

Sentencia T-597/12

ACCION DE TUTELA-Procedencia

PERJUICIO IRREMEDIABLE-Características

ACCION DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia para evitar un perjuicio irremediable

ACCION DE TUTELA DE PERSONA EN ESTADO DE DEBILIDAD MANIFIESTA-No se puede exigir haber agotado la vía gubernativa

DERECHO AL MINIMO VITAL Y SEGURIDAD SOCIAL-Vulneración por denegar reconocimiento de la pensión de invalidez al no acreditar requisito de fidelidad al sistema a pesar de haber sido declarado inexecutable mediante sentencia C-428/09

PENSION DE INVALIDEZ Y REQUISITO DE FIDELIDAD-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIOS DE IGUALDAD, CONFIANZA LEGITIMA Y BUENA FE-Obligación de autoridades públicas a mantener un comportamiento consecuente respecto de sus actos o actuaciones

PENSION DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN-Requisitos para el reconocimiento

REQUISITO DE FIDELIDAD-Inaplicación para el reconocimiento y pago de pensiones

SENTENCIAS DE REVISION DE TUTELA-Efectos inter partes/RATIO DECIDENDI-Motivación de fallos de revisión de tutela vinculan a jueces y administración para sostener órdenes

JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE JUDICIAL-Valor vinculante e importancia en la aplicación del derecho

DERECHO A LA IGUALDAD-Violación cuando entidad administrativa desconoce precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional

PRECEDENTE JUDICIAL-Fundamentos de órganos jurisdiccionales son predicables frente a los de carácter administrativo

FALLOS DE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE CONTROL ABSTRACTO DE

CONSTITUCIONALIDAD-Efectos erga omnes y tránsito a cosa juzgada constitucional

DESCONOCIMIENTO DEL PRECEDENTE DE TUTELA Y DE CONSTITUCIONALIDAD-Diferencia jurídica

ACCION DE TUTELA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Reconocimiento y pago de la pensión de invalidez sin exigir requisito de fidelidad

ACCION DE TUTELA CONTRA INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES-Aplicación declaratoria de inexequibilidad del requisito de fidelidad según sentencia C-428/09

Referencia: expediente T-3410516

Acción de tutela instaurada por Aquilino Cendales Campuzano contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil doce (2012)

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Adriana María Guillén Arango (e) y Mauricio González Cuervo, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá el ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011), y en segunda instancia, por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá el veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012), dentro de la acción de tutela promovida por Aquilino Cendales Campuzano contra el Instituto de Seguros Sociales (ISS).1

I. ANTECEDENTES

Aquilino Cendales Campuzano, quien tiene setenta y cuatro (74) años de edad y está calificado con el 54.68% de pérdida de capacidad laboral, presentó acción de tutela contra el ISS procurando el amparo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social. Considera que dicha entidad, al denegarle la pensión de invalidez bajo el argumento que no cumplía con el requisito de fidelidad al sistema pese a que la sentencia C-428 de 2009 lo declaró inexecutable,² desconoció sus prerrogativas como persona de especial protección constitucional y su derecho a una vida digna.

El accionante soporta sus pretensiones en los siguientes

1. Hechos

1.1. Aquilino Cendales Campuzano, de setenta y cuatro (74) años de edad,³ padece “espóndiloartrosis” cervical y fue intervenido quirúrgicamente para un reemplazo de hombro, por lo cual la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS (Comisión Médico Laboral) lo calificó con el 54.68% de pérdida de capacidad laboral, de origen común y con fecha de estructuración de la invalidez el seis (6) de diciembre de dos mil ocho (2008).⁴ Con base en tal calificación, el accionante solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión de invalidez el tres (3) de agosto de dos mil diez (2010); sin embargo la entidad, luego de que se lo ordenaran por tutela,⁵ respondió mediante la Resolución No. 29323 del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) negativamente la petición. En concepto del fondo de pensiones el señor Cendales Campuzano cumplió con el requisito de cincuenta (50) semanas cotizadas dentro de los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, pero no acreditó el presupuesto de fidelidad dispuesto en los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003. Explicó que a pesar de que ese presupuesto fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009, en este caso debía aplicarse porque la fecha de estructuración de la invalidez era previa a la de la emisión de la sentencia, y ésta, a su juicio, no tenía efectos retroactivos.⁶

1.2. El peticionario adujo que si bien su precaria situación económica no llega al extremo de la indigencia, sus fuentes de ingresos se han reducido considerablemente y tiene pocas posibilidades de generarse otras nuevas que le permitan cubrir sus necesidades básicas, debido a su avanzada edad y estado de invalidez. Además señala que tiene cinco (5) hijos, pero que vive solo y ninguno de ellos está en capacidad de asumir sus gastos personales. En

consecuencia, solicita que se ordene al ISS el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez.

2. Respuesta de la entidad demandada

En el transcurso del proceso de tutela el ISS no se pronunció.

3. Decisiones que se revisan

El Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, en primera instancia, mediante sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011) declaró improcedente la acción de tutela presentada por Aquilino Cendales Campuzano contra el ISS. Para llegar a esa conclusión, explicó que el peticionario no agotó los recursos de la vía gubernativa y que no observaba la posible ocurrencia de un perjuicio irremediable, toda vez que el actor “tan solo se limitó a decir que cuenta con 74 años y no tiene recursos económicos para sufragar su mínimo vital”.

El fallo fue impugnado por el accionante, quien señaló que no presentó el recurso de reposición ante el ISS debido a que dicha entidad “no modifica sus resoluciones cuando la negativa se centra en un punto de derecho”, además que el juez no valoró adecuadamente sus circunstancias de debilidad manifiesta. No obstante, la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia del veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012) confirmó lo decidido, bajo el supuesto que no se presentaba el amparo para evitar un perjuicio irremediable en tanto el actor “no era cotizante para el régimen de seguridad social en pensiones con el salario mínimo, sino en la suma de \$1.500.000; como también, que reside en un sector de la ciudad que no es propio de personas de escasos recursos económicos”.⁷

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Sala es competente para revisar los fallos de tutela, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 33 y 34 del Decreto 2591 de 1991.

2. Planteamiento del caso y problema jurídico

2.1. El accionante considera que el ISS, al denegarle la pensión de invalidez porque no cumple con el requisito de fidelidad al sistema, pese a que la norma que lo consagraba (numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003) fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009, le violó sus derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital. Entiende que tiene derecho a la prestación reclamada, no sólo porque en los tres (3) años anteriores a la estructuración de la invalidez cotizó ciento treinta y dos (132) semanas, sino especialmente porque es una persona de la tercera edad con una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% que lo limita para procurarse nuevas fuentes de ingresos. Por su parte, como ya se advirtió, el ISS opina que el accionante no tiene derecho al reconocimiento pensional porque no cumple con el requisito de fidelidad al sistema, y que éste le era exigible porque la fecha de estructuración de la invalidez fue anterior a la declaratoria de inexecutable de tal presupuesto, que se hiciera en la sentencia C-428 de 2009.

2.2. Bajo este contexto, el problema jurídico que debe estudiar la Sala es si, ¿un fondo administrador de pensiones (ISS) vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de una persona de la tercera edad (74 años) que tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50%, cuando le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez argumentando que no cumplió el requisito de fidelidad al sistema, el cual considera exigible porque la fecha de estructuración de invalidez es anterior a la declaratoria de inexecutable de dicho requisito?

2.3. Ahora bien, como los jueces de instancia entendieron que la acción de tutela presentada por Aquilino Cendales Campuzano era improcedente, la Sala, antes de resolver el problema jurídico, (i) debe examinar si realmente se cumplen los presupuestos de procedibilidad para solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez. Posteriormente, en el evento de encontrarse procedente la respectiva acción, (ii) se resolverá el problema jurídico planteado, teniendo en cuenta que el presente asunto ya ha sido resuelto anteriormente por la jurisprudencia constitucional, según la cual los efectos de la sentencia C-428 de 2009 se extienden a situaciones en las cuales la fecha de estructuración de la invalidez es previa a su emisión.

3. En tanto la acción de tutela presentada por Aquilino Cendales Campuzano se interpuso para evitar un perjuicio irremediable, es procedente para analizar la eventual vulneración de sus derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital

3.1. La acción de tutela procede (i) cuando no existen otros medios de defensa judiciales, (ii) cuando existiendo éstos no fueran eficaces para salvaguardar los derechos fundamentales, o (iii) cuando no lo son para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable (art. 86, C.P.).⁸ Dado que para reclamar derechos pensionales se establecieron medios de defensa judiciales ordinarios, idóneos para tramitar la pretensión de reconocimiento de la prestación, la procedencia de la acción de tutela presentada por Aquilino Cendales Campuzano se supedita a la eficacia de éstos para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable, analizando las circunstancias del peticionario y los elementos de juicio obrantes en el expediente.⁹

A propósito del perjuicio irremediable, se ha sostenido por la Corte que se caracteriza por ser un perjuicio (i) inminente, es decir, por estar próximo a ocurrir; (ii) grave, por dañar o menoscabar material o moralmente el haber jurídico de la persona en un grado relevante; (iii) que requiera medidas urgentes para conjurarlo; y (iv) que la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar el adecuado restablecimiento del orden social justo en toda su integridad.¹⁰

3.2. Pues bien, bajo estos criterios, la acción de tutela objeto de revisión es procedente para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez. La Sala observa que con la presentación del amparo se busca evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable (i) inminente y actual, toda vez que al momento de invocarlo el peticionario carecía de las aptitudes físicas y económicas para satisfacer sus necesidades básicas de la misma forma como lo hacía antes de la invalidez, y no hay razones para concluir que esta circunstancia hubiera variado en el curso del proceso. Asimismo, el perjuicio es (ii) grave, porque la ausencia de la prestación reclamada pone en riesgo su capacidad para procurarse una vida en condiciones mínimas de dignidad. En efecto, la Sala observa que se trata de una persona de setenta y cuatro (74) años de edad con una pérdida de la capacidad laboral del 54.68%, debido a una “espondiloartrosis”, que en la actualidad no cuenta con ingreso alguno por concepto de sueldo o renta, y tiene pocas posibilidades (casi nulas) de generarse autónomamente nuevas fuentes de ingresos por la pérdida paulatina de su fuerza laboral.¹¹ En consideración a los presupuestos fácticos narrados, (iii) la actuación del juez es urgente, y

las órdenes encaminadas a proteger el derecho impostergables, toda vez que ya ha pasado mucho tiempo desde que se estructuró su invalidez y la situación económica del accionante es apremiante y tiende a agravarse con el paso del tiempo.¹²

3.3. Podría pensarse, como lo hicieron los jueces de instancia, que a pesar de lo anterior la acción de tutela es improcedente porque el peticionario no presentó recurso alguno contra el acto del ISS que denegó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Sin embargo, al respecto cabe anotar que el artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 dispone expresamente que “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela”.¹³ Además, que la jurisprudencia constitucional ha sido coherente en señalar que cuando el amparo se interpone para evitar un perjuicio irremediable, no se puede exigir al peticionario que haya agotado la vía gubernativa, mas aún si se trata de una persona en estado de debilidad manifiesta que es sujeto de especial protección constitucional.¹⁴

3.4. Aquilino Cendales Campuzano, además, es sujeto de especial protección constitucional por ser una persona de la tercera edad y haber perdido su capacidad laboral por más del 50%. Por lo que la acción de tutela instaurada contra el ISS es procedente, ya que exigirle al actor que tramite sus pretensiones por la vía ordinaria laboral sería desproporcionado dadas sus circunstancias.

De esta forma, en atención a la metodología propuesta para el desarrollo de esta sentencia, se pasará a estudiar el problema jurídico planteado.

4. El ISS vulneró los derechos al mínimo vital y la seguridad social de Aquilino Cendales Campuzano, ya que le denegó la pensión de invalidez bajo el argumento de que no cumplía el requisito de fidelidad al sistema. Reiteración de jurisprudencia

En esta oportunidad le corresponde a la Sala Primera de Revisión examinar si el ISS vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de Aquilino Cendales Campuzano, al denegarle el reconocimiento de la pensión de invalidez porque no acreditó la fidelidad al sistema, a pesar de que ese requisito fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009. A juicio del ISS, ese presupuesto era aplicable al caso del peticionario porque la estructuración de su invalidez (6 de diciembre de 2008) fue previa a la fecha en que se profirió la sentencia de constitucionalidad, y la misma no tiene

efectos retroactivos. Por su parte, el accionante estima que es titular del derecho a la pensión reclamada porque su pérdida de capacidad laboral está debidamente acreditada por más del 50%, y en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez cotizó ciento treinta y dos (132) semanas.

4.1. Con respecto a casos similares, la jurisprudencia ha sostenido de manera unívoca y pacífica, que un fondo administrador de pensiones vulnera los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de un afiliado, cuando le niega el reconocimiento de la pensión de invalidez porque no acreditó fidelidad con el sistema, independientemente de que la fecha de estructuración sea anterior a la declaratoria de inexequibilidad de dicho requisito.¹⁵ En efecto, en las reiteradas sentencias se ha explicado que cuando la Corte retiró del sistema jurídico las normas que consagraban el requerimiento mencionado (numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de 2003), mediante la sentencia C-428 de 2009, lo que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue inconstitucional, por lo que dicha providencia tenía un efecto declarativo y no constitutivo. En otras palabras, la norma que disponía el requisito de fidelidad no fue inconstitucional desde el momento en que la sentencia la declaró inexecutable, sino que desde la entrada en vigencia de la norma su texto resultaba inconstitucional, en tanto desconoció irrazonablemente la prohibición de regresividad en la protección de los derechos económicos, sociales y culturales.

Por ejemplo, en la sentencia T-822 de 2009¹⁶ la Corte examinó el caso de una persona a la cual le habían denegado la pensión de invalidez sólo porque no había acreditado el requisito de fidelidad, a pesar de que tenía sesenta y dos (62) años de edad y estaba calificada con el 59.54% de pérdida de capacidad laboral por padecer cáncer de colon. La entidad demandada en aquella oportunidad entendió que el requisito de fidelidad le era exigible al actor, pese a que había sido declarado inexecutable, porque la fecha de estructuración de su invalidez era previa a la emisión de la sentencia C-428 de 2009. La respectiva Sala de Revisión amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social del peticionario, y ordenó a su favor el reconocimiento pensional. Para llegar a esa conclusión entendió que el requisito de fidelidad desconocía la Constitución Política desde su entrada en vigencia, y que la sentencia que lo declaraba inexecutable “lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones”. Además explicó que si de todas formas se aceptará la interpretación según la cual la protección operaba hacia el futuro a partir de la declaratoria de inexequibilidad, “la vigencia del principio pro

homine en nuestro orden constitucional obligaría a preferir la interpretación más garantista para los afectados, de manera que también en este caso se estaría ante la misma conclusión, en el sentido de exigir única y exclusivamente los requisitos que siempre estuvieron conforme a la Constitución, en cuanto no incurrieran en limitaciones ilegítimas de los derechos”.¹⁷

4.2. De esta forma, bajo el escenario que se conceda el amparo a Aquilino Cendales Campuzano, la Sala desarrollaría el deber que tiene un Tribunal Constitucional en un Estado de Derecho de construir un discurso constitucional coherente, capaz de asegurar el mayor nivel posible de predictibilidad y regularidad en la asignación de derechos fundamentales, ya que la jurisprudencia ha sido pacífica en resolver positivamente casos como estos. Al mismo tiempo, materializaría en un asunto concreto los principios de la igualdad y de la confianza legítima, este último derivado del principio de la buena fe, según los cuales las autoridades públicas están obligadas a mantener un comportamiento consecuente respecto de actos o actuaciones anteriores.

4.3. Pero además, la Sala debe concluir que la exigencia del requisito de fidelidad desconoció los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social del accionante, en cuanto aplicó una medida regresiva a una persona de especial protección constitucional. De hecho, requerir fidelidad para acceder a la pensión de invalidez crea una “barrera infranqueable” para todas las personas de la tercera edad que pretendan el reconocimiento de ese derecho, ya que los sitúa en una posición de desventaja para acreditar que aportaron al menos el 20% del tiempo transcurrido entre la fecha que cumplieron veinte (20) años y la fecha en que se estructuró la invalidez (pues a mayor edad aumenta el número de semanas que debieron cotizar), a pesar de que pudieron haber cumplido con la totalidad de las cotizaciones restantes.

Haberle pedido a Aquilino Cendales Campuzano que cotizará 545 semanas al sistema, entre la fecha que cumplió veinte (20) años y en la que se estructuró su invalidez, le trasladaba una carga adicional desproporcionada, no sólo porque fue declarada inexecutable, sino especialmente porque le imponía a una persona de avanzada edad y disminuciones físicas relevantes, una desventaja para acceder a la pensión de invalidez, dejando en vilo la posibilidad de procurarse una vida en dignidad y el goce efectivo de sus derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social.

4.4. Bajo esta línea argumentativa, la Sala reitera que para acceder a la pensión de invalidez, el interesado sólo debe acreditar el cumplimiento de dos requisitos: (i) ser inválido, es decir, tener una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, y (ii) haber cotizado como mínimo 50 semanas en los tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.¹⁸ Y en ese mismo sentido, resulta inadmisibles que el fondo de pensiones niegue el acceso a la pensión de invalidez al actor, exigiendo el requisito de fidelidad que resulta inconstitucional por ser regresivo, según la jurisprudencia reiterada de esta Corporación¹⁹ y las normas vigentes sobre la materia.

Pues bien, en este caso se encuentra debidamente probado que Aquilino Cendales Campuzano reúne los requerimientos dispuestos por la Ley para que sea reconocida su pensión de invalidez: (i) como consecuencia de la enfermedad que padece (espóndiloartrosis) fue calificado con 54.68% de pérdida de capacidad laboral, con fecha de estructuración seis (6) de diciembre de dos mil ocho (2008); y adicionalmente (ii) cotizó un total de ciento treinta y dos (132) semanas en los tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. En consecuencia, en la parte resolutive de esta sentencia se ordenará a la entidad demandada que reconozca al accionante la prestación reclamada.

5. La obligación del ISS de respetar las decisiones de la Corte Constitucional sobre la interpretación constitucionalmente correcta de los requisitos para el acceso a la pensión de invalidez, en relación con la línea jurisprudencial desarrollada por la Corporación en sede de revisión de tutela y control de constitucionalidad

5.1. De la línea de precedentes esbozada en el capítulo anterior se desprende, con plena claridad, que el requisito de fidelidad es incompatible con la Constitución Política porque, al establecerlo, el Legislador violó el principio de progresividad, aplicable a las facetas prestacionales de determinados derechos constitucionales y afectó por esa vía, a personas titulares del derecho a un trato especial de las autoridades, de carácter favorable, en virtud a las condiciones de vulnerabilidad que los afectan y en desarrollo del principio de igualdad, en su dimensión promocional.

En relación con los precedentes que la Corte Constitucional desarrolla en sede de tutela, debe indicarse que, si bien la Corporación decide casos concretos, su función como órgano de cierre de la jurisdicción constitucional se cifra en preservar la supremacía e integridad del

Texto Superior, así que sus fallos sobre asuntos concretos se proyectan sobre el orden constitucional, en tanto concretan el significado de las cláusulas de derechos constitucionales, cuya apertura semántica hace imprescindible la unificación interpretativa del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

Por ello, si bien las decisiones adoptadas en sentencias de revisión de tutela -salvo en casos excepcionales y cuando la Corporación así lo indique-, tienen efectos inter partes, la motivación contenida en ellas, en los apartes que resulten necesarios para sostener las órdenes correspondientes,²⁰ vincula también a todos los jueces y a la Administración. En tal sentido, el respeto por la ratio decidendi de las sentencias de revisión de este Tribunal es condición de eficacia de los derechos constitucionales, y de la supremacía de la Constitución Política.

5.2. Resulta oportuno señalar que el valor normativo de la jurisprudencia, entendida según se ha explicado como las motivaciones contenidas en los fallos judiciales, generó a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 un interesante debate sobre la naturaleza del sistema de fuentes colombiano, de tradición legalista. Sin embargo, ese debate se encuentra superado por lo menos desde el año dos mil uno (2001), cuando en sentencia C-836 de 2001²¹ la Sala Plena sentó su posición sobre el valor vinculante de la jurisprudencia y la importancia del precedente judicial en la aplicación del derecho.

Entre las razones constitucionales que más incidencia tuvieron en la posición unificada que sostiene la Corporación desde aquella oportunidad se cuentan (i) la interpretación extensiva de la expresión “imperio de la ley” contenida en el artículo 230 de la Constitución, de acuerdo con la cual, en el contexto de las fuentes del derecho, la expresión “ley” no debe entenderse como un tipo de norma de carácter general y abstracto proferida por el Congreso de la República, sino como “derecho” en sentido amplio, pues de acoger la interpretación restrictiva se llegaría a la conclusión inaceptable de que los jueces no se hallan vinculados a la Constitución Política, los tratados internacionales aprobados y ratificados por Colombia (o bien incorporados en virtud del bloque de constitucionalidad al orden interno), y las demás normas jurídicas que no son producto del Legislador; y (ii) la relación entre el respeto del precedente y el principio de igualdad, pues no es suficiente que las normas posean supuestos de hecho generales para lograr los cometidos del citado principio si, cada juez, al resolver los asuntos que llegan a su conocimiento, decide variar constantemente sus

posiciones interpretativas, tratar de forma diversa a ciudadanos en igual situación de hecho y pasar por alto la doctrina sentada por los órganos de cierre del sistema jurídico, sobre la interpretación de las normas pertinentes.²²

5.3. Con el paso del tiempo, la Corporación recalcó también la importancia del precedente para asegurar la confianza de los ciudadanos en una administración de justicia que adopte decisiones razonablemente previsibles, la buena fe que debe caracterizar las relaciones entre los ciudadanos y las autoridades, y la unidad del ordenamiento jurídico, que sólo puede preservarse adecuadamente cuando los órganos de cierre del sistema jurídico sientan las bases para la aplicación de las normas de derecho y los demás órganos del sistema jurídico las respetan.²³

Con todo, el respeto del precedente no sólo se haya ligado a principios y fines constitucionales, sino que parte de una exigencia de la razón práctica (es decir, el tipo de razonamiento dirigido a determinar lo que es debido), de acuerdo con la cual es irrazonable tratar de forma distinta dos personas o dos situaciones de hecho, si no median razones poderosas para hacerlo, regla de la argumentación que se proyecta en dos direcciones: el seguimiento del precedente, entendido en este contexto como norma previamente establecida sobre lo que debe hacerse en una situación determinada; o el abandono del mismo, sólo si median razones suficientes para hacerlo. Ambas reglas obligan al operador jurídico a tomar en consideración el precedente y, contrario sensu, descartan la indiferencia frente al precedente, o la desobediencia inmotivada del mismo, como justificación válida de una decisión.

5.4. Es por ello que el manejo del precedente se concreta, en buena medida, en reglas argumentativas. Así, el seguimiento del precedente supone una “descarga” de la argumentación, pues la sola existencia de un pronunciamiento previo sobre un asunto jurídico similar constituye una razón para actuar constitucionalmente relevante que redundará en la eficacia de todos los principios jurídicos previamente citados. El abandono, ampliación o restricción del precedente están en cambio sujetos a la existencia de razones constitucionales de tal entidad, que no sólo sugieran una nueva respuesta a problemas previamente analizados, sino que justifiquen la restricción de los principios sobre los que se cimenta el respeto por el precedente.

Ahora bien, la mayor parte de los argumentos, criterios y subreglas vertidos en la jurisprudencia constitucional sobre el precedente se han relacionado con el tratamiento que deben dar los jueces a la jurisprudencia y el precedente judicial. Los jueces tienen a su cargo la interpretación y aplicación de las normas legales en los casos concretos, siempre dentro del marco de los principios constitucionales o, en otros términos, de manera conforme a la Constitución Política. En esa tarea gozan de amplia autonomía e independencia para determinar el alcance de las reglas legales. Además, les corresponde evaluar todas las características de un caso concreto, razón por la cual las reglas y cargas argumentativas a las que se ha hecho referencia, les permiten apartarse del precedente, siempre que no lo ignoren, que señalen de forma transparente su alcance y las razones que los motivan para adoptar una decisión diversa a la ya trazada en decisiones con valor de precedente.

5.5. En la reciente sentencia C-634 de 2011,²⁴ la Corporación abordó algunos aspectos relacionados con la vinculación de la Administración Pública a los precedentes judiciales. Aunque no se efectuó un tratamiento integral del tema, las conclusiones se encaminan a señalar que los mismos fundamentos del respeto al precedente por los órganos jurisdiccionales son predicables frente a aquellos de carácter administrativo.

Así lo ha expresado la Sala Plena (C-634 de 2011): “todas las autoridades públicas, de carácter administrativo o judicial, de cualquier orden, nacional, regional o local, se encuentran sometidas a la Constitución y a la ley, y que como parte de esa sujeción, las autoridades administrativas se encuentran obligadas a acatar el precedente judicial dictado por las Altas Cortes de la jurisdicción ordinaria, contencioso administrativa y constitucional. || La anterior afirmación se fundamenta en que la sujeción de las autoridades administrativas a la Constitución y a la ley, y en desarrollo de este mandato, el acatamiento del precedente judicial, constituye un presupuesto esencial del Estado Social y Constitucional de Derecho - art.1 CP-; y un desarrollo de los fines esenciales del Estado, tales como garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución -art.2-; de la jerarquía superior de la Constitución -art.4-; del mandato de sujeción consagrado expresamente en los artículos 6º, 121 y 123 CP; del debido proceso y principio de legalidad - art.29 CP; del derecho a la igualdad -art.13 CP-; del postulado de ceñimiento a la buena fé de las autoridades públicas -art.83 CP-; de los principios de la función administrativa -art. 209 CP-; de la fuerza vinculante del precedente judicial contenida en el artículo 230 superior; así como de la fuerza vinculante del precedente constitucional contenido en el artículo 241 de la

Carta Política”.

Sin embargo, existen algunas diferencias en uno y otro contexto, como a continuación se explica: en primer término, cabe recordar que cualquier operación de aplicación del derecho plantea la necesidad de adoptar decisiones dentro del margen interpretativo que permiten las normas legales, así que tanto los jueces como la administración deben efectuar ejercicios interpretativos para resolver las solicitudes que les presentan los ciudadanos. Los precedentes, así como las reglas y criterios de interpretación normativa sentados por la jurisprudencia, reducen pero no eliminan esa necesidad. Sin embargo, como la administración no goza, por definición, de la autonomía e independencia que caracterizan el ejercicio de funciones jurisdiccionales, no posee la facultad de apartarse del precedente judicial.

“La Corte también refirió al grado de vinculación para las autoridades judiciales del precedente jurisprudencial emitido por las altas cortes. Resulta válido que dichas autoridades, merced de la autonomía que les reconoce la Carta Política, puedan en eventos concretos apartarse del precedente, pero en cualquier caso esa opción argumentativa está sometida a estrictos requisitos, entre otros (i) hacer explícitas las razones por las cuales se aparte de la jurisprudencia en vigor sobre la materia objeto de escrutinio judicial; y (ii) demostrar suficientemente que la interpretación alternativa que se ofrece desarrolla de mejor manera los derechos, principios y valores constitucionales. Esta opción, aceptada por la jurisprudencia de este Tribunal, está sustentada en reconocer que el sistema jurídico colombiano responde a una tradición de derecho legislado, la cual matiza, aunque no elimina, el carácter vinculante del precedente, lo que no sucede con otros modelos propios del derecho consuetudinario, donde el precedente es obligatorio, basado en el principio del stare decisis. (...) No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades administrativas. En este caso, habida cuenta que esos funcionarios carecen del grado de autonomía que sí tienen las autoridades judiciales, el acatamiento del precedente jurisprudencial es estricto, sin que resulte admisible la opción de apartarse del mismo. Ello en el entendido que la definición, con fuerza de autoridad, que hacen las altas cortes del contenido y alcance de los derechos y, en general, de las reglas constitucionales y legales, resulta imperativa para la administración”.

5.6. Por todo lo expuesto, cuando una entidad administrativa desconoce el precedente

sentado en jurisprudencia clara y uniforme de la Corte Constitucional incurre en evidente violación al derecho a la igualdad y su decisión debe ser revocada, incluso por vía de tutela, cuando se cumplan los presupuestos generales de procedibilidad.

Además de ello, y de manera independiente a esa obligación, los fallos que dicta la Corte en sede de control abstracto de constitucionalidad, tienen efectos erga omnes, y hacen tránsito a cosa juzgada constitucional, y el artículo 243 dotó de una fuerza particular a la cosa juzgada constitucional al prohibir, expresamente, que las normas declaradas inexequibles sean reproducidas. Prohibición que se dirige a todas las autoridades.

En consecuencia, el desconocimiento de una sentencia de constitucionalidad acarrea un irrespeto por el derecho y principio de igualdad, y la adecuada interpretación de las normas legales. La aplicación de una norma declarada inexequible, implica la adopción de una decisión que no cuenta con sustento en el orden legal y viola, además, los principios superiores incompatibles con el precepto en cuestión.

En ese sentido, existe una diferencia jurídica práctica entre el desconocimiento del precedente de tutela y el de constitucionalidad. La violación del primero se traduce en una trasgresión al derecho de igualdad que, en caso de cumplirse las reglas generales de procedencia de la acción de tutela, puede ser atacada ante el juez de tutela. El funcionario que decide ignorar lo dispuesto por la Corte Constitucional en sede de control abstracto se aleja abiertamente del ordenamiento jurídico y pasa por alto la prohibición expresamente contenida en el artículo 243 de la Carta. Por lo tanto, puede ver comprometida su responsabilidad, en los ámbitos penal, disciplinario y fiscal, según los hechos en que se produzca su actuación.

5.7. Pues bien, en el asunto objeto de estudio, la Sala constata que el ISS no respetó el precedente sentado por esta Corporación al aplicar un contenido normativo que se opone al principio de progresividad y afecta a personas especialmente vulnerables. Como sustento de esa actuación, el Gerente II del Centro de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Cundinamarca, invocó un memorando de la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado, en estos términos:

“... resulta pertinente aclararle al asegurado que si bien es cierto lo a (sic) CORTE CONSTITUCIONAL declaro (sic) inexecutable el numeral primero y segundo del artículo primero de la ley 860 de 2003, y mediante sentencia C-556 de 2009 los literales a y b del artículo 12 de la ley 797 de 2003, respecto a la fidelidad requerida para ser adquirir (sic) el derecho, también es cierto que de acuerdo al MEMORANDO GNAP N. 10887 DEL 23 DE NOVIEMBRE DE 2009, EMANADO DE LA GERENCIA NACIONAL DE ATENCIÓN AL PENSIONADO DEL ISS, establece que teniendo en cuenta que aun no se han conocido las partes considerativas de las sentencias de inexecutableidad antes citadas, y en observancia de la ley estatutaria (sic), resulta pertinente mencionar que LAS SOLICITUDES DE PENSION DE INVALIDEZ QUE TENGAN FECHA DE ESTRUCTURACIÓN POSTERIOR AL 01 DE JULIO DE 2009, NO LES SERA EXIGIBLE EL REQUISITO DE FIDELIDAD CONTENIDO EN LA LEY 860 DE 2003, QUE UNA VEZ SE TENGA CONOCIMIENTO DE LAS REFERIDAS PARTES CONSIDERATIVAS Y EN APLICACIÓN DEL ARTICULO 45 DE LA LEY 270 DE 1996, SE PROCEDERÁ A MODIFICAR EL PRESENTE MEMORANDO SI A ELLO HAY LUGAR”.

Si bien ese memorando deja en claro que acogerá lo dispuesto por la sentencia C-428 de 2009, no menciona nada acerca de la línea de precedentes de tutela que inaplicaron el citado requisito en virtud de la excepción de inconstitucionalidad y en la que claramente se determinaba que no es acorde a la Constitución Política.

En el asunto objeto de estudio, el memorando referido fue interpretado por el Gerente II del Centro de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Cundinamarca y D.C. como un fundamento para desconocer los precedentes de tutela sentados por esta Corporación. Sin embargo, en virtud de lo expuesto en los considerandos de este acápite, es evidente que no puede la Administración oponer su interpretación de las normas de derechos fundamentales a la que efectúa esta Corte. Por ello, se torna imperativo resaltar que, de ninguna manera, un memorando interno de la institución accionada puede servir de fundamento para aplicar el inconstitucional requisito de invalidez, con independencia de la fecha de estructuración que se presente en el dictamen de pérdida de la capacidad laboral.

En términos puramente lógicos, el aparte del memorando citado sólo plantea la obligación de cumplir el precedente, de manera que podría interpretarse como instrucción pedagógica, destinada a divulgar entre los funcionarios del instituto la jurisprudencia constitucional. Del contenido transcrito no se desprende (en términos lógicos) que el requisito sí sea exigible

antes del 1º de julio de 2009, aunque la decisión del citado Gerente II del Centro de Atención al Pensionado del ISS, Cundinamarca deja en claro que de esa forma se entiende y aplica por parte de los funcionarios de la entidad, lo que se explica por el contexto en que se enmarca ese memorando.²⁵

Podría pensarse, entonces, que el ISS (sólo) pasó por alto la aplicación de la ratio decidendi de sentencias de revisión de tutela en esta oportunidad y que, por lo tanto, la decisión de la Corte debería limitarse a amparar los derechos fundamentales del actor y advertir al ISS que no incurra en conductas como las que motivan este pronunciamiento. Sin embargo, la Sala observa que (i) antes de la sentencia C-428 de 2009 existía jurisprudencia uniforme a partir de la cual surgía nítidamente la obligación de inaplicar el requisito de fidelidad en el escenario de las solicitudes de pensión de invalidez; y (ii) la Administración conoce un fallo de constitucionalidad de acuerdo con el cual ese requisito se opone a la Constitución Política. En ese marco, su determinación de negar la solicitud de pensión de invalidez del peticionario, debe considerarse abiertamente arbitraria, pues en virtud de lo expresado no existía ninguna duda interpretativa razonable frente a la obligación que surgía para el ISS de abstenerse de aplicar la condición de fidelidad a la petición del actor.

Por lo tanto, la Sala remitirá copia integral del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que verifique si los hechos del caso pueden comprometer la responsabilidad disciplinaria del señor Gerente II del Centro de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Cundinamarca y D.C. y si la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado incurre en violación de sus obligaciones legales al emitir instrucciones internas que pueden afectar la eficacia de los derechos fundamentales, en tanto pasan por alto la interpretación sentada por esta Corporación sobre el alcance de las normas contenidas en la Carta Política.

Pero además se prevendrá al Ministerio del Trabajo, en cuanto tiene al ISS como entidad vinculada,²⁶ para que le imparta instrucciones en el sentido de que atienda la declaratoria de inexecutable del presupuesto de fidelidad, específicamente, que no puede exigirlo a los casos posteriores a dicha declaratoria ni tampoco a los que acreditaron su derecho antes de ese momento, como lo ha sostenido pacíficamente esta Corporación en repetidas ocasiones.²⁷

6. Órdenes

6.1. En mérito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión revocará el fallo del veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012) proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011) emitida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, en cuanto declararon improcedente la acción de tutela promovida por Aquilino Cendales Campuzano contra el ISS. En su lugar, amparará los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social del peticionario y, dejará sin efectos la Resolución No. 29323 del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) expedida por el ISS, toda vez que denegó el otorgamiento de la prestación. Igualmente, ordenará al ISS Seccional Cundinamarca y D.C. que, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, reconozca la pensión de invalidez a Aquilino Cendales Campuzano, sin exigir para ello el requisito de fidelidad previsto en el artículo 1 de la Ley 860 de 2003 conforme se dispuso en la parte considerativa de esta sentencia. Una vez ejecutoriado el acto administrativo que ordena tal pensión, la entidad dispondrá lo necesario para la cancelación de la misma, en un plazo improrrogable de un (1) mes.

6.2. Igualmente, se remitirá copia de esta sentencia a la (i) Procuraduría General de la Nación para que verifique si los hechos del caso pueden comprometer la responsabilidad disciplinaria del señor Gerente II del Centro de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Cundinamarca y D.C., y si la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado incurre en violación de sus obligaciones legales al emitir instrucciones internas que pueden afectar la eficacia de los derechos fundamentales; y al (ii) Ministerio del Trabajo, para que imparta instrucciones al ISS en el sentido de que atienda de manera concreta la declaratoria de inexecuibilidad de la sentencia C-428 de 2009 y las demás providencias de tutela que han explicado los efectos de la misma.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo del veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012) proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, que confirmó la sentencia del ocho (8) de noviembre de dos mil once (2011) emitida por el Juzgado Cuarenta y Nueve Penal del Circuito de Bogotá, en cuanto declararon improcedente la acción de tutela. En consecuencia, se CONCEDE el amparo definitivo de los derechos fundamentales al mínimo vital y la seguridad social de Aquilino Cendales Campuzano.

Segundo.- DEJAR SIN EFECTOS la Resolución No. 029323 del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011) expedida por el ISS Seccional Cundinamarca y D.C., mediante la cual se denegó la pensión de invalidez a Aquilino Cendales Campuzano.

Tercero.- ORDENAR al Gerente del Centro de Atención al Pensionado del ISS Seccional Cundinamarca y D.C., o quien haga sus veces y tenga las facultades, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, reconozca la pensión de invalidez a Aquilino Cendales Campuzano, conforme se dispuso en la parte considerativa de esta sentencia. Una vez ejecutoriado el acto administrativo que ordena tal pensión, la entidad dispondrá lo necesario para el pago de la misma, en un plazo improrrogable de un (1) mes.

Cuarto.- ORDENAR al Gerente del Centro de Atención al Pensionado del ISS Seccional Cundinamarca y D.C., o quien haga sus veces, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la expedición del acto administrativo por medio del cual reconoce la pensión de invalidez a Aquilino Cendales Campuzano, envíe copia del mismo a la Corte Constitucional con su correspondiente constancia de notificación.

Quinto.- ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se remita una copia de esta sentencia al Ministerio del Trabajo, para que dé instrucciones al Instituto de Seguros Sociales en el sentido de que atienda plenamente el precedente de la Corte Constitucional en sus actos administrativos. Especialmente, se le debe indicar que respete la declaratoria de inexecutable del requisito de fidelidad de la sentencia C-428 de 2009, y las demás providencias de tutela que han explicado los efectos de la misma, en los términos expuestos en esta sentencia.

Sexto.- ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional se remita una copia de esta sentencia a la Procuraduría General de la Nación para que verifique si los hechos del caso pueden comprometer la responsabilidad disciplinaria del señor Gerente II del Centro de Atención al Pensionado del ISS, Seccional Cundinamarca y D.C., y si la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado incurre en violación de sus obligaciones legales al emitir instrucciones internas que pueden afectar la eficacia de los derechos fundamentales, en tanto pasan por alto la interpretación sentada por esta Corporación sobre el alcance de las normas contenidas en la Carta Política.

Séptimo.- ORDENAR que por Secretaría General de la Corte Constitucional, se remita una copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo, para que le haga seguimiento al cumplimiento de las órdenes impartidas en esta sentencia.

Octavo.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

ADRIANA MARIA GUILLÉN ARANGO

Magistrada (E)

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio de Auto del veintinueve (29) de marzo de dos mil doce (2012), proferido por la Sala de Selección Número Tres.

2 En esa providencia se estudió la constitucionalidad del requisito de fidelidad para acceder a la pensión de invalidez, consagrado en los numerales 1 y 2 del artículo 1º de la Ley 860 de

2003, por la cual se reformaron algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993. El texto de la norma es el siguiente: “El artículo 39 de la Ley 100 quedará así: || Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones: || 1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración y su fidelidad de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez. || 2. Invalidez causada por accidente: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores al hecho causante de la misma, y su fidelidad (de cotización para con el sistema sea al menos del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte (20) años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.”. Las expresiones en negrilla fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional en la sentencia C-428 de 2009 (MP. Mauricio González Cuervo, SPV. María Victoria Calle Correa, Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva). Esta Corporación señaló que pese a que el requisito podía tener “(...) un fin constitucional legítimo, en tanto buscaría asegurar la estabilidad financiera del sistema pensional mediante la cultura de afiliación y disminución del fraude, (...) no es conducente para la realización de dichos fines al imponer una carga mayor a las personas a quienes no se les había exigido fidelidad -los afiliados de la tercera edad. En muchos casos, los afiliados de la tercera edad que padecen de discapacidad van a encontrarse con una barrera infranqueable de acceso al beneficio, pues muchos de ellos ya no podrán cumplir el nuevo requisito consagrado en la norma, a pesar de cotizar el 100% de los periodos restantes. Se aprecia la desprotección a la población incapacitada más vulnerable, como es la perteneciente a la tercera edad. Igualmente debe resaltarse que para “promover la cultura de la afiliación y evitar el fraude”, existen otras alternativas de tipo administrativo, que serían menos lesivas que obstaculizar el derecho de acceso a la pensión de jubilación por invalidez a cierto grupo de personas”.

3 En la Cédula de Ciudadanía se puede constatar que Aquilino Cendales Campuzano nació el once (11) de octubre de mil novecientos treinta y siete (1937). (Folio 18 del cuaderno principal. En adelante, cuando se haga relación a un folio del expediente se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se exprese lo contrario).

4 Dictamen del veintiuno (21) de enero de dos mil diez (2010) realizado por la Gerencia Nacional de Atención al Pensionado del ISS, sobre la pérdida de capacidad laboral de Aquilino Cendales Campuzano. Allí se puede leer que el accionante fue calificado con el 58.68% de pérdida de capacidad laboral de origen común, y que esto se debió a “un reemplazo de hombro” y un “dolor lumbar crónico asociado a radiculopatía bilateral [,] por espondilolistesis degenerativa, espondilóartrosis que requirió CX (06/12/08) con secuelas de dolor y limitación para deambular”. (Folio 19 reverso y anverso).

5 En la respuesta que el ISS ofrece al accionante el veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011), señala que lo hace en cumplimiento de una orden judicial contenida en sentencia del Juzgado Treinta y Uno Penal del Circuito de Bogotá. (Folio 10).

6 En la Resolución No. 29323 del veinticinco (25) de agosto de dos mil once (2011), el ISS decidió “[n]egar la pensión de invalidez de origen no profesional al asegurado AQUILINO CENDALES CAMPUZANO”. Ello por cuanto “no cuenta con la fidelidad exigida por el sistema del 20%”, pese a que se estableció que el peticionario “acredita un total de 315 semanas cotizadas durante toda su vida laboral, contando con 132 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración”.

7 Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Penal, del veintisiete (27) de enero de dos mil doce (2012), mediante la cual se resolvió en segunda instancia la tutela presentada por Aquilino Cendales Campuzano contra el ISS. (Folio 3 al 10 del cuaderno No. 2).

8 De hecho, el Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, en su artículo 6.1, de manera expresa dispone que la eficacia de los medios ordinarios de defensa judiciales será apreciada en el caso concreto, atendiendo a las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

9 Específicamente, sobre la procedibilidad de la tutela para solicitar la pensión de invalidez puede observarse, entre otras, la sentencia T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño). En esa oportunidad la Corte analizó varios casos sobre los cuales se debatía la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez originada en una enfermedad común. Dentro de la parte considerativa de la providencia, se afirmó que para “el caso de las personas con discapacidad, es evidente que la intensidad en la evaluación del perjuicio irremediable debe morigerarse en razón de la capacidad material

que tiene este grupo poblacional para el acceso a los instrumentos judiciales ordinarios, competencia que se ve significativamente disminuida en razón de la debilidad y la vulnerabilidad que imponen la limitación física o mental”.

10 Sobre las características del perjuicio irremediable, la sentencia T-225 de 1993 (M.P. Vladimiro Naranjo Mesa) sostuvo que: “Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente: A) El perjuicio ha de ser inminente: “que amenaza o está por suceder prontamente”. Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. (...) B) Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser urgentes, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. (...) C) No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea grave, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. (...) D) La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea impostergable, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. (...)”.

11 En efecto, el actor señala en la acción de tutela que es “un adulto mayor, invalido, sin renta de ningún tipo, por lo que si no logro obtener el reconocimiento de esta pensión se afecta gravemente el mínimo vital”. (Folio 2). A estas afirmaciones no se opuso el ISS pese a que tuvo la oportunidad de hacerlo, por lo que opera la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991.

12 Debe recordarse que el análisis sobre el perjuicio irremediable para personas que se encuentran limitados físicamente de manera considerable, se hace con un nivel de intensidad diferenciado, de conformidad con la especial protección constitucional que los cobija en los términos establecidos por los artículos 13 y 54 de la Constitución Política. En esta dirección, puede observarse la sentencia T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), citada previamente.

13 En efecto, el texto completo del artículo 9 del Decreto 2591 de 1991 establece lo siguiente: “[n]o será necesario interponer previamente la reposición u otro recurso administrativo para presentar la solicitud de tutela. El interesado podrá interponer los recursos administrativos, sin perjuicio de que ejerza directamente en cualquier momento la acción de tutela. || El ejercicio de la acción de tutela no exime de la obligación de agotar la vía gubernativa para acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

14 Ciertamente, en este sentido puede observarse la sentencia T-752 de 2010 (MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub). En aquella oportunidad, la Corte declaró procedente una acción de tutela a pesar de que la peticionaria no había interpuesto recurso alguno frente a la decisión administrativa que le denegaba el reconocimiento de la pensión de invalidez. La respectiva Sala de Revisión explicó que debían observarse las circunstancias especiales de la actora, que tenía una pérdida de la capacidad laboral del 70.08% en razón de una osteoporosis y la pérdida progresiva de la visión, y que “la interposición de los recursos de ley contra el acto administrativo que supuestamente vulnera el derecho, no constituye causal de procedibilidad para ejercer la acción de tutela”. En la misma dirección puede observarse la sentencia T-121 de 2009 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).

15 De hecho, esta posición ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-266 de 2010 (MP. Juan Carlos Henao Pérez), T-532 de 2010 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva), T-615 de 2010 (MP. Luís Ernesto Vargas Silva), T-016 de 2011 (MP. Jorge Eduardo Mendoza Martelo), T-155 de 2011 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-453 de 2011 (MP. Nilson Pinilla Pinilla). Específicamente en esta última, la Corte estudió dos casos en los cuales un mismo fondo administrador de pensiones había negado el reconocimiento de la pensión de invalidez a dos de sus afiliados por el incumplimiento del requisito de fidelidad, el cual consideraron exigible porque estaba vigente para las fechas de estructuración de la invalidez. La Corte amparó los derechos fundamentales al mínimo vital y a la seguridad social de los accionantes, y señaló

que “(i) [e]n todo tiempo, deviene inadmisibles exigir la “fidelidad”, tanto para el reconocimiento de pensiones de sobrevivientes como de pensiones de invalidez, y (ii) No pueden seguir excusándose las administradoras de fondos de pensiones en que el hecho generador del derecho pensional sea anterior a esos fallos de constitucionalidad, pues el carácter vinculante de la ratio decidendi de las decisiones de tutela se los impide”. En ese mismo sentido puede observarse la sentencia T-609 de 2009 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto). Allí se estudió el caso de una persona a quien se le había calificado con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50%, cuya fecha de estructuración era anterior a la declaratoria de inexecutable del requisito de fidelidad al sistema, y a quien la entidad le negó la pensión de invalidez por no cumplir con dicho presupuesto. La Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales del actor y ordenó al Instituto de Seguros Sociales que le reconociera la prestación, porque consideró que el requisito de fidelidad al sistema no puede ser exigido a los afiliados que solicitaran el otorgamiento de la pensión de invalidez. Aclaró que el argumento de que la fecha de estructuración fue anterior a la declaratoria de inexecutable de la norma, es refutable “(...) en el entendido que la sentencia de constitucionalidad lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la Constitución, tanto así que la misma había sido, en no pocas ocasiones, inaplicable por contravenir en casos concretos la norma fundamental, por consiguiente el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo.”.

16 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto).

17 *Ibíd.*

18 Conforme lo establece el artículo 38 de la Ley 100 de 1993, por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral, para los efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez por riesgo común, “(...) se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral”. Asimismo, de acuerdo con el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, el afiliado deberá haber cotizado mínimo “(...) cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.”

19 En este sentido, se pueden revisar las sentencias T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-1291 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-221 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-699A de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-580 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-628 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1040 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández). Todas ellas previas a la declaratoria de inexequibilidad del requisito de fidelidad prescrito en la Ley 860 de 2003.

21 (MP. Rodrigo Escobar Gil).

22 T-123 de 1995 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-447 de 1997 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-047 de 1999 (M.P. Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz) y C-836 de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).

23 Sobre los distintos valores y principios que se asocian al respeto por el precedente, cfr. Sentencia C-252 de 2001 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

24 (MP. Luis Ernesto Vargas Silva). En esa oportunidad la Corte estudió una demanda de inconstitucionalidad en contra de un apartado del artículo 10 de la Ley 1437 de 2011 “por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, en el que se establece que al momento de resolver los asuntos de su competencia, las autoridades administrativas tienen el deber de acoger la interpretación y aplicación que haga el Consejo de Estado en sus sentencias de unificación jurisprudencial de las normas constitucionales, legales y reglamentarias. El demandante argumentó que la norma excluía la obligación de las autoridades de tener en cuenta los precedentes de otras altas cortes, y en especial, los de la Corte Constitucional, circunstancia que, entre otras razones, desconocían el principio de supremacía constitucional. Allí la Corte encontró que el Legislador incurrió en una omisión legislativa relativa, al dejar de señalar que las autoridades administrativas al resolver los asuntos de su competencia, además de tener en cuenta la interpretación del Consejo de Estado en sentencias de unificación de las normas constitucionales, legales y reglamentarias, también están sometidas a los precedentes de la Corte Constitucional, en desarrollo “del principio de supremacía constitucional y [de] los efectos de la cosa juzgada constitucional regulados en el artículo 243 C.P.” Asimismo, sostuvo que el Legislador tenía la obligación de incluir el precedente constitucional en la

norma demandada, y que no concurría una razón suficiente que justificara dicha omisión. Por las razones expuestas, declaró la exequibilidad condicionada de la norma, en el entendido “que las autoridades tendrán en cuenta, junto con las sentencias de unificación jurisprudencial proferidas por el Consejo de Estado y de manera preferente, las decisiones de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia. Esto sin perjuicio del carácter obligatorio erga omnes de las sentencias que efectúan el control abstracto de constitucionalidad”

25 La razón por la cual no se trata de una implicación lógicamente válida consiste en que ese razonamiento se identifica con la falacia denominada negación del antecedente. Así, si una norma propone un supuesto de hecho p y una consecuencia jurídica q, en caso de presentarse el primero, no prescribe en cambio ningún comportamiento específico cuando no se da la condición no-p. Sin embargo, el principio de efecto útil explica que los funcionarios consideren que, en caso de no presentarse p, tampoco deben aplicar la consecuencia q pues.

26 Decreto 2148 de 1992, “por medio del cual se organiza el Instituto de Seguros Sociales”, establece en su artículo 1º que el ISS “es una Empresa Industrial y Comercial del Estado, del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, vinculada al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social”.

27 Ob, cit. Corte Constitucional, entre otras, sentencias T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-1291 de 2005 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), T-221 de 2006 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-043 de 2007 (MP. Jaime Córdoba Triviño), T-699A de 2007 (MP. Rodrigo Escobar Gil), T-580 de 2007 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), T-628 de 2007 (MP. Clara Inés Vargas Hernández) y T-1040 de 2008 (MP. Clara Inés Vargas Hernández).
