

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-[176/10](#)

Ficha	CC ST 176 de 2010 CC ST 176 de 2010
Convenciones	
Color Verde	Problema Jurídico
Color Azul agua	Ratio Decidendi

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-EI
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 Fernández interpuso acción de tutela contra el Instituto de Seguros Sociales -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

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.

1.2. 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 IS.

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 especial de vejez por hijo inválido no se le reconoce y paga ésta prestación” (fl. 2 Cdn. 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 Cdn. 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” (Cdn. 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 Pensiones 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.

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” (Cdn. 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 [imperla el principio de favorabilidad], el cual en el caso concreto debe ponerse en práctica (sic)”. (fl. 59 Cdn. 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 fond. 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?

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 discapacitado, 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.

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 determina (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 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 Estado. De otra, es un “derecho irrenunciable” en cabeza de todos los habitantes del territorio nacional.

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 internacionales que en materia del derecho a la seguridad social ha suscrito el Estado colombiano, ha venido resaltando los elementos mínimos exigibles a los Estados cuando de la garantía del anotado derecho se trata:

“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. (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 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 1999. 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”

1.4.1. En diversas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la constitucionalidad y propósitos de la pensión especial de vejez, 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.

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 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.

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 labora.

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](#) parágrafo 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 dependen 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” (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 labora. Así, en sentencia T-[631](#) de 2002 el Tribunal 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.

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.”.

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”.

2.5. Con base en los criterios descritos, en reiteradas oportunidad 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 proces, cuando se constata que la entidad encargada del 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 favorabilidad, 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 cas.

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 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 labora, 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.

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 Usmedio 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 Cdo. 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 vejez 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.

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 199.

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 vejez.

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 Social y, de otra, según una interpretación 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 remisión 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..

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 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015”. No obstante, el régimen de 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 definida. 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 media.

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 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 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.

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 1993.

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 discapacitada—, 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 refiere; (iii) genera una situación discriminatoria que desconoce el principio de igualdad de trato y protección entre personas sujetas a una misma situación fáctica; (iv) asume una interpretación literal de la norma, que desconoce la finalidad buscada por el legislado 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 Social 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, 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 Cdno. 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 Cdno. 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 parágrafo 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



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

