

Sentencia T-176/10

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Características

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Presupuestos

En esa medida, la Sala Plena de esta Corporación, señaló los presupuestos que debe reunir esta excepción al régimen general de pensiones para ser constitucionalmente admisible: (i) la discapacidad física o mental que afecte al hijo debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, es decir que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma; (ii) la dependencia de la persona inválida con respecto a su madre o padre, debe ser de tipo económico, no siendo suficiente la sola necesidad afectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de la madre o el padre y; (iii) el beneficio económico no es susceptible de reclamación cuando el hijo dependiente padezca una discapacidad que le permita obtener los medios económicos requeridos para su subsistencia o cuando “tenga bienes o rentas propios para mantenerse”.

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Alcance del requisito de invalidez física o mental

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Alcance del requisito de dependencia

PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Finalidad/PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Rehabilitación debe continuar en el tiempo sin atender a la edad del hijo/PRINCIPIO DE IGUALDAD EN PENSION ESPECIAL DE VEJEZ DE MADRE O PADRE CON HIJO DISCAPACITADO-Inconstitucionalidad de la expresión “menor de dieciocho años” como límite para obtener el beneficio

MADRE CABEZA DE FAMILIA-Extensión de la protección al padre cabeza de familia

REGIMEN DE TRANSICION EN PENSIONES-A quienes se refirió la Ley 100 de 1993

DEBIDO PROCESO-Vulneración por no tenerse en cuenta el principio de favorabilidad

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION ESPECIAL DE VEJEZ-El Seguro Social deberá expedir la resolución

correspondiente a su reconocimiento con fundamento a su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993

Referencia: expediente T-2455828

Acción de tutela de Ligia Consuelo Montejo Fernández contra el Instituto de Seguros Sociales -Pensiones-.

Magistrado Ponente:
Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Bogotá, D.C., doce (12) de marzo de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Maria Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados en el asunto de la referencia por el Juzgado Dieciséis (16) Penal del Circuito de Bogotá el veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009), en primera instancia, y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009), en segunda instancia.

I. ANTECEDENTES

De los hechos y la demanda.

1. El doce (12) de agosto de dos mil nueve (2009) la señora Ligia Consuelo Montejo Fernández¹ interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales² -Pensiones- por considerar que la accionada vulneró sus derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital, debido proceso y petición. A continuación se sintetizan los fundamentos fácticos y jurídicos de la demanda:³

1.1. Por ser progenitora de un hijo discapacitado de veinticuatro (24) años de edad, el veintidós (22) de mayo de dos mil siete (2007) la accionante solicitó al Instituto de Seguros Sociales el reconocimiento de la pensión especial de vejez de madre trabajadora con hijo discapacitado, prevista en el parágrafo 4, inciso 2 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, conforme la modificación introducida por el artículo 9 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 797 de 2003.

¹ En adelante también la accionante, la peticionaria o la demandante.

² En adelante también el ISS, la accionada o la demandada.

³ En este aparte se sigue la exposición de la accionante. La Sala igualmente complementará la narración con los hechos relevantes que se desprenden de los documentos aportados por la peticionaria.

1.2. Mediante resolución N° 07475 del 26 de febrero de 2008, el ISS negó la pensión solicitada, argumentando para el efecto que la peticionaria no cumplía con los requisitos para acceder a dicho beneficio, pues tan solo contaba con 969 semanas cotizadas al Sistema de Pensiones, suma insuficiente toda vez que la ley 100 de 1993 exige para el año 2007 la acreditación de 1.100 semanas para obtener el beneficio pensional especial.

1.3. El quince (15) de abril de dos mil ocho (2008) la accionante interpuso los recursos de reposición y el subsidiario de apelación contra la decisión que tomara el ISS el 26 de febrero de 2008. Los motivos de inconformidad de la actora se resumen así: (i) está amparada por el régimen de transición ya que cuando entró a regir la ley 100 de 1993 tenía 36 años de edad, en consecuencia, en su caso son aplicables las disposiciones normativas del decreto 758 de 1990 aprobatorio del acuerdo 049 de 1990, el cual señala que para obtener el reconocimiento de una pensión de vejez el afiliado debe acreditar la cotización de 500 semanas en los últimos veinte años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o 1000 semanas en cualquier tiempo y; (ii) según información recibida el 9 de abril de 2008, ha cotizado al Sistema General de Pensiones 1.027 semanas, con lo que reúne los requisitos que impone el ordenamiento jurídico para el reconocimiento de la pensión especial de vejez de madre o padre de hijo discapacitado.

1.4. El Instituto de Seguros Sociales a través de resolución 020067 del 11 de mayo de 2009, confirmó la resolución impugnada. Como fundamento de su decisión expuso similares argumentos a los esbozados en su primera resolución. No obstante lo anterior, reconoció esta vez la cotización válida de 991 semanas, y concedió el recurso de apelación ante la Gerencia del ISS⁴.

1.5. Sobre sus condiciones materiales de subsistencia la accionante indicó que: (i) es madre cabeza de hogar; (ii) fue despedida de su trabajo el catorce (14) de junio de dos mil nueve (2009), razón por la que ella y su hijo se encuentran sin atención en salud; (iii) su situación económica es precaria ya que no posee los recursos necesarios para su manutención personal y la de su hijo; (iv) en el mes de abril de dos mil ocho (2008) le hicieron entrega de una vivienda de interés social, debiendo cubrir con sus modestos ingresos el monto de las cuotas mensuales de la misma y; (v) dada la invalidez de su hijo, no le es posible dejarlo sólo para ir en busca de un empleo, puesto que podría correr riesgos incalculables para su integridad.

1.6. *Concreción de los cargos formulados por la accionante. Sobre el concepto de violación a los derechos fundamentales invocados indicó: se vulneraron sus derechos fundamentales (i) al debido proceso porque pese a reunir los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez, la entidad de previsión demandada insiste en negarle el reconocimiento de su derecho pensional; (ii) a la seguridad social porque “reuniendo los requisitos para acceder a la pensión*

⁴ El veintitrés (23) de febrero de dos mil diez (2010) la demandante radicó en la Secretaría General de la Corte Constitucional una copia simple de la resolución 05606 de 30 de septiembre de 2009, mediante la cual el ISS confirmó la resolución apelada (fl. 73 Cdn. 3).

especial de vejez por hijo inválido no se le reconoce y paga ésta prestación” (fl. 2 Cdno. 1); (iii) de *petición* porque no obstante solicitar el reconocimiento del beneficio prestacional, a la fecha de formulación de la acción de tutela [agosto 12 de 2009], el ISS no había reconocido el mismo y; (iv) al *mínimo vital*, ya que por su condición de desempleada no puede sufragar los gastos propios y los que demanda la especial atención que su hijo discapacitado requiere.

1.7. Con fundamento en los hechos descritos, la accionante solicitó ante el juez de tutela, en síntesis, que se otorgue el amparo constitucional a los derechos invocados, y en consecuencia, *“se garantice la pensión [solicitada]”* (fl. 2 ib.).

Intervención de la entidad accionada.

2. El Juzgado Dieciséis (16) Penal del Circuito de Bogotá, por auto del trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009) avocó el conocimiento de la acción de tutela instaurada contra el Instituto de Seguros Sociales, y dispuso el traslado de la misma al accionado para que diera respuesta a los hechos que soportan la demanda. No obstante, la entidad demandada guardó silencio en el trámite de amparo.

Del fallo de primera instancia.

3. El Juzgado Dieciséis (16) Penal del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009), negó el amparo constitucional. Al respecto, el *a quo* consideró:

3.1. En el caso particular de la accionante *“no se puede aplicar a su favor la aplicación (sic) del régimen de transición, porque la concesión de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, solo deviene a partir del año 2003 y no se daba tal beneficio en el decreto 758 de 1990, normas que pretenden que se le apliquen”* (55 Cdno. 1).

3.2. No es posible al juez de tutela *“transgredir principios de carácter constitucional como el de la inescindibilidad de la ley, al ordenar la aplicación de los requisitos para acceder a la pensión conforme a lo establecido en el decreto 758 de 1990 y al mismo tiempo los de la ley 797 que modificó la ley 100 de 1993. Solamente se puede hacer uso de los mandatos de una, que se traducen para el presente caso en los de la ley 797 de 2003”* (Cdno. 56 ib.).

3.3. Para el reconocimiento de la pensión reclamada por la demandante, la ley 797 de 2003 exige dos condiciones: (i) la discapacidad del hijo y; (ii) haber cotizado al Sistema General Seguridad Social en Pensiones⁵ el mínimo de semanas requeridas en el régimen de prima media para obtener la pensión de vejez. En el asunto *sub examine*, la actora debía contar con 1100 semanas al momento de realizar su solicitud, no obstante, solo tiene 1030 semanas cotizadas.

⁵ En adelante también el SGSSP.

3.4. La pensión de vejez sí contempla un procedimiento para reenviar, mediante el régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, al beneficio pensional ordinario de vejez del Decreto 758 de 1990, el cual “*no se puede confundir con la creada –pensión especial de vejez por hijo discapacitado- que se concede a partir de la ley 797 de 2003*” (Cdno. 56 ib.).

Impugnación.

4. La accionante impugnó la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos esgrimidos en su primera intervención y añadiendo los que pasan a sintetizarse:

4.1. Afirmar que en su caso no se puede aplicar el régimen de transición porque el beneficio de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado solo nació a la vida jurídica en el año dos mil tres (2003), conduciría a concluir que las personas amparadas por el régimen de transición no tienen derecho a dicha pensión. Indicó, que tanto las personas con hijos discapacitados beneficiarias del régimen de transición, como aquellas a las que se les aplica la ley 100 de 1993, se encuentran en las mismas condiciones de hecho, justamente, por ser padres de hijos discapacitados. Agregó, que la interpretación del *a quo* genera una discriminación frente a quienes por efecto de la propia ley tienen unas condiciones diferentes para acceder a la pensión de vejez.

4.2. Con base en los anteriores planteamientos la actora se pregunta: *¿los trabajadores y trabajadoras amparados por el régimen de transición no tienen derecho a la pensión de madre trabajadora con hijo inválido?* A lo que responde: “*La ley no creó ninguna exclusión ni excepción frente a ésta protección especial, todo lo contrario, en materia constitucional [imperata el principio de favorabilidad], el cual en el caso concreto debe ponerse en práctica (sic)*”. (fl. 59 Cdno. 1).

Del fallo de segunda instancia.

5. El treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009), el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, confirmó la decisión de primera instancia. En su providencia, el *ad quem* recordó la jurisprudencia constitucional contenida en las sentencias C-227 de 2004 y T-889 de 2007 de la Corte Constitucional, referidas a las características y presupuestos de aplicación de la pensión especial de vejez. Posteriormente, en aplicación de la misma, sostuvo lo siguiente:

5.1. Conforme a los parámetros jurisprudenciales sobre la materia, “*uno de los requisitos legales esenciales para acceder al beneficio de adelantamiento de la pensión de vejez por tener un hijo discapacitado, es que la madre (o el padre) haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de*

vejez; requisito que fija un número de semanas sin hacer diferenciación alguna entre regímenes prestacionales diferentes”. (fl. 16 Cdno. 2)

Así, de acuerdo a la premisa formulada, el Tribunal Superior de Bogotá sostuvo que *“aunque la demandante pueda acceder a la pensión a los 55 años de edad con al menos 500 semanas cotizadas conforme al Decreto 758 de 1990, sólo podrá acceder al adelantamiento de la pensión si reúne las semanas exigidas en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 [1150 semanas para el año 2009]”*, situación que a juicio del *ad quem*, *“no constituye trato discriminatorio”* alguno. (fl. 16 ib.)

5.2. Finalmente, el juez constitucional de segundo grado, estimó que en el asunto *sub examine* el principio de favorabilidad laboral no es un criterio relevante para la decisión de fondo, pues las circunstancias que rodean el caso de la actora no generan duda sobre la aplicación de dos normas a un mismo asunto, o la concurrencia de distintas interpretaciones de una misma disposición, en donde una beneficie al trabajador y otra lo perjudique.

Pruebas practicadas por la Corte Constitucional

6. El treinta (30) de noviembre de dos mil nueve (2009), el Magistrado sustanciador decretó la práctica de pruebas por considerarlas útiles y por ende, necesarias para resolver de fondo⁶. En atención a lo anterior se ofició:

A Sandra Isabel Meza Devia, Asesora VI Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales para que (i) resumiera el trámite que dio a la solicitud de reconocimiento de la *pensión especial de vejez por hijo inválido* presentada por la accionante; (ii) indicara el estado del recurso de apelación interpuesto por la actora contra la resolución N° 07475 del 26 de febrero de 2008 y; (iii) explicara en forma detallada por qué razón al momento de desatar la solicitud pensional de la peticionaria no aplicó el régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

A la señora Ligia Consuelo Montejo Fernández, para que rindiera informe en el que (i) describiera su situación económica, relacionando los bienes muebles e inmuebles de su propiedad, sus ingresos y gastos mensuales; (ii) respondiera el siguiente cuestionario: (a) ¿la última empresa para la que laboró, “Personal Inmediato Ltda.”, tenía conocimiento de su condición de madre cabeza de familia y de la incapacidad sufrida por su hijo? En caso afirmativo, señale a partir de qué fecha; (b) ¿a su juicio, cuáles fueron las causas que originaron la finalización del vínculo laboral que mantenía con la empresa “Personal Inmediato Ltda.”? y; (c) ¿en qué condiciones vive actualmente su hijo, está afiliado a alguna EPS, qué necesidades tiene y qué ha hecho para solventar las mismas?

⁶ En este aparte sólo se hará referencia a las pruebas decretadas más relevantes.

A las empresas Personal Inmediato Ltda. y Redes Humanas Ltda., para que rindieran informe en el que señalaran distintas situaciones relativas a las causas que originaron la vinculación y desvinculación laboral de la accionante.

6.2. El catorce (14) de enero de dos mil diez (2010), la Secretaría General de la Corte Constitucional comunicó al Despacho del Magistrado sustanciador, que la accionante y las empresas requeridas, rindieron el informe solicitado, mientras que el ISS hizo caso omiso a la orden del juez constitucional.

La Corte se abstuvo de vincular al trámite a las empresas en donde laboró la accionante, así como a la EPS encargada de la prestación del servicio de salud de la actora, por cuanto, de una parte, no observó en la conducta de estas, elementos que implicaran, en principio, reproche alguno por parte del juez de tutela, y de otra, la propia peticionaria aseveró haber recuperado ya su trabajo en la sociedad Redes Humanas Ltda. y la prestación del servicio de salud por vía de Famisanar EPS.

6.3. El quince (15) de diciembre de dos mil nueve (2009), el Tribunal Constitucional, luego de advertir que en su informe la señora Montejo Fernández puso de presente a la Corporación una situación de substancial peligro para la integridad de su hijo discapacitado⁷, dispuso la práctica de pruebas adicionales a efectos de estudiar la necesidad de librar una eventual medida de protección provisional o la adopción, en la sentencia, de órdenes de protección definitiva. Así, solicitó al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá que:

6.3.1. Efectuara una visita al hogar de la señora Ligia Consuelo Montejo, y realizara una valoración de las condiciones de subsistencia del joven discapacitado. Luego de la misma, debía rendir un concepto profesional sobre (i.a) las condiciones en que vive el hijo discapacitado de la accionante; (i.b) la composición y características del núcleo familiar, la calidad de vida y estado de salud del joven, su cuidado personal, los riesgos a su integridad personal que debe afrontar en el entorno en que se desenvuelve y; (i.c) la situación socioeconómica, capacidad adquisitiva, ingresos y gastos de la familia, así como el apoyo que reciben de terceras personas.

6.3.2. Respondiera el siguiente cuestionario: (i.a) ¿es necesaria la atención personalizada del joven visitado?; (i.b) ¿cuál es el manejo que el ICBF le da a casos como el que se comenta?, indique la normatividad pertinente; (i.c) ¿qué apoyo otorga el Estado colombiano a mujeres de escasos recursos, cabeza de familia, con hijos que padecen una discapacidad severa cuando aún no han reunido los requisitos para acceder a una pensión de vejez?, indique los programas y sus prestaciones, el modo de ingresar a ellos y la normatividad pertinente.

⁷ En efecto, la peticionaria indicó: “...mi hijo en la actualidad tiene 24 años y cuando estoy trabajando permanece sólo, a veces a pesar de todas las precauciones lo encuentro arrastrándose en el suelo y con las almohadas destrozadas y en la boca, razón por la cual es un peligro dejarlo sólo” (fl. 23 Cdno. 3).

6.4. El catorce (14) de diciembre de dos mil nueve (2009), la Secretaría General de la Corte Constitucional informó que Ulfredo Escobar Barrios, Defensor de Familia del Área de Restablecimiento de Derechos del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –Centro Usme-, radicó en esta Corporación el *estudio social* que para dar cumplimiento a la solicitud de la Corte, hizo el equipo psicosocial de la Defensoría de Familia.

Analizado el informe del ICBF, la Corte verificó la difícil situación económica de la familia y los problemas que día a día tiene que sobrellevar el joven discapacitado. Sin embargo, no observó una situación de inminente peligro que justificara la adopción de medidas urgentes de protección, razón por la cual se abstuvo de librar orden alguna en ese sentido.

6.5. En el análisis del caso concreto la Sala hará referencia al contenido de los informes enviados por las distintas entidades requeridas por la Corte Constitucional.

II. FUNDAMENTOS DE LA DECISIÓN

Competencia.

Esta Corte es competente para conocer de los fallos materia de revisión, de conformidad con lo determinado en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y en los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y, en cumplimiento del auto de ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009), expedido por la Sala de Selección Número Diez (10) de esta Corporación.

a. Problema jurídico planteado.

De acuerdo con los hechos expuestos y las precisiones realizadas, corresponde a la Sala Novena de Revisión determinar⁸ (i) si la presente acción de tutela es procedente para ordenar al departamento de atención al pensionado del Instituto de Seguros Sociales que reconozca y pague a favor de la accionante la pensión especial de vejez prevista en el parágrafo 4 inciso 2 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. En este sentido, de manera específica, la Corte deberá determinar si de conformidad con los hechos expuestos, los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada. De encontrar procedente la acción, la Sala establecerá; (ii) si el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de Ligia Consuelo Montejo Fernández, al

⁸ En el presente caso la Sala limitará su análisis a la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso, haciendo uso de la facultad de *delimitación del problema jurídico en sede de revisión*. Al respecto, ha expresado esta Corporación: “Para la Corte, “[e]n efecto, si una función básica de la revisión es unificar la doctrina constitucional sobre los derechos fundamentales, y si la Corte tiene la potestad discrecional de seleccionar qué casos merecen revisión para tal efecto, entonces es claro que la Corte goza también de una razonable discrecionalidad para delimitar los temas que en el caso concreto ameritan un examen en sede de revisión. No tendría sentido que la Corte tenga una plena discrecionalidad para decidir si estudia o no un caso, pero que, por el contrario no goce de ninguna discrecionalidad para delimitar los temas jurídicos que en cada caso deben ser examinados para efectos de desarrollar su función de unificación jurisprudencial.” Auto 223 de 2006.

negar la petición de reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez de madre o padre de hijo discapacitado, que elevara con fundamento en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993.

Para dar solución al problema jurídico planteado, la Corte Constitucional se pronunciará sobre los fundamentos normativos de la pensión especial de vejez consagrada en el parágrafo 4 inciso 2 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, y reiterará la jurisprudencia constitucional en torno a la vía de hecho por desconocimiento del régimen de transición.

b. Solución del problema jurídico.

Fundamentos normativos de la pensión especial de vejez consagrada en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

1. De conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social como bien jurídico tiene una doble configuración. De una parte, es un servicio público “*de carácter obligatorio*” que se presta con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, bajo la dirección, coordinación y vigilancia del Estado⁹. De otra, es un “*derecho irrenunciable*” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional¹⁰.

Sobre su configuración como derecho constitucional, esta Corporación en sentencia T-414 de 2009, señaló que “*(...) el derecho a la seguridad es un verdadero derecho fundamental cuya efectividad y garantía se deriva de (i) su carácter irrenunciable, (ii) su reconocimiento como tal en los convenios y tratados internacionales ratificados por el Estado colombiano en la materia y (iii) de su prestación como servicio público en concordancia con el principio de universalidad.*”.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional, en armonía con lo dispuesto en los diferentes instrumentos internacionales¹¹ que en materia del derecho a la seguridad social ha suscrito el Estado colombiano¹², ha venido resaltando los elementos mínimos exigibles a los Estados cuando de la garantía del anotado derecho se trata:

⁹ En atención a la sentencia C-623 de 2004, la seguridad social “*cumple con los tres postulados básicos para categorizar a una actividad como de servicio público, ya que está encaminada a la satisfacción de necesidades de carácter general, exigiendo el acceso continuo, permanente y obligatorio de toda la colectividad a su prestación, y además, siendo necesario e indispensable para preservar la vigencia de las garantías fundamentales en el Estado Social de Derecho.*”

¹⁰ Sobre el particular, en la sentencia C-623 de 2004, la Corte estableció que la seguridad social como derecho implica, de un lado, la posibilidad de exigir al Estado “*la realización de un hecho positivo o negativo (...) consistente en dar, hacer o no hacer alguna cosa*”, y por otro, para su efectiva realización, “*la sujeción a normas presupuestales, procesales y de organización, que lo hagan viable y, además, permitan mantener el equilibrio del sistema.*”

¹¹ El artículo 93 de la Constitución Política establece que: “*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. // Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.*”

¹² Para una relación y análisis de los convenios y tratados que consagran el derecho a la seguridad social y hacen parte del bloque de constitucionalidad, ver sentencias T-414 de 2009, T-090 de 2009, T-448 de 2008 y T-468 de 2007.

“En este orden, dichos elementos comprenden: (1) la existencia de un sistema que garantice las prestaciones y servicios sociales correspondientes a la atención en salud, las consecuencias derivadas de la vejez, la incapacidad para trabajar, el desempleo, los accidentes y enfermedades profesionales, así como la atención especial y prioritaria a los niños, las mujeres en estado de embarazo, los discapacitados y los “sobrevivientes y huérfanos”; (2) la razonabilidad, proporcionalidad y suficiencia de las prestaciones en relación con las contingencias que busquen atender; (3) la accesibilidad al sistema, específicamente, la garantía de cobertura plena, la razonabilidad, proporcionalidad y transparencia de las condiciones para obtener los beneficios y prestaciones, la participación ciudadana en su administración y el reconocimiento oportuno de las prestaciones”¹³. (Subrayado añadido).

Ahora bien, en lo atinente a la estructura del derecho a la seguridad social en su faceta pensional, el Tribunal Constitucional en sentencia C-177 de 1998, identificó la existencia de un contenido constitucionalmente protegido. Indicó que dentro del derecho a la seguridad social se incorporan las prestaciones de tipo de pensional:

“Existe entonces un **contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión**, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48). (Énfasis añadido)

1.1. En línea con lo anterior, la Constitución Política, en especial en los artículos 13 y 47, confiere una especial protección a aquellas personas que como resultado de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta.

En efecto, el artículo 13 de la Carta impone al Estado la obligación de salvaguardar de manera especial el ejercicio del derecho a la igualdad de todas *“aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta”*. Así mismo, le asigna la responsabilidad de sancionar *“los abusos y maltratos que contra ellas se cometan”*. Por su parte, la *norma fundamental* en su artículo 47, señala que *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especial que requieran.”*

1.2. Con el objeto de materializar los mandatos constitucionales hasta aquí examinados, el legislador a través de la ley 100 de 1993 creó el sistema integral de seguridad social, del cual hace parte el sistema general de pensiones, cuyo objeto es *“garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de*

¹³ Corte Constitucional, sentencia T-414 de 2009.

las pensiones y prestaciones que se determinan en la presente ley, así como propender por la ampliación progresiva de cobertura a los segmentos de población no cubiertos con un sistema de pensiones” (art. 10).

1.3. Entre las pensiones creadas por el legislador, interesa resaltar la pensión de vejez contenida en el régimen de prima media con prestación definida reglada en el título II de la ley 100 de 1993. En el capítulo II de dicho título, relativo a la pensión de vejez, el legislador consagró dentro de las prestaciones para cubrir dicha contingencia, entre otras, las siguientes: (i) pensión ordinaria de vejez (art. 33.1); (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial de madre o padre de hijo discapacitado (art. 33. par. 4. inc. 2).

Las llamadas pensiones especiales, reguladas en el parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, tienen por objeto central proteger de manera prioritaria a personas disminuidas físicas y sensorialmente, grupos vulnerables de la población, exonerando al solicitante del cumplimiento del requisito de edad contemplado en el numeral 1 del artículo 33 de la ley 100 de 1993¹⁴. Es decir, permite adelantar el goce de la prestación pensional de vejez una vez se ha acreditado un determinado número de semanas de cotización, independientemente de la edad que tenga el titular del derecho.

1.4. En ese sentido, y descendiendo en el análisis, es necesario destacar las principales características de la *pensión especial de vejez por hijo discapacitado*, introducida por la ley 797 de 2003, modificatoria del artículo 33 de la ley 100 de 1993. En efecto, el artículo 33 en su parágrafo 4 inciso 2, luego de la anunciada modificación, dispone lo siguiente:

“La madre trabajadora cuyo hijo ~~menor de 18 años~~ padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”.¹⁵

¹⁴ Artículo 33. Requisitos para obtener la pensión de vejez. -Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003-. Para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: 1. Haber cumplido cincuenta y cinco (55) años de edad si es mujer o sesenta (60) años si es hombre. // A partir del 1 de enero del año 2014 la edad se incrementará a cincuenta y siete (57) años de edad para la mujer, y sesenta y dos (62) años para el hombre.

¹⁵ La Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2004, declaró (i) *condicionalmente exequible* el inciso en cita, en el entendido de que la dependencia del hijo con respecto a la madre es de carácter económico y; (ii) *inexequible* el aparte tachado. Posteriormente, en sentencia C-989 de 2006, los apartes subrayados fueron declarados *condicionalmente exequibles* por el cargo analizado, en el entendido que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependen económicamente de él.

1.4.1. En diversas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad y propósitos de la pensión especial de vejez¹⁶, resaltando los aspectos sustanciales de esa prestación económica, y precisando la interpretación que más se ajusta a la Carta. Así, en sentencia C-227 de 2004, la Corte señaló que el objetivo de la pensión especial de vejez *“es facilitarle a las madres el tiempo y el dinero necesarios para atender a aquellos hijos que están afectados por una invalidez física o mental, que no les permita valerse por sí mismos, y que dependen económicamente de ellas. Con el beneficio creado por la norma se espera que las madres puedan compensar con su cuidado personal las insuficiencias de sus hijos, para impulsarlos en su proceso de rehabilitación o para ayudarlos a sobrevivir en una forma digna”*.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional indicó que *“Este tipo especial de pensión constituye una excepción a la exigencia general de haber alcanzado una determinada edad (en este momento, 60 años los hombres y 55 las mujeres) para poder acceder a la pensión de vejez. Es decir, la norma hace posible que las madres – o los padres – de las personas que padecen una invalidez física o mental puedan acceder a la pensión sin importar su edad”*¹⁷.

1.4.2. En esa medida, la Sala Plena de esta Corporación, señaló los presupuestos que debe reunir esta excepción al régimen general de pensiones para ser constitucionalmente admisible¹⁸: (i) la discapacidad física o mental que afecte al hijo debe ser de tal entidad que le impida valerse por sí mismo, es decir que no le permita subsistir dignamente en forma autónoma; (ii) la dependencia de la persona inválida con respecto a su madre o padre, debe ser de tipo económico, no siendo suficiente la sola necesidad afectiva o psicológica de contar con la presencia, cariño y acompañamiento de la madre o el padre y; (iii) el beneficio económico no es susceptible de reclamación cuando el hijo dependiente padezca una discapacidad que le permita obtener los medios económicos requeridos para su subsistencia o cuando *“tenga bienes o rentas propios para mantenerse”*¹⁹.

Así mismo, conforme a lo dispuesto por la norma que consagra la pensión especial de vejez para la madre o el padre de un hijo discapacitado, la Corporación sostuvo que para conservar la anotada pensión, (i) el hijo afectado por la invalidez física o mental debe permanecer en esa condición y continuar dependiendo de su madre o padre y; (ii) el padre o la madre de la persona inválida, debe abstenerse de reingresar a la fuerza laboral²⁰.

¹⁶ Corte Constitucional, sentencias C-294 de 2007, C-989 de 2006, C-1024 de 2004, C-227 de 2004 y C-073 de 2004.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2004.

¹⁸ Ídem.

¹⁹ Sobre el particular, la Corte en la ya referida sentencia C-227 de 2004 anotó: *“(…) el beneficio de la pensión especial de vejez no podrá ser reclamado por las madres trabajadoras, cuando sus niños afectados por una invalidez física o mental tengan bienes o rentas propios para mantenerse. En este caso, estos niños no dependerían económicamente de la madre, requisito que debe cumplirse para poder acceder a la pensión especial de vejez. Tampoco sería aplicable la norma cuando estos niños reciban un beneficio del Sistema de Seguridad Social que los provea de los medios para subsistir.”*

²⁰ Ver artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993 -modificado por la ley 797 de 2003-, en armonía con la lectura hecha por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2004.

1.4.3. Adicionalmente, en la sentencia C-227 de 2004 ya citada, la Corte Constitucional declaró inexecutable la previsión normativa “*menor de 18 años*”, contenida en el artículo 33 párrafo 4 inciso 2 de la ley 797 de 2003, en cuanto limitaba el beneficio pensional a las madres o padres de hijos menores edad. Para la Corte, no resulta ajustado a la Carta establecer una diferenciación en torno a la edad de la persona discapacitada, pues no permite alcanzar el fin para el cual el beneficio pensional fue creado, ya que, de una parte, obliga a la interrupción de los procesos de rehabilitación de quien está discapacitado, y de otra, deja sin protección a los hijos discapacitados por el simple hecho de cumplir 18 años de edad, sin tener en cuenta que a pesar de la mayoría de edad, estos pueden continuar dependiendo económicamente de su madre o padre.

Al respecto, la Corte señaló:

“Puesto que una de las metas esenciales del beneficio es la de facilitar la rehabilitación de los niños no es razonable que este proceso de recuperación se traumatice por el simple hecho de que el hijo llegue a la mayoría de edad. Si el fin de la norma es precisamente facilitar la rehabilitación del niño discapacitado, lo propio es que ese proceso de rehabilitación pueda continuar en el tiempo, sin considerar la edad del hijo, hasta que éste pueda culminar su proceso e integrarse a la sociedad. En este punto es, entonces, claro que la diferenciación establecida en la norma alrededor de la edad no es efectivamente conducente para el alcanzar el fin buscado. Interrumpir el apoyo maternal en el proceso de rehabilitación cuando el hijo cumpla 18 años puede incluso demorar o frustrar el cabal logro del fin al cual apunta la norma parcialmente acusada.” (Subrayado añadido).

Igualmente, la Corporación determinó:

“Como se ha manifestado, la intención de la norma es facilitar que la madre trabajadora pueda dedicarse al cuidado de su hijo, cuando éste dependa económicamente de ella y sufra una invalidez que no le permita valerse por sí mismo. Desde esta perspectiva es claro que la limitación que establece la expresión “menor de 18 años” no es efectivamente conducente para obtener el fin perseguido por la disposición. La situación de los hijos inválidos que se encuentran en situaciones extremas de minusvalía no cambia necesariamente por el hecho de alcanzar una edad determinada, incluso cuando se trata de aquella que, convencional y constitucionalmente, es considerada como el comienzo de la madurez. En los casos extremos mencionados, la dependencia económica de la madre y la incapacidad para valerse por sí mismo no se modifican por el simple paso de los años.” (Subrayado añadido).

1.4.4. Posteriormente, en sentencia C-989 de 2006, esta Corte estudió la constitucionalidad de la expresión “*madre*”, consagrada en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003. En esa ocasión el Tribunal Constitucional concluyó que “*al reconocerse el beneficio pensional previsto en la disposición legal acusada exclusivamente a la madre cabeza de familia, se produce una violación del derecho a la igualdad del hijo discapacitado que depende económicamente del padre cabeza de familia, por el simple hecho de ser el hombre y no la mujer quien responde económicamente por su manutención*”. Así las cosas, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la expresión en comento, “*en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de*

familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él". (Énfasis en el original).

1.5. En conclusión, la pensión especial de vejez contemplada en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes presupuestos: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al sistema general de pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al Sistema. A su turno, para mantener este beneficio pensional: (i) el hijo del cotizante debe conservar su estado de discapacidad; (ii) la relación de dependencia económica del hijo discapacitado con la madre o padre debe persistir; y (iii) el padre pensionado ha de permanecer por fuera del mercado de trabajo.

Vía de hecho por desconocimiento del régimen de transición. Principio de favorabilidad. Reiteración de jurisprudencia.

2. De acuerdo con lo señalado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, los requisitos relativos a la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio y el monto de la pensión de las personas que para el 1 de abril de 1994 -fecha en que entró en vigencia el sistema de pensiones- tenían 35 o más años de edad en el caso de las mujeres, o 40 o más años de edad en el caso de los hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen al cual se encontraran afiliados con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993.

2.2 En arreglo con lo señalado, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que *“existe vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, cuando, en perjuicio del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en un caso de reconocimiento de pensión de jubilación se desconocen, inaplican o se aplican parcialmente las normas del régimen que ampara a un trabajador que se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que dispone el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.”*²¹ (Subrayado añadido).

2.3 En efecto, la Corte Constitucional ha entendido que el régimen de transición incorporado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 se sustenta en la necesidad de efectivizar el principio de favorabilidad en la interpretación y aplicación de la ley laboral²². Así, en sentencia T-631 de 2002 el Tribunal

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-997 de 2007.

²² En la sentencia T-251 de 2007, la Corte advirtió: *“En líneas generales, este precedente parte de considerar que la presencia en el sistema general de pensiones de un régimen de transición encuentra justificación constitucional en la necesidad de garantizar el principio de favorabilidad en materia laboral, al igual que los derechos adquiridos de los trabajadores. Desde esa perspectiva, para el caso de las personas que al momento de entrada en vigencia del sistema habían recorrido buena parte de su vida laboral, debía prodigarse un*

Constitucional indicó que *“El artículo 36 de la ley 100 de 1993 es una norma de orden público, [que] desarrolla el principio de favorabilidad reconocido en el artículo 53 de la Constitución que penetra en todo el ordenamiento laboral por ser su hilo conductor. Además, la ley 100 Art. 11, también establece el principio de favorabilidad”*.

En cuanto a la aplicación del principio de favorabilidad, esta Corporación en sentencia T-1268 de 2005 estimó que este principio resulta realizable *“no sólo cuando existe conflicto entre dos normas de distinta fuente formal, o entre dos normas de idéntica fuente, sino también cuando existe una sola norma que admite varias interpretaciones dentro de los parámetros de razonabilidad y partiendo de la jurisprudencia y doctrina pertinentes”*.

2.4. Así mismo, conforme lo ha sostenido la jurisprudencia de la Corte, los elementos del principio de favorabilidad laboral son (i) la noción de *“duda”* ante la necesidad de elegir entre dos o más interpretaciones y; (ii) la noción de *“interpretaciones concurrentes”*²³.

2.4.1. Sobre el primer elemento del principio de favorabilidad, la Corte ha sostenido que *“la “duda” debe revestir un carácter de seriedad y objetividad, pues no sería dable que ante una posición jurídicamente débil, deba ceder la más sólida bajo el argumento que la primera es la más favorable al trabajador. En ese orden, la seriedad y la objetividad de la duda dependen a su vez de la razonabilidad de las interpretaciones. En efecto, la fundamentación y solidez jurídica de las interpretaciones, es la que determina que la duda que se cierna sobre el operador jurídico, sea como tal una duda seria y objetiva.”*²⁴.

2.4.2. En cuanto a la noción de interpretaciones concurrentes, la jurisprudencia constitucional ha señalado que las opciones interpretativas que generen duda deben, además, *“ser efectivamente concurrentes al caso bajo estudio, esto es, deben ser aplicables a los supuestos de hecho de las disposiciones normativas en juego y a las situaciones fácticas completas”*²⁵.

2.5. Con base en los criterios descritos, en reiteradas oportunidades²⁶ la Corte Constitucional ha considerado procedente la acción de tutela para buscar la protección constitucional de los beneficios derivados del régimen de transición, y concedido la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso²⁷, cuando se constata que la entidad encargada del

tratamiento distinto, exceptivo en relación con el principio de universalidad, que les permitiera acceder a la prestación económica en los términos y condiciones del régimen anterior al propuesto por la Ley 100 de 1993”.

²³ Corte Constitucional, sentencia T-090 de 2009.

²⁴ Corte Constitucional, sentencia T-1268 de 2005.

²⁵ Corte Constitucional, sentencia T-248 de 2008.

²⁶ Véanse las sentencias T-099 de 2009, T-090 de 2009, T-019 de 2009, T-008 de 2009, T-702 de 2008, T-529 de 2008, T-248 de 2008, T-174 de 2008, T-052 de 2008, T-567 de 2007, T-529 de 2007, T-251 de 2007, T-621 de 2006, T-1309 de 2005, T-857 de 2004, T-651 de 2004, T-169 de 2003, T-631 de 2002 y T-571 de 2002.

²⁷ Sobre la violación del derecho fundamental al debido proceso en estos casos, en la sentencia T-008 de 2009, se señaló: *“La ocurrencia de una vía de hecho por defecto sustantivo en las decisiones administrativas que sobre reconocimiento y liquidación de pensiones expiden las administradoras de esos fondos, genera la*

reconocimiento de una pensión de vejez, ha desconocido las normas del régimen aplicable a quien satisface los supuestos de hecho previstos en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha estimado que dicho desconocimiento contradice el principio de favorabilidad²⁸, y por ese camino, constituye una vía de hecho administrativa por defecto sustantivo, pues sin un sustento objetivo y jurídico razonable, se toma una decisión que no tiene en cuenta las normas aplicables al caso²⁹.

Así, en sentencia T-571 de 2002, el Tribunal Constitucional expresó:

“[E]s posible identificar en la jurisprudencia de la Corporación dos eventos en los cuales podrían configurarse vías de hecho en el acto administrativo proferido con ocasión de la solicitud pensional:

(...)

ii. Cuando en el acto administrativo por medio del cual se define el reconocimiento de la pensión de jubilación se incurre en una omisión manifiesta al no aplicar las normas que corresponden al caso concreto o elige aplicar la norma menos favorable para el trabajador, en franca contradicción con la orden constitucional del principio de favorabilidad. Por ejemplo, cuando se desconoce la aplicación de un régimen especial o se omite aplicar el régimen de transición previsto en el sistema general de pensiones. Se configura la vía de hecho por omisión manifiesta en la aplicación de las normas porque al tratarse de derechos provenientes de la seguridad social son irrenunciables y si la persona cumple con los requisitos previstos por la ley para que le sea reconocido su derecho de pensión conforme a un régimen especial o de transición, esta es una situación jurídica concreta que no puede ser menoscabada. La posición de quien cumple con lo exigido por la ley configura un auténtico derecho subjetivo exigible y justiciable.” (Subrayado añadido).

2.6. Del mismo modo, en sentencia T-651 de 2009, la Corte analizó el caso de una madre trabajadora que había solicitado ante el Instituto de Seguro Social el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, de acuerdo con lo reglado en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993. El ISS, al resolver la petición pensional y realizar el cómputo de las semanas necesarias para obtener el derecho, no tuvo en cuenta el régimen de transición del que la accionante era beneficiaria, y por ende, negó la solicitud por cuanto sin la aplicación de ese régimen la actora no reunía las semanas

vulneración del derecho al debido proceso del trabajador, quien una vez reúne los requisitos para obtener su pensión según el régimen de transición, tiene un derecho a percibirla sin que se le sean impuestos obstáculos y con la inclusión de la totalidad de condiciones y beneficios contemplados en el régimen pensional al que pertenece.”

²⁸ Con relación al desconocimiento del principio de favorabilidad como consecuencia del desconocimiento de los derechos que se derivan del régimen de transición pensional de la ley 100 de 1993, en la sentencia T-090 de 2009 se dijo: “La jurisprudencia constitucional ha reiterado, en numerosas ocasiones (Sentencias T-158 de 2006, T-871 de 2005 y T-545 de 2004), que la aplicación del principio constitucional de favorabilidad en la interpretación de las normas relativas a los requisitos para adquirir la pensión es obligatoria para las entidades del sistema de seguridad social, sean públicas o privadas, y para las autoridades judiciales, de forma tal que su omisión configura una vía de hecho que viola los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.”

²⁹ Véanse, por ejemplo, las sentencias T-524 de 2008 y T-806 de 2004.

suficientes para hacerse acreedora de la pensión anticipada por hijo discapacitado.

Al advertir que en los actos administrativos mediante los cuales se negó dicho reconocimiento no se aplicó el régimen de transición, la Corte Constitucional concedió el amparo impetrado, luego de hacer las siguientes consideraciones:

“De ahí que, en sentir de la Sala, a diferencia de lo sostenido por el Instituto de Seguro Social en las resoluciones 014322 del 19 de abril de 2006, 37962 del 22 de septiembre de 2006 y 12919 del 26 de marzo de 2008, en virtud de la prevalencia de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso y en consideración del principio de favorabilidad en la aplicación e interpretación de la ley laboral³⁰, resulta contrario a derecho exigirle a la accionante el cumplimiento del requisito sobre el número de semanas previsto en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 -modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003- esto es, 1.075 semanas, y no el número de semanas exigido en el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliada, toda vez que, como se indicó, tiene derecho a la aplicación del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, con relación a los requisitos de edad y tiempo de servicios o semanas de cotización al Sistema, el parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 establece que quien reúna los fundamentos fácticos allí señalados tiene derecho a recibir una pensión especial de vejez *“a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez.”* En este sentido, dada la previsión relativa a la edad, en criterio de la Corte sólo queda definir si en atención a su derecho a la aplicación del régimen de transición y, en consecuencia, al Decreto 758 de 1990, la accionante ha cotizado al Sistema el número de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”. (Subrayado añadido).

2.7. En suma, en los eventos de indebida aplicación de las normas consagradas en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, la prosperidad de la acción de tutela se justifica en la necesidad de no hacer ilusorios los beneficios que se derivan del régimen de transición. De ahí que, en principio, se entienda que el amparo constitucional orientado a obtener el reconocimiento de una pensión de vejez en concordancia con los beneficios del régimen de transición, sea procedente y, de comprobarse la configuración de una vía de hecho administrativa y la afectación del principio de favorabilidad, deba prosperar.

³⁰ Al respecto, en la sentencia T-997 de 2007, la Corte Constitucional concluyó: *“(…) existe vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y seguridad social, cuando, en perjuicio del principio de favorabilidad previsto en el artículo 53 de la Constitución y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, en un caso de reconocimiento de pensión de jubilación se desconocen, inaplican o se aplican parcialmente las normas del régimen que ampara a un trabajador que se encuentra cobijado por los supuestos de hecho que dispone el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.”* (Subraya fuera del texto original). Igualmente, en la sentencia T-414 de 2009, esta Corporación anotó: *“Ahora bien, con base en lo anterior, en reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha concedido la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso (sentencia T-008 de 2009), cuando constata que la entidad encargada del reconocimiento de la pensión de vejez ha desconocido las normas del régimen aplicable a quien satisface los supuestos de hecho previstos en el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. || En este sentido, la jurisprudencia ha considerado que dicho desconocimiento no sólo resulta contrario al principio de favorabilidad (sentencia T-090 de 2009), sino también constituye una vía de hecho administrativa por defecto sustantivo (sentencias T-524 de 2008 y T-806 de 2004). En estos eventos, ha dicho la Corte, se entiende que se configura una vía de hecho, pues sin un sustento objetivo y jurídico razonable, se adopta una decisión que no tiene en cuenta las normas aplicables al caso.”* (Subraya fuera del texto original).

c. Del caso concreto

Cuestión preliminar.

1. Previo a realizar un estudio de los requisitos formales de procedibilidad y materiales de procedencia de la acción de tutela, la Sala considera pertinente efectuar una exposición de las conclusiones más importantes del concepto técnico que rindiera a esta Corporación el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y de los documentos relevantes que indican las condiciones de subsistencia de la accionante y su hijo. Estos elementos resultan valiosos al momento de enjuiciar la eventual procedibilidad y procedencia de la acción de tutela en el asunto *sub exámine*.

1.1. El Defensor de Familia del ICBF -Área de restablecimiento de derechos centro zonal Usme- dio respuesta al requerimiento de esta Corporación mediante escrito recibido el día catorce (14) de enero del año dos mil diez (2010). En él, anexa el *estudio social* que se hizo por parte del equipo psicosocial de la Defensoría de Familia, compuesto por el señor Defensor y las profesionales Ginna Astrid Canaria González, Olga Isabel Melo Rojas y Lauren Melisa Barrios Meriño. Se señalan a continuación las conclusiones extraíbles de dicho documento:

Los distintos profesionales que conformaron el equipo psicosocial dispuesto por la Defensoría de Pueblo, señalan que (i) la peticionaria es madre cabeza de familia de un joven a quien le diagnosticaron parálisis cerebral y retardo psicomotor severo; (ii) las condiciones labores de la actora le impiden acompañar y cuidar a su hijo durante considerables lapsos de tiempo; (iii) el joven necesita cuidado continuo ya que, por una parte, está expuesto a peligros que pueden atentar contra su integridad personal, y de otra, no puede valerse por sí mismo; (iv) se observa un vínculo estrecho entre madre e hijo, la cual le brinda cuidado y protección. Esta circunstancia ha propiciado que los niveles de ansiedad y agresividad en el joven sean bajos, no obstante los mismos pueden incrementarse si el vínculo afectivo entre madre e hijo sufre una ruptura; (v) es primordial que el joven sea vinculado a un centro especializado con el fin de ampliar su red social y buscar su rehabilitación; (vi) los ingresos de la peticionaria sobrepasan la totalidad de sus gastos, en especial por la carga que representa el cubrimiento propio de las necesidades de una persona discapacitada; (vii) debido al vínculo afectivo que se ha generado entre madre e hijo es recomendable que la progenitora brinde atención personalizada al joven, ya que esto contribuiría a que su estado físico y emocional permanezca estable, por el contrario, un distanciamiento entre ellos, generaría un deterioro en su condición física y psicoafectiva (fls. 39 a 67 Cdno. 3).

1.2. Igualmente, de acuerdo con los documentos obrantes en el expediente, se advierte que (i) la accionante devenga en promedio un salario mínimo mensual, tiene gastos por aproximadamente 521.000 pesos, entre los cuales se cuenta la suma de 141.000 pesos que paga por concepto de la cuota de su vivienda de

interés social; (ii) ubica su residencia en una zona residencial estratificada en el nivel 2 y; (iii) el joven Edwin Anderson Ávila Montejo, hijo de la peticionaria, fue calificado con una pérdida de la capacidad laboral del 75% con fecha de estructuración el 01 de junio de 1986 (fl. 22 ib.).

De la procedibilidad formal de la acción de tutela en el caso concreto.

2. La Sala de Revisión determinará si la presente acción de tutela es procedente para enjuiciar por vía constitucional las resoluciones del Instituto de Seguros Sociales que negaron el reconocimiento del derecho a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado a que alega tener derecho la demandante. En este sentido, la Corte establecerá, de conformidad con los hechos expuestos en los antecedentes y las pruebas practicadas en el trámite, si los medios ordinarios de defensa judicial son idóneos y eficaces para obtener la garantía *iusfundamental* reclamada.

Aunque en principio la accionante cuenta con las acciones judiciales ordinarias para solicitar el reconocimiento de la pensión especial de vejez, en criterio de la Sala, a la luz de los hechos que fundamentan la presente acción de tutela, dichos medios no son idóneos y eficaces para garantizar la protección constitucional invocada. Esto por cuanto: (i) la condición de mujer cabeza de familia de la actora y la grave discapacidad que padece su hijo, permiten concluir que requiere un tratamiento acorde con su situación de vulnerabilidad, comoquiera que por expreso mandato de la Constitución Política son sujetos de especial protección constitucional (art. 13, 43 y 47 de la C.P.); (ii) si bien la accionante cuenta con un trabajo del cual deriva un salario fijo, la finalidad principal de la acción de tutela impetrada no es salvaguardar el mínimo vital de la actora y su núcleo familiar, sino acceder a la pensión especial de vejez para disponer del tiempo necesario para cuidar y contribuir en la rehabilitación de su hijo discapacitado. En esa medida, como el medio escogido por el legislador para acceder a esa garantía pensional consiste en adelantar la pensión de vejez una vez se obtiene un determinado número de semanas sin importar la edad del peticionario, la Sala considera que enviar a la demandante al trámite ordinario implicaría el desconocimiento de la posibilidad de acceder a la pensión especial de vejez, pues muy seguramente cuando el asunto se resuelva en forma definitiva la peticionaria ya tendrá, en todo caso, derecho a la pensión ordinaria de vejez³¹ y; (iii) la Corte Constitucional ha fijado una regla según la cual la acción de tutela orientada a obtener el reconocimiento de una pensión de vejez en virtud de los beneficios del régimen de transición, es procedente para enjuiciar la posibilidad de la ocurrencia de una vía de hecho, y por ese camino, de la eventual vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social.

³¹ Observa la sala que la accionante tiene actualmente 52 años de edad (nació el 29 de abril de 1957), así, en tan solo tres años adquirirá el derecho a la erogación de su prestación pensional ordinaria de vejez por cuanto ya tiene más de 1000 semanas cotizadas al sistema, con lo que cumple el requisito de cotización que exige el Decreto 758 de 1990 que la cobija, estando pendiente únicamente la acreditación de los 55 años de edad que la misma norma le impone.

Conclusión: aunque en el ordenamiento jurídico existe una acción ordinaria en la especialidad laboral que permite discutir la viabilidad del reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, la Sala considera que atendiendo a la situación fáctica del presente caso, la misma no es idónea y eficaz para otorgar la protección constitucional invocada, por lo que la acción de tutela procede como mecanismo principal en el *sub lite*.

De la procedencia material de la acción de tutela en el asunto sub examine.

3. En el presente asunto la accionante considera vulnerados sus derechos constitucionales a la seguridad social y al debido proceso por parte del ISS, entidad que se negó a reconocerle la pensión especial de vejez por hijo discapacitado contemplada en el inciso 2 parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993.

Según se expuso al revisar los presupuestos normativos de la *pensión especial de vejez*, esta prestación debe ser otorgada a la madre o padre de familia que, entre otros requisitos, haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la *pensión ordinaria de vejez*.

La accionante considera que en atención al régimen de transición, cumple el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión especial de vejez, pues cuenta con más de las 1000 semanas que exige el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 para tener derecho a la pensión ordinaria de vejez, norma que gobernaba su situación pensional antes de la vigencia de la ley 100 de 1993³².

Por su parte el ISS, si bien acepta que la accionante es beneficiaria del régimen de transición, al resolver sobre la pensión especial no le da aplicación al mismo, limitándose a señalar que la actora no reúne el número de semanas que, a su juicio, le exige el régimen de prima media para tener derecho a una pensión ordinaria de vejez, las cuales para el 30 de septiembre del año 2009, fecha de la última resolución expedida por el ISS, eran 1150, contando la actora con tan solo 1029, razón por la cual deniega la prestación especial de vejez³³.

³² La actora sostiene que las normas del régimen de transición deben ser observadas al resolver su caso, pues de no hacerlo se vulnerarían los principios de favorabilidad e igualdad, ya que (i) se escogería la interpretación menos favorable para la solución de la petición pensional y; (ii) se consagraría una discriminación entre quienes por efecto de la propia ley tienen unas condiciones diferentes para acceder a la pensión ordinaria de vejez.

³³ Al absolver la solicitud de la accionante, el ISS tuvo en cuenta el régimen de transición a efectos de estudiar el reconocimiento de la *pensión ordinaria de vejez*, considerando en su decisión que la actora no tenía la edad necesaria para acceder a la misma. Ahora bien, al momento de resolver sobre la petición de *pensión especial de vejez* por hijo en condiciones de discapacidad, la entidad demandada (i) no empleó el régimen de transición. En este caso no expuso los motivos que la llevaron a abstenerse de dar aplicación al referido régimen y; (ii) sí tuvo en cuenta las semanas cotizadas por la accionante con anterioridad a la vigencia de la ley 100 de 1993, pero le exigió cumplir con el requerimiento de cotización de la pensión ordinaria de vejez contemplado en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, semanas cotizadas que en todo caso consideró insuficientes. En las resoluciones adoptadas por la entidad al negar la prestación especial de vejez en comento, subyacen las mismas razones que expresaron los jueces de instancia para negar el amparo. Así, según esta interpretación, la actora no tiene derecho a la pensión especial de vejez por hijo en condiciones de discapacidad porque (i) no puede acogerse, al mismo tiempo, a las normas previstas en la ley 100 de 1993 y a las disposiciones contenidas en el Decreto 758 de 1990 y; (ii) la pensión especial de vejez no tiene un procedimiento para reenviar, mediante el régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley de 1993, a las normas pertinentes del Decreto 758 de 1990.

3.1. Bajo esta perspectiva, la Sala estima que la presunta vulneración de los derechos fundamentales invocados surge de la posibilidad que tiene el ISS, al resolver la petición de pensión especial de vejez elevada por la actora, de emplear dos interpretaciones sobre la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

3.2. Así, toda vez que la divergencia hermenéutica sobre la situación pensional de la accionante incide directamente en la efectividad de bienes constitucionales como el debido proceso, la seguridad social y los derechos de la población discapacitada, la Sala, siguiendo los parámetros que se señalaron en los fundamentos normativos sobre el principio de favorabilidad, establecerá si, en atención a las posiciones interpretativas en disputa, es viable dar aplicación al régimen de transición reclamado por la accionante a efectos de acceder a la *pensión especial de vejez*, o si como lo sostiene el ISS, ello no es posible.

De hallar dos o más interpretaciones que ofrezcan una duda seria y objetiva sobre su aplicación, y que sean, además, efectivamente concurrentes para resolver el caso bajo estudio, la Sala procederá a establecer cuál de ellas resulta más favorable a la accionante, y bajo esa óptica, a aplicar la misma al caso *sub judice* con el objeto de determinar si la actora se hace acreedora de la pensión reclamada, y si, en consecuencia, el ISS vulneró sus derechos fundamentales al negar la prestación pensional.

4. Según se desprende de las resoluciones expedidas por el ISS, para la entidad accionada la demandante no tendría derecho a la pensión especial de vejez por hijo discapacitado en la medida que (i) no es posible acogerse, al mismo tiempo, a las normas previstas en la ley 100 de 1993 y a los requisitos que para acceder a la pensión ordinaria de vejez impone el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y; (ii) la pensión especial de vejez por hijo discapacitado no tiene un procedimiento para aplicar, a través del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley de 1993, las normas de que trata el Decreto 758 de 1990.

Esta interpretación se aprecia, *en principio*, objetiva y razonable por cuanto, de una parte, tiene la pretensión de salvaguardar el principio de especialidad del Sistema General de Seguridad Social³⁴ y, de otra, según una interpretación

³⁴ Según este criterio, dada la especialidad y complejidad que cada sistema de seguridad social reviste, las prestaciones reconocidas en cada uno de ellos deben interpretarse atendiendo a la lógica de ese sistema, por cuanto una situación aparentemente desventajosa frente al otro régimen, puede ser compensada con mayores beneficios en otras prestaciones no contempladas en el sistema con el cual se hace el juicio relacional. Al respecto, en sentencia C-080 de 1999 se señaló: “De otro lado, esta Corporación ha precisado que, teniendo en cuenta que los regímenes de seguridad social son complejos e incluyen diversos tipos de prestaciones, en determinados aspectos uno de los regímenes puede ser más beneficioso que el otro y en otros puntos puede suceder todo lo contrario, por lo cual, en principio no es procedente un examen de aspectos aislados de una prestación entre dos regímenes prestacionales diferentes, ya que la desventaja que se pueda constatar en un tema, puede aparecer compensada por una prerrogativa en otras materias del mismo régimen.”³⁴ Por ello, las personas “vinculadas a los regímenes excepcionales deben someterse integralmente a éstos sin que pueda apelarse a los derechos consagrados en el régimen general”. No obstante, la propia sentencia más adelante realiza la siguiente precisión: “Conforme a lo anterior, en virtud de la especialidad de estos regímenes, en principio parece válido que la ley consagre una regulación distinta a la general en materia de pensión de sobrevivientes, incluso si ésta aparentemente es menos beneficiosa, para los hijos de los integrantes de la

literal del artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993, el cumplimiento del requisito de semanas de cotización debe apreciarse atendiendo únicamente al artículo 33 en su numeral 2, el cual exige para el año 2009 la cotización válida de 1150 semanas.

5. La Sala igualmente aprecia otra interpretación posible, que también resulta objetiva y razonable al momento de resolver el problema jurídico sobre la aplicación o no del régimen de transición al caso de la accionante. Pasa la Sala a exponer esta hipótesis interpretativa y a verificar su razonabilidad y objetividad.

5.1. El título II de la ley 100 de 1993 regula lo concerniente al régimen de prima media con prestación definida. En el capítulo II de ese título, relativo a la pensión de vejez, se consagra dentro de las prestaciones para cubrir dicha contingencia, entre otras, las siguientes: (i) pensión ordinaria de vejez (art. 33.1 y 2.); (ii) pensión especial anticipada de vejez de persona inválida (art. 33. par. 4. inc. 1) y; (iii) pensión especial anticipada de madre o padre de hijo discapacitado (art. 33. par. 4. inc. 2). Adicionalmente, el capítulo II en comento, regula lo concerniente al régimen de transición en pensiones en el sistema de prima media de la ley 100 de 1993, en su relación con los sistemas pensionales anteriores a la vigencia de la anotada ley 100.

Ahora bien, conforme se expuso, para obtener la pensión especial de vejez por hijo discapacitado el solicitante debe tener cotizadas el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión ordinaria de vejez (entre otros requisitos). Esto es, dentro del contenido normativo de la *pensión especial por hijo discapacitado* se establece una remisión³⁵ a la normatividad que regula el presupuesto de semanas de cotización en la *pensión ordinaria de vejez* del régimen de prima media (art. 33. num. 2.)³⁶.

Así, el artículo 33 numeral 2 de la ley 100 de 1993 indica que “*para tener el derecho a la pensión de vejez, el afiliado deberá reunir las siguientes condiciones: (...) 2. Haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015*”. No obstante, el régimen de

Policía Nacional, por cuanto es posible que en otros aspectos estas personas tengan prerrogativas superiores a las previstas por el sistema general de seguridad social. Sin embargo, esa conclusión debe ser matizada, ya que si bien la jurisprudencia de la Corte ha precisado que en general no procede el examen de prestaciones aisladas cuando se comparan dos regímenes de seguridad social, lo cierto es que en determinadas ocasiones ese análisis es procedente, si es claro que la diferenciación establecida por la ley es arbitraria y desmejora, de manera evidente y sin razón aparente, a los beneficiarios del régimen especial frente al régimen general”. (Subrayado añadido). En el mismo sentido se pueden consultar las sentencias C-461 de 1995, C-890 de 1999, C-956 de 2001, C-941 de 2003, C-928 de 2006, T-889 de 2007 y T-730 de 2008, entre otras.

³⁵ La técnica legislativa de remisión, reenvío o envío, ha sido definida por esta Corporación como un mecanismo o medio por el cual el legislador incorpora a una la ley un texto diferente al ya consagrado, previsto en otro segmento normativo. Así, en sentencia C-710 de 2001 la Corte señaló: “[E]l acto de remitir (...) consiste en indicar en el texto de la ley proferida, otro lugar distinto, que puede ser dentro de la misma norma u otro texto cualquiera, donde consta lo que atañe al punto tratado...”.

³⁶ Así, el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 señala: “*La madre [o padre] trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en ese estado y continúe como dependiente de la madre [o padre] tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez*”.

prima media prevé una excepción a la aplicación de la norma anterior. En esa dirección, en el artículo 36 inciso 2 el legislador al establecer el régimen de transición dispuso otra cláusula de reenvío del siguiente tenor: *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres (...), será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados (...)”*. (Subrayado añadido).

5.2. Vistas así las cosas, resulta razonable sostener que con esta interpretación no se afecta el principio de especialidad del Sistema de Seguridad Social, pues en realidad se está aplicando en su integridad la ley 100 de 1993. En efecto, es el propio legislador el que autoriza, mediante sucesivas remisiones, la observancia de parámetros normativos que consagran los requisitos para acceder a una pensión ordinaria de vejez en regímenes anteriores a la ley 100 de 1993; pero lo hace con la finalidad de determinar si la persona que solicita la pensión especial de vejez por hijo discapacitado cumple con el número de semanas necesarias que exige la anotada ley en su artículo 33 parágrafo 4 inciso 2, esto es, si el afiliado ya reunió el número de semanas suficientes para acceder a una pensión de vejez.

Y es que si el objetivo de la pensión especial de vejez es anticipar el momento en que una persona sale del mercado laboral para que pase a brindar los especiales cuidados que requiere su hijo discapacitado y apoye su proceso de rehabilitación cuando ya ha reunido el número de semanas necesarias para acceder a una pensión ordinaria de vejez, es sensato mantener el mismo criterio en el caso de quien igualmente, por virtud del régimen de transición, ya ha alcanzado el requisito de semanas de cotización para tener derecho a su pensión de vejez.

5.2.1. La jurisprudencia de esta Corporación ha reconocido que con anterioridad a la ley 100 de 1993 ya se consagraba un régimen pensional asimilable al régimen de prima media. Al respecto, en sentencia C-789 de 2002 el Pleno de esta Corte señaló: *“Lo anterior significa que el **régimen de transición** se reconoce a una categoría determinable de trabajadores vinculados al **régimen de prima media con prestación definida antes de la Ley 100 de 1993**, siendo necesario para hacer parte de dicha categoría, conforme lo establece la ley, cumplir con los requisitos mencionados”*. Consideración que se ajusta a la disposición normativa consagrada en el artículo 31 de la ley 100 de 1993, que al referirse a las prestaciones que estaban a cargo del Instituto de Seguros Sociales con anterioridad a la vigencia del Sistema General de Seguridad Social, y definir el concepto de *“régimen de prima media con prestación definida”*, señaló que *“serán aplicables a este régimen las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley”* (énfasis y subrayado añadido).

Lo anterior permite advertir, así mismo, que el régimen de prima media fijado en el título II de la ley 100 de 1993 y los regímenes anteriores a él, se encuentran íntimamente ligados en razón de su compatibilidad y de la propia decisión del legislador, el cual dispuso que el régimen de transición no sería aplicable a quienes (i) cumpliendo el requisito de edad se hayan acogido voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad o; (ii) habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad, decidan volver al de prima media con prestación definida³⁷. De lo anotado se observa entonces, que los beneficios del régimen de transición sólo son aplicables en su relación con el sistema pensional de prima media³⁸.

5.2.2. De otra parte, también por voluntad legislativa, se decidió ligar la acreditación de los requisitos para obtener el reconocimiento de la pensión especial de vejez de madre de hijo discapacitado, a los presupuestos que condicionan el acceso a la pensión ordinaria de vejez, al señalar en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993, que *“La madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, (...) tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez”*. (Subrayado añadido)

5.3. Así, se tiene que tanto (i) el régimen de prima media previsto en la ley 100 de 1993 como los sistemas anteriores a él y; (ii) la pensión especial de vejez y la ordinaria de vejez, se encuentran estrechamente relacionadas entre sí. Precisamente por ello, es razonable armonizar la forma en que los referidos mandatos, en virtud del principio hermenéutico de *efecto útil*³⁹ de las normas, producen consecuencias jurídicas en su aplicación al caso concreto, máxime cuando no existe norma expresa que excluya a la población beneficiaria del régimen de transición, de la prestación especial por hijo discapacitado.

En efecto, es obligación del intérprete descifrar el sentido que mejor se acomoda a la finalidad dispuesta por la Constitución y la ley en orden a garantizar la efectividad de los derechos, la cual en este caso no es otra que *“hacer posible que las personas menores de edad, afectadas por una invalidez física o mental, sean cuidadas por su madre o, en el caso de que ella hubiera*

³⁷ En efecto, los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 señalan lo siguiente: *“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen. // Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”*. Igualmente, ver los condicionamientos incorporados por la Corte Constitucional a los incisos 4 y 5 en la sentencia C-789 de 2002.

³⁸ En el mismo sentido, en sentencia C-789 de 2002 se indicó: *“Como se puede observar, en la actualidad coexisten dos regímenes diferentes, cada uno sujeto a diferentes reglas, siendo el régimen de transición reconocido únicamente para los trabajadores que estaban afiliados al régimen de prima media con prestación definida y que al entrar en vigencia el sistema de pensiones tenían 35 o más años, si eran mujeres, o 40 años o más, si se trataba de hombres, o llevaban 15 o más años de servicios cotizados, siempre y cuando en ambos supuestos, en ese momento tuvieran vigente el vínculo laboral”*. (Subrayado y énfasis añadido).

³⁹ Sobre la caracterización de este principio interpretativo se pueden consultar las sentencias T-667 de 2006, C-569 de 2004, C-692 de 2003, T-540 de 200 y T-001 de 1992, entre otras.

fallecido y el padre tuviere la patria potestad, por su padre, acudientes que en este caso tienen derecho a la pensión especial de vejez. Este tipo especial de pensión constituye una excepción a la exigencia general de haber alcanzado una determinada edad (en este momento, 60 años los hombres y 55 las mujeres) para poder acceder a la pensión de vejez. Es decir, la norma hace posible que las madres – o los padres – de las personas que padecen una invalidez física o mental puedan acceder a la pensión sin importar su edad.”⁴⁰

6. De lo anterior se concluye entonces, que las normas sobre requisitos pensionales que siguen produciendo efectos jurídicos en virtud del régimen de transición, son plenamente aplicables al momento de establecer si el afiliado ya alcanzó el número de semanas necesarias para acceder a una *pensión ordinaria de vejez*, en orden a determinar si cumple con el requisito de cotización para hacerse acreedor de la *pensión especial de vejez* por hijo discapacitado prevista en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993⁴¹.

7. Planteadas las hipótesis interpretativas, para la Corte es claro que en el presente caso existe una duda seria y objetiva sobre cuál de las dos interpretaciones anotadas debió ser empleada por el ISS al momento de absolver la petición pensional impetrada por la señora Ligia Consuelo Montejo, en cuanto que ambas, en principio, son válidas para resolver la petición de pensión especial de vejez solicitada.

Sin embargo, la razonabilidad de la posición sustentada por el ISS se desvirtúa en el escenario constitucional, ya que resulta problemática por varias razones (i) excluye, sin razón suficiente, la protección que otorga el ordenamiento jurídico a un segmento históricamente discriminado como lo ha sido la población discapacitada⁴², a la cual, por el contrario, el ordenamiento constitucional le brinda una especial protección; (ii) obliga a la accionante a renunciar a su derecho a la aplicación del régimen de transición por cuanto impide tomar en cuenta el requisito por ella ya cumplido de semanas cotizadas necesarias para acceder a una pensión ordinaria de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, situación que se advierte desproporcionada en la medida que esta ya ha cumplido con su carga de solidaridad para con el Sistema en lo que al requisito de cotización se refiere⁴³; (iii) genera una situación discriminatoria

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia C-227 de 2004.

⁴¹ A similar conclusión se arribó en la sentencia T-651 de 2009.

⁴² En sentencia T-397 de 2004 la Corte señaló: “En efecto, la sociedad ha impuesto históricamente barreras de distinta índole a las personas con discapacidad, mediante (a) la estructuración cultural de ciertas actitudes hacia la discapacidad, tales como el miedo, la ignorancia, el prejuicio o la creación de estereotipos, que condicionan desfavorablemente las reacciones humanas que deben afrontar las personas que viven con una discapacidad; (b) la imposición de barreras físicas –entre otras en la arquitectura, las comunicaciones, la infraestructura pública y el transporte- que limitan la movilidad y la interacción social de las personas con discapacidad; y (c) el desarrollo de obstáculos institucionales –en la legislación, las políticas públicas, las prácticas y los procedimientos seguidos por las autoridades, los empleadores privados y las empresas- para el desenvolvimiento normal y digno de esta categoría de personas”.

⁴³ En sentencia C-754 de 2004, esta Corporación indicó: “La Corte advierte en este sentido que al entrar en vigencia el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, las personas que a primero de abril de 1994 cumplían con los requisitos señalados en la norma adquirieron el derecho a pensionarse según el régimen de transición, -que por lo demás los indujo a permanecer en el Instituto de los Seguros Sociales en lugar de trasladarse a los Fondos creados por la Ley 100, así estos ofrecieran flexibilidad para graduar la pensión-. (...)De todo lo anterior se desprende que el Legislador al expedir la norma acusada no tuvo en cuenta que, como se explicó en la Sentencia C-789 de 2002, si bien frente a un tránsito legislativo y al régimen de transición respectivo el

que desconoce el principio de igualdad de trato y protección entre personas sujetas a una misma situación fáctica⁴⁴; (iv) asume una interpretación literal de la norma, que desconoce la finalidad buscada por el legislador⁴⁵ y la especial protección constitucional de que gozan las personas discapacitadas; (v) entiende como un axioma absoluto el principio de especialidad del Sistema de Seguridad Social⁴⁶ y; (vi) implica el desconocimiento del precedente fijado sobre la materia en la sentencia T-651 de 2009, en la que ya esta Corporación advirtió la aplicabilidad que tiene el régimen de transición al momento de establecer el cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez de madre de hijo discapacitado, conforme al artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993, el artículo 36 de la misma ley, y el Decreto 758 de 1990.

Por el contrario, la segunda hipótesis interpretativa armoniza, por una parte, los mandatos constitucionales de especial protección de la población discapacitada, y la finalidad dada por el legislador a la pensión especial de vejez, con, de otra,

*derecho a la pensión no es un derecho constitucional adquirido, sino una expectativa legítima, sí existe un derecho al régimen de transición de las personas cobijadas por el mismo*⁴³. Tampoco tuvo en cuenta que una vez entrada en vigencia la disposición que consagra el régimen de transición, los trabajadores que cumplan con los requisitos exigidos para el mismo consolidan una situación concreta que no se les puede menoscabar” (Subrayado y énfasis añadido).

⁴⁴ En sentencia T-889 de 2007, la Corte examinó la situación de una mujer trabajadora, madre de un joven discapacitado mayor de edad, a quien el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le negó el reconocimiento de la pensión especial de vejez por considerar que el régimen aplicable a la peticionaria, ley 6 de 1945, no contemplaba esa prestación. Al revisar los fundamentos normativos de esta pensión y su relación con el principio de igualdad, la Corte expresó: “*Contrario sensu, resulta lógico sostener que todo trato discriminado entre grupo de personas que se encuentran en iguales condiciones, que no tenga una justificación razonable y objetiva constituye una violación al derecho a la igualdad. Así pues, acorde con esta línea argumentativa, si se tiene en cuenta que el objeto del inciso 2° del parágrafo 4° del artículo 9° de la ley 797 de 2003 es proteger a las personas discapacitadas, no resulta válido el trato diferente que se le otorga a las personas en condiciones de discapacidad cuyos padres hace[n] parte de un régimen de excepción. // En otras palabras, resulta cuestionable que se niegue el reconocimiento de la pensión especial de invalidez a madres o padres de personas discapacitadas que cumplan con los requisitos establecidos en la ley 797 de 2003 bajo el argumento que se encuentran vinculado al régimen especial de prestaciones sociales del magisterio. Tal situación conduce a otorgar un trato distinto sin justificación a dos sujetos que se encuentra en igualdad de condiciones*”. Observa la Sala que tanto las personas que reunieron el requisito de semanas de cotización para acceder a una pensión de vejez en virtud del Decreto 758 de 1990 como aquellas que lo alcanzaron conforme al artículo 33 numeral 2 de la ley 100 de 1993, están situadas en una posición fáctica similar. En efecto, se trata de personas que (i) tienen hijos discapacitados que dependen económicamente de ellos y; (ii) reunieron el número de semanas suficientes para acceder a una pensión de vejez.

⁴⁵ En la sentencia C-227 de 2004 ya citada en los fundamentos normativos de este fallo, la Corte advirtió: “*Al respecto es claro que el fin perseguido por la norma es legítimo, puesto que persigue proteger de manera especial, de conformidad con lo dispuesto en la Constitución, a las personas que sufren una invalidez. Además, sin duda alguna, la norma persigue un fin importante para el ordenamiento jurídico, cual es el de garantizarle a los hijos discapacitados la atención que requieren tanto para poder llevar una vida digna como para su rehabilitación. De igual manera, el medio escogido es adecuado, puesto que a través de la pensión especial de vejez las madres podrán dispensar a sus hijos afectados por una invalidez los cuidados que requieren, lo cual seguramente redundará en su bienestar y desarrollo*”.

⁴⁶ En criterio de la Sala el principio de especialidad del Sistema de Seguridad Social no es absoluto, así por ejemplo esta Corporación ha empleado el mecanismo de la actualización de la primera mesada pensional previsto en el artículo 133 de la ley 100 de 1993 para la llamada pensión sanción, a situaciones de hecho reguladas al amparo del derogado artículo 8 de la ley 171 de 1961, en cuanto esta última norma aún produzca efectos jurídicos. Así, en sentencia C-891A de 2006, la Corte señaló que “*toda vez que el segmento demandado del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 no contempla la actualización de la pensión sanción que el Constituyente de 1991 previó para todas las pensiones, la Corte Constitucional decretará su exequibilidad, bajo el entendimiento de que comprende la actualización constitucionalmente prevista y, en consecuencia, en todos aquellos casos en los cuales el derogado artículo 8° de la Ley 171 de 1961 todavía surta efectos, se deberá aplicar el mecanismo de actualización de la pensión sanción previsto en el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, esto es, el índice de precios al consumidor, respecto del salario base de la liquidación y de los recursos que en el futuro atenderán el pago de la referida pensión*”. (Subrayado añadido).

una lectura sistemática del régimen de prima media y las prestaciones contenidas en él en concordancia con el régimen de transición. Así, si se empleara esta hipótesis y se aplicara el régimen de transición reclamado por la peticionaria, esta última podría cumplir con el presupuesto de semanas cotizadas para acceder a una pensión de vejez, y por esa vía, con los requisitos para ser acreedora de la pensión especial solicitada.

8. De lo anterior deviene entonces, que si bien la posición hermenéutica asumida por el ISS resultaba, *en principio*, objetiva y razonable, es la segunda hipótesis interpretativa la que ofrece una condición más beneficiosa a la situación de la peticionaria, y por ello, en virtud del principio constitucional de favorabilidad laboral, debió ser aplicada al caso de la señora Ligia Consuelo Montejo Fernández, y no aquella que brindaba una menor garantía a su derecho a una pensión especial de vejez.

Así, al omitir dar trámite a la interpretación más beneficiosa, el ISS infringió el principio constitucional de favorabilidad laboral, incurriendo con ello, en la vulneración de los derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social de la peticionaria, pues, como además pasa a demostrarse, la interpretación más garantista, permite reconocerle el derecho a la pensión especial de vejez de madre de hijo discapacitado.

9. Según se expuso al revisar los presupuestos normativos de la pensión especial de vejez contemplada en el inciso 2 parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, esta prestación debe ser otorgada si se satisfacen los siguientes presupuestos: (i) que la madre o padre de familia de cuyo cuidado dependa el hijo discapacitado (menor o adulto), haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuanto menos el mínimo de semanas exigido para acceder a la pensión ordinaria de vejez; (ii) que la discapacidad mental o física del hijo haya sido debidamente calificada; y (iii) que exista dependencia económica entre quien sufre la discapacidad y el afiliado al sistema.

9.1. La actora nació el 29 de abril de 1957, se encuentra afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 08 de noviembre de 1979 y ha realizado cotizaciones al sistema pensional del ISS en forma constante desde esa fecha. El 1° de abril de 1994, momento en que empezó a regir el Sistema General de Pensiones previsto en la ley 100 de 1993, la peticionaria contaba con 35 años de edad y permaneció afiliada al régimen pensional administrado por el ISS, por lo cual, es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la ley en cita, y con ello, de la aplicación de la normatividad consagrada en el Decreto 758 de 1990, situación que es reconocida por el ISS en resolución 005606 de 30 de septiembre de 2009 (fl. 73 Cdo. 3). Así las cosas, de conformidad con el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión ordinaria de vejez, siempre y cuando acredite “*un número de un mil (1000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo*” (fl. 73 Cdo. 3).

9.2. De este modo, está probado que la señora Ligia Consuelo Montejo cuenta con el número de semanas necesarias para acceder a una pensión especial de vejez por hijo discapacitado, toda vez que como lo indica la resolución 005606 de 30 de septiembre de 2009, la actora ha cotizado al régimen del ISS 1029 semanas, tiempo suficiente para obtener el reconocimiento de una pensión ordinaria de vejez de acuerdo al artículo 12 del Decreto 758 de 1990. Igualmente está acreditado que (i) Ligia Consuelo Montejo Fernández es madre del joven Edwin Anderson Ávila Montejo; (ii) Edwin Anderson Ávila Montejo tiene una pérdida de capacidad laboral de 75%, estructurada el 01 de junio de 1986, según documento de evaluación médico laboral expedido por el ISS el 05 de diciembre de 2006 (fl. 6 Cdo. 1); (iii) existe una evidente dependencia económica entre el joven discapacitado y su madre, conforme lo certificó el informe psicosocial enviado por el ICBF a esta Corporación y; (iv) Edwin Anderson Ávila Montejo se encuentra seriamente limitado para desempeñar una actividad productiva que le permita subsistir dignamente de forma autónoma y no tiene bienes o rentas propios que garanticen su manutención.

9.3. Así, quedó acreditado que la accionante tiene derecho al reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo discapacitado, pues cumple con los presupuestos normativos previstos en el artículo 33 parágrafo 4 inciso 2 de la ley 100 de 1993, en armonía con el requisito de semanas cotizadas para acceder a la pensión ordinaria de vejez señalado en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, de conformidad con la interpretación dada por esta Corporación a dicha prestación social.

Síntesis de la decisión.

10. Se demostró que el Instituto de Seguros Sociales vulneró los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de la señora Ligia Consuelo Montejo Fernández, pues mediante las resoluciones 07475 de 26 de febrero de 2008, 020067 de 11 de mayo de 2009 y 05606 de 30 de septiembre de 2009, negó sin un fundamento objetivo y jurídico razonable, el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez prevista en el inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, toda vez que (i) no aplicó las normas que corresponden al caso concreto previstas en los artículos 36 de la ley 100 de 1993 y 12 del Decreto 758 de 1990 y; (ii) eligió la interpretación jurídica menos favorable a la accionante, en contradicción con el orden constitucional y el principio de favorabilidad.

De conformidad con el precedente fijado en la sentencia T-651 de 2009, esta Corporación revocará los fallos de instancia denegatorios de amparo, y en consecuencia concederá la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de Ligia Consuelo Montejo Fernández. Como resultado de lo anterior, dejará sin efectos las resoluciones indicadas y ordenará al Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución correspondiente al reconocimiento de la pensión especial de vejez de Ligia Consuelo Montejo Fernández, con fundamento en su derecho a la

aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993 y, en concordancia con los requisitos establecidos en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de esa ley y las disposiciones aplicables contenidas en el Decreto 758 de 1990 (art. 12).

Finalmente, como quiera que el ICBF advirtió la necesidad imperiosa de que el joven Edwin Anderson Ávila Montejo sea vinculado a un centro especializado con el fin de ampliar su red social y buscar su rehabilitación, la Corte exhortará al ICBF para que en un término prudencial informe a la accionante sobre las entidades que pueden prestarle la atención especializada que su hijo requiere, indicándole la forma de acceder a ellas, las facilidades económicas que ofrecen, y haciendo énfasis en los programas de rehabilitación y socialización garantizados por el propio ICBF.

III. DECISIÓN

Con fundamento en las consideraciones expuestas en precedencia, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero. Revocar las sentencias denegatorias de amparo proferidas por el Juzgado Dieciséis (16) Penal del Circuito de Bogotá el veintisiete (27) de agosto de dos mil nueve (2009), en primera instancia, y el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, el treinta (30) de septiembre de dos mil nueve (2009), en segunda instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, y en consecuencia, **conceder** la tutela de los derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso de la señora Ligia Consuelo Montejo Fernández.

Segundo. Dejar sin efectos las resoluciones 07475 de 26 de febrero de 2008, 020067 de 11 de mayo de 2009 y 05606 de 30 de septiembre de 2009, mediante las cuales el Instituto de Seguros Sociales negó la solicitud de reconocimiento de una pensión especial de vejez en favor de Ligia Consuelo Montejo Fernández.

Tercero.- Ordenar al Instituto de Seguros Sociales que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida la resolución correspondiente al reconocimiento de la pensión especial de vejez de Ligia Consuelo Montejo Fernández, con fundamento en su derecho a la aplicación del régimen de transición previsto en la ley 100 de 1993, y en concordancia con los requisitos establecidos en el inciso 2 del párrafo 4 del artículo 33 de esa ley y las disposiciones aplicables contenidas en el Decreto 758 de 1990 (art. 12), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

Cuarto.- Exhortar al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar Regional Bogotá, para que dentro de las setenta y dos (72) horas siguientes a la notificación de esta providencia, informe a la señora Ligia Consuelo Montejo Fernández sobre las entidades que pueden prestarle la atención especializada que su hijo requiere, indicándole la forma de acceder a ellas, las facilidades económicas que ofrecen, y haciendo énfasis en los programas de rehabilitación y socialización garantizados por el propio ICBF.

Quinto.- Dése cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria