, a pesar de dicho carácter programático, esta Corte ha señalado como lo expuso en la sentencia C-251 de 1997 [17] , 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) [18] .

Así, lo recordó recientemente esta corporación en sentencia C-111 de 2006 [19] , la cual guarda armonía con un sin número de sentencias de tutelas proferidas por esta Corporación [20] , 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 2005 [21] , en la cual se trae a colación los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad [22] , 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." [23] 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 ." [24] (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 2003 [25] , 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 constitucionales [26] ." Concretamente en cuanto a los principios que presiden al sistema de seguridad social, la sentencia C-655 de 2003 [27] , 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 social [28] .

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 pensiones [29] . 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 lugar [30] -, 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.” [31] 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 Corte [32] dicho principio envuelve la practica 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 .” [33] (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 [34] , SU.225 de 1998 [35] , C-671 de 2002 [36] , C-038 de 2004 [37] , T-1291 de 2005 [38] y T-221 de 2006 [39] , 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 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 Corte [40] 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 inadmisible” [41] . 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´ [42] .

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.

[43] ” [44] (Subrayas al margen del texto transcrito). Puede, entonces, concluirse que los regímenes solidarios como el de ahorro individual con solidaridad del Sistema General de Pensiones deben sujetarse 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 VIH [45] -SIDA [46] , 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 2005 [47] , 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 muerte [48] .

La protección especial a ese grupo poblacional [49] 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 humana [50] 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 discriminatorios [51] .

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” [52] .

En el Informe sobre la epidemia mundial de SIDA 2006 [53] , 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” .

[54] (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 vitales [55] .” [56] 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.).” [57] 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 reiterado [58] 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 psíquica [59] . Así lo indicó recientemente en la sentencia T-1282 de 2005 [60] , 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 2005 [61] , 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.” [62] .

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” .

[63] 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.” [64] (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 proporcionalidad [65] .

En relación con la pensión de invalidez el legislador no previo con la entrada en vigencia de la Ley de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993), un régimen de transición respecto al régimen anterior [66] . Recientemente la Corte en sentencia T-221 de 2006 [67] , 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 2006 [68] , 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 regresivas [69] . 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".

[70] 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 2005 [71] , 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 2003 [72] , 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 trascrito. 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 Social [73] .

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 inadmisible que se hayan agravado las condiciones –sin establecer para el efecto un término o régimen de transición que permita a los trabajadores, que se encuentran en la misma situación …, 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 2006 [74] , al exponer [75] :

“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 legislativa [76] , 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 recientes 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. La solución en el caso concreto. Como la argumentación expuesta por el actor gira principalmente en torno a que ha debido aplicarse el régimen pensional anterior previsto en el Decreto 758 de 1990, esta Sala de Revisión procederá, en primer lugar, a estudiar dicha pretensión y sólo en el evento que ella no prospere habrá de entrar a analizar la aplicabilidad de la normatividad posterior (Ley 797 de 2003-Ley 860 de 2003).

Por tanto, corresponde a esta Sala de Revisión establecer si la negativa de reconocimiento de la pensión de invalidez por parte de BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., a una persona con VIH-SIDA, bajo el argumento que no cumple los requisitos previstos en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, en su texto original [77] , al haber cotizado sólo 4 semanas en el año inmediatamente anterior de las 26 exigidas, vulnera los derechos a la vida, mínimo vital, seguridad social, igualdad y principios de dignidad humana y condición más beneficiosa para el trabajador. Lo anterior, a pesar de que cotizó un total de 242.86 semanas en el Seguro Social (1979-1996) y de 113.57 semanas en la entidad accionada (1995-2004), cumpliendo así además las 150 semanas exigidas dentro de los 6 años anteriores, por el régimen pensional anterior (literal b., primera parte, del artículo 6 del Decreto 758 de 1990) [78] .

Del acervo probatorio obrante en el expediente, que no fue objeto de controversia por la accionada, se aprecia que el señor Jairo Orlando Sánchez Castillo de 45 años de edad, le fue diagnosticado VIH-SIDA y además enfermedad reumatológica degenerativa, ambas de curso progresivo e irreversible sin lugar a rehabilitación definitiva [79] .

Por ello, procedió a solicitar el 23 de agosto de 2004 ante BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., el reconocimiento de la pensión de invalidez, sociedad administradora que dispuso dar traslado a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, la cual dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 70.90% , con descripción de deficiencias infección VIH-SIDA de 47 sobre 50% y descripción de minusvalías del 20 sobre la calificación máxima posible del 30%, con calificación del origen como enfermedad común y fecha de estructuración de invalidez que resultó modificada por la Junta Nacional, según apelación presentada por la sociedad administradora accionada [80] , fijada en el día 2 de agosto de 1997.

También reposa en el expediente reportes de semanas cotizadas en pensiones que demuestran que el actor cotizó al Seguro Social un total de 242.86 [81] , en el periodo comprendido de 1979 (diciembre) hasta 1996 (marzo), en su mayoría efectuadas bajo el régimen pensional anterior previsto en el Decreto 758 de 1990. Y, además, en BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. cotizó 113.57 semanas [82] , desde 1995 a 2004, con destino a la cuenta de ahorro individual con solidaridad [83] .

Documentación que sirve de soporte al actor para sostener que cumple a cabalidad el requisito previsto en el régimen pensional anterior de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez (literal b., parte primera, del artículo 6 del Decreto 758 de 1990) y superar las 26 semanas exigidas por la Ley 100 de 1993 (literal b.,

artículo 39) que constituyó esto último el fundamento para negar la pensión de invalidez al registrar sólo 4 semanas en el año inmediatamente anterior.

De igual modo, se encuentra acreditado y sin que hubiere sido controvertido por la sociedad administradora de pensiones, las consecuencias nefastas que para el actor ha traído las enfermedades que padece al i) presentar un delicado estado de salud que se reafirma con la declaración rendida ante el juez de tutela [84] donde manifiesta que "si no es un mal es el otro y el problema de la artritis son los dolores son muy fuertes, los mismos procesos del VIH son tan delicados que hay días en que uno no puede ni siquiera caminar, está totalmente agotado y hay momentos en que la misma comida no la tolera uno…a mi se me olvidan las cosas" , precisando que gracias a la ayuda de terceros ha podido costear los servicios de salud pero que requiere de la pensión de invalidez para cubrir dicho valor; ii) ocasionarle una incapacidad para acceder a un empleo o desempeñar de manera estable un trabajo [85] , iii) carecer de recursos económicos -actualmente vive con un compañero de estudios que lo albergó en su apartamento-, por lo que requiere de la pensión para que se le garantice un mínimo vital para una subsistencia digna en el tiempo que le resta de vida [86] .

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, a la igualdad (no discriminación y trato igualitario en las decisiones judiciales) 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 vulnere 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 revisión [87] , 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, la sociedad administradora de pensiones BBVA HORIZONES PENSIONES Y CESANTIAS S.A., 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, 2 de agosto de 1997. Sin embargo, para la Sala la sociedad administradora de pensiones 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, que vino a surtir efectos en materia pensional a partir del 1 de abril de 1994 [88] . Concretamente ha debido verificar si dicho tránsito legislativo producido 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 actor.

El anterior régimen pensional previsto el Decreto 758 de 1990, “Por el cual se aprueba el acuerdo numero 049 de febrero 1 de 1990 emanado del consejo nacional de seguros sociales obligatorios” , imponía en el artículo 6, como requisitos para acceder a la pensión de invalidez por riesgo común, los siguientes:

“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, con efectos en materia pensional a partir del 1 de abril de 1994, los requisitos legales que se establecieron y que llevaron a la negativa de la pensión de invalidez, fueron:

“ARTÍCULO 39. Requisitos para obtener la Pensión de Invalidez. Tendrán derecho a la pensión de invalidez, los afiliados que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sean declarados inválidos y cumplan 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 .

“ PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley .

” Establecida la comparación entre los dos regímenes pensionales [89] 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.

La normatividad legal aplicada por BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., para negar la pensión de invalidez conforme a la fecha de estructuración de la invalidez -el actor refiere al literal b. del artículo 39 de la Ley 100 de 1993-, si bien presenta una reducción en el número de semanas cotizadas respecto al régimen pensional anterior, no acaece lo mismo respecto al periodo de tiempo que se instituyó en un (1) año, que para la Sala resulta desproporcionadamente corto y, por ende, restrictivo del acceso a dicha prestación, sin que pueda manifestarse que el número de semanas reducidas compensa el reducido periodo de tiempo fijado.

La brevedad del lapso de tiempo (1 año) establecido en la Ley 100 de 1993, como factor temporal dentro de la ecuación para la sostenibilidad financiera y acceso a determinada prestación en el Sistema General de Pensiones, se convierte en una medida regresiva frente a la amplitud de tiempo otorgado bajo el régimen pensional anterior que estableció el término de 6 años con una cotización de 150 semanas, requisitos que en su conjunto cumple el actor y que le hacen merecedor del reconocimiento de la pensión de 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.

Y como puede observarse el legislador ordinario con posterioridad tuvo en cuenta dicho factor ya que con la modificación establecida al artículo 39 de la Ley 100, por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003, aumento

proporcionalmente a 50 semanas las cotizaciones y amplio significativamente el tiempo a 3 años [90] , como también lo había hecho en el artículo 11 de la Ley 797 de 2003 [91] .

Además, respecto al porcentaje requerido para declarar a una persona inválida, el actor supera significativamente las exigencias contempladas en los dos regímenes pensionales [92] ya que la pérdida de la capacidad laboral fue establecida en un 70.90%.

También habrá de recordarse conforme a las pruebas allegadas que el actor empezó a cotizar desde el año de 1979 (diciembre) hasta 1996 (marzo), acumulando un número total de cotizaciones al Seguro Social de 242.86 [93] , que fueron realizadas en su mayoría en vigencia del régimen pensional anterior -Decreto 758 de 1990-. Ello, fuera de los aportes adicionales efectuados a la sociedad administradora de pensiones accionada, desde 1995 a 2004, en la cuenta de ahorro individual con solidaridad [94] que fueron de 113.57 semanas [95] . Con ello, se demuestra que el actor satisface los requisitos previstos en el régimen pensional anterior (literal b., primera parte, del artículo 6 del Decreto 758 de 1990), al haber cotizado durante dicho régimen más de 150 semanas dentro de los 6 años anteriores a la fecha del estado de invalidez.

De igual manera, 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., primera parte, 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.

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 BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., proceda a reconocer inmediatamente la pensión de invalidez al actor sin más objeciones.

Adicionalmente a lo anterior, la Sala encuentra 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 [96] :

“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… Desde la anterior perspectiva, la invalidez simplemente llega, y ese hecho impide, a quien la padece en más del 50% (proporción establecida legalmente, igual en el Acuerdo 049 de 1990, que en la Ley 100 de 1993), laborar y procurarse un modo de subsistencia, de forma que el sistema no puede dejar de prestarle la asistencia debida, teniendo en cuenta las cotizaciones antecedentes a ese estado, las cuales, sin lugar a duda, deben tener un objetivo práctico, tendiente a no dejar desamparado a quien aportó al régimen, así que posteriormente, al cumplir la edad para una eventual pensión por vejez, de esta no puede despojársele, pero mientras ello sucede, no debe quedarse sin defensa, por la ineficacia, que pretende la demandada, se le de a las citadas aportaciones, que finalmente contribuyeron a la consecución de la prestación, por vejez, por invalidez o por muerte.” En consecuencia, si la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha procedido, conforme a la tesis transcrita, al reconocimiento de la pensión de invalidez de quienes se encuentran en circunstancias similares a las expuestas en el presente caso, con mayor razón la Corte Constitucional dada la relevancia constitucional que tiene este asunto y su condición principal de juez garante de los derechos fundamentales debe proceder a la protección directa y definitiva de los derechos del actor por las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentra y la calidad de sujeto de especial protección constitucional.

Conforme a 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 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 Jairo Orlando Sánchez Castillo, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual [97] .

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 56 Penal Municipal de Bogotá, del 10 de mayo de 2006 y por el Juzgado 37 Penal del Circuito de Bogotá, de 20 de junio de 2006, que declararon la improcedencia de la acción de tutela.

SEGUNDO. TUTELAR los derechos del señor Jairo Orlando Sánchez Castillo a la vida, al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad y al principio de dignidad humana.

En consecuencia, se dispone ordenar a BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., 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 Jairo Orlando Sánchez Castillo, en un plazo que no podrá exceder de quince (15) días, la pensión de invalidez respectiva atendiendo la fecha en que solicitó el reconocimiento, la cual no podrá ser inferior al salario mínimo legal mensual [98] .

TERCERO. 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 NILSON PINILLA PINILLA Magistrado MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ Secretaria General [1] Para una mejor comprensión y claridad de la situación fáctica que nos ocupa la Sala de Revisión procederá a ordenar la secuencia de los hechos que expone el actor.

[2] “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:

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.

Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.” [3] “Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotizacion para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez…”.

[4] “REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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…”.

[5] La mayoría de la argumentación expuesta por el actor en la acción de tutela gira alrededor de esta pretensión. [6] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[7] Sentencia T-1083 de 2002, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. [8] Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [9] Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006.

[10] Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [11] 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.

[12] Artículos 2, 13, 5 de la Constitución. Véase la sentencia C-575 de 1992. [13] Artículo 366 de la Constitución. [14] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[15] Sentencias T-943 de 2005, C-375 de 2004, C-251 de 1997, T-406 de 1992, entre otras. [16] Sentencia T-207 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[17] M.P. Alejandro Martínez Caballero. [18] T-087 de 2005 y C-251 de 1997. [19] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [20] 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.

[21] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [22] 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.

[23] Sentencia C-408 de 1994. [24] Sentencia C-655 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil. [25] M.P. Jaime Araujo Rentería. Consúltese igualmente la sentencia C-516 de 2004 y T-1291 de 2005.

[26] Sentencia C-671 de 2002. [27] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [28] Sentencia C-516 de 2004. M.P. Jaime Córdoba Triviño. [29] Art. 10 de la Ley 100 de 1993. Vid. Sentencia C-086 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[30] 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.

[31] Sentencia C-623 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [32] Sentencia C-623 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [33] Sentencia C-623 de 2004. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[34] M.P. Alejandro Martínez Caballero. [35] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. [36] M.P. Eduardo Montealegre Lynett. [37] M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[38] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [39] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [40] Sentencias C-671 de 2002 y C-038 de 2004. [41] Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[42] Ver Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General No 3 de 1990, Párrafo 9. [43] 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) [44] Sentencia C-038 de 2004. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[45] Virus de Inmunodeficiencia humana. [46] Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida. [47] M.P. Jaime Araujo Rentería. [48] Cfr. Corte Constitucional.

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).

[49] Cfr . Corte Constitucional. 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.

[50] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-505 de 1992, ya citada. [51] Cfr. Corte Constitucional. Sentencia SU-256 del 30 de mayo de 1996 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

[52] Cfr. Corte Constitucional. T-1283 del 3 de diciembre de 2001 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). [53] Resumen de orientación. Edición especial.

[54] Información tomada de la página www.onusida.org.co . Programa conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA. [55] Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-227 de 2004, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza.

[56] Sentencia T-221 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil. [57] Sentencia T-292 de 1995, M.P. Fabio Morón Díaz. [58] 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.

[59] T-292 de 1995. M.P. Fabio Morón Díaz. [60] M.P. Alfredo Beltrán Sierra. [61] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [62] Sentencia C-789 de 2002, también citada en la Sentencia C-754 de 2004.

[63] Sentencia C-754 de 2004. M.P. Alvaro Tafur Galvis. [64] Sentencia C-1049 de 2004. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [65] Sentencia C-789 de 2002. M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[66] Consúltese la sentencia T-951 de 2003. M.P. Alvaro Tafur Galvis. [67] M.P. Rodrigo Escobar Gil. Confróntese con la sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[68] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. [69] Sentencia T-1291 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [70] Sentencia T-941 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

[71] M.P. Clara Inés Vargas Hernández. [72] 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.

[73] 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.

[74] M.P. Rodrigo Escobar Gil. [75] 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. [76] Cfr. Congreso de la República. Gaceta del Congreso No.

593. Bogotá, D.C., viernes 14 de noviembre de 2003. [77] “ARTÍCULO 39. 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 aportes durante por lo menos veintiséis (26) semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca el estado de invalidez.

PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo dispuesto en los parágrafos del artículo 33 de la presente ley.” [78] Lo anterior, conforme al dictamen de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que señaló como fecha de estructuración el 2 de agosto de 1997.

[79] Véase resumen de la historia clínica, de la cual puede extraerse: “Todo lo cual configura infección VIH C2, adicionalmente a la patología infecciosa, cursa con enfermedad reumatológica degenerativa, las cuales son de curso progresivo e irreversible, sin lugar a rehabilitación definitiva”.

Así mismo, del Acta 02 del 21 de febrero de 2006, emanado de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez , se señala: “En el resumen se indica que fue ingresado al programa de HIV el 29 de diciembre de 1997, con diagnóstico de

infección HIV B2, con linfadenopatía generalizada, xerodermatitis, poliartropatía, foliculitis clasificada como C2, con infecciones oportunistas por herpes zoster. El 2 de agosto de 1997 se había informado de artritis de 07 años de evolución, con síndrome anémico y candidiasis oral, se diagnosticó HIV C2. El 24 de marzo de 1988 presenta enfermedad diarreica a repetición. El 09 de septiembre de 2002 anota retinitis por citomegalovirus, herpes genital, artritis gotosa degenerativa. El 11 de agosto de 2004 diagnostican infección HIV C2 en curso progresivo, irreversible, sin lugar a rehabilitación." [80] En el recurso de reposición y en subsidio la apelación presentada por BBVA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., se solicita por dicha sociedad administradora "considerar como fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral actual desde el 20 de diciembre de 1997" .

[81] Reporte de semanas cotizadas en pensiones al Seguro Social. [82] Reporte estado de cuenta de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. [83] En el expediente de tutela también reposa emisión de bono pensional del Seguro Social.

[84] Declaración juramentada rendida por el actor el 3 de mayo de 2006 ante el juez de tutela. [85] Información tomada tanto de la acción de tutela, declaración juramentada rendida ante el juez de tutela e impugnación del fallo de tutela.

[86] Información tomada tanto de la acción de tutela, de la declaración juramentada rendida ante el juez de tutela y de la impugnación del fallo de tutela.

[87] Sentencias T-1291 de 2005 y T-221 de 2006. [88] "ARTÍCULO 151 DE LA LEY 100 DE 1993. VIGENCIA DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. El Sistema General de Pensiones previsto en la presente Ley, regirá a partir del 1o. de Abril de 1.994. No obstante, el Gobierno podrá autorizar el funcionamiento de las administradoras de los fondos de pensiones y de cesantía con sujeción a las disposiciones contempladas en la presente Ley, a partir de la vigencia de la misma." [89] Se establecerá la comparación exclusivamente sobre los literales que el actor considera en la acción de tutela.

[90] "ARTÍCULO 39. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE INVALIDEZ. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 860 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> 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." [91] "ARTÍCULO 11. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:

1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado 50 semanas en los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotizacion para con el sistema sea al menos del 25% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez." Disposición declarada inexequible por esta corporación.

[92] Arts. 38 de la Ley 100 de 1993 y 5-6 del Decreto 758 de 1990. [93] Reporte de semanas cotizadas en pensiones al Seguro Social. [94] En el expediente de tutela reposa emisión de bono pensional del Seguro Social.

[95] Reporte estado de cuenta de HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. [96] Consúltense igualmente 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).

[97] Arts. 71 de la Ley 100 de 1993 y 23 del Decreto 758 de 1990. [98] Arts. 71 de la Ley 100 de 1993 y 23 del Decreto 758 de 1990.

Fuente: Corte Constitucional, relatoría oficial. Documento original:
Copia de consulta hecha el 14 de octubre de 2026 desde el texto oficial publicado por la Corte Constitucional. Es informativa: el texto que vale es el que publica la Corte Constitucional.