

PENSION DE INVALIDEZ-Procedencia de la acción de tutela para su reconocimiento y pago

GARANTIA DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL Y CONDICION DE DERECHO FUNDAMENTAL QUE ADQUIERE LA PENSION DE INVALIDEZ

PENSION DE INVALIDEZ-Sustentos de hecho y de derecho para determinar la fecha de estructuración de la invalidez

Para solucionar la incongruencia planteada, se explicó que los dictámenes determinantes de la invalidez, tienen una forma y normatividad establecida para emitirse debidamente, y se aclaró que éstos deben fundarse siempre en motivos de hecho y de derecho, circunstancia particular no observada en el dictamen aportado por el accionante y obrante como prueba en el expediente. En contraposición a la ausencia de argumentación clínica y jurídica de la fecha de estructuración establecida en el peritaje, se encontró en el escrito de impugnación, afirmación hecha por la parte actora expresando: “lo que me resulta grave es cómo el médico del Seguro Social plasma como fecha de estructuración el día 21 de Febrero de 2002, argumentándole a mi cliente que daba esa fecha para que le llegara un Retroactivo bien bueno.” (F. 69 cd. inicial). Evidenciando lo anterior, cabe anotar que esta Sala hará valer la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, así como el principio de buena fe (Art. 83 superior), pues, habiéndose solicitado al ISS para que se pronunciara sobre los hechos de la acción mediante el auto admisorio, éste no presentó respuesta, ni aclaración, ni pronunciamiento alguno, en ese sentido se tendrán por ciertos los hechos relatados por el actor. Con todo, se estable que la regulación pertinente fue incumplida por parte del médico calificador del ISS, ello, en perjuicio de los derechos fundamentales del accionante, más aún cuando en la historia médica aportada se encuentra la certificación del médico cirujano que realizó la amputación del miembro inferior al actor. Cabe aclarar que, si bien el actor con anterioridad a la amputación de su extremidad sufría de Diabetes tipo 2 (f. 11 cd. inicial), esta enfermedad no le impidió trabajar normalmente pues afirmó igualmente la apoderada que “el actor en el año 2002 se dedicaba al sostenimiento de su hogar como todo un hombre trabajador”. En tal virtud, se dispondrá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Caldas, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha efectuado, expida la resolución de reconocimiento y empiece a pagar la reclamada pensión de invalidez al accionante, cubriendo desde junio 29 de 2008, fecha de

estructuración de la incapacidad

Referencia: expediente T-2785134.

Acción de tutela instaurada mediante apoderada judicial por el señor Aurentino Hernández Londoño, contra Instituto de Seguros Sociales, seccional Caldas.

Procedencia: Tribunal Superior de Manizales, Sala de Decisión Civil Familia.

Magistrado Ponente:

Nilson Pinilla Pinilla.

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo dictado en segunda instancia por el Tribunal Superior de Manizales, Sala de Decisión Civil Familia, dentro de la acción de tutela promovida mediante apoderada por el señor Aurentino Hernández Londoño, contra el Instituto de Seguros Sociales, en adelante ISS, seccional Caldas.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el referido Tribunal, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; la Sala de Selección N° 9 de la Corte, el 22 de septiembre de 2010, lo eligió para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

El señor Aurentino Hernández Londoño, por conducto de apoderada, incoó acción de tutela en mayo 25 de 2010, contra el Instituto de Seguros Sociales, que le correspondió al Juzgado Promiscuo de Familia de Salamina Caldas por la presunta vulneración de sus derechos a “la dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y derechos de las personas de la tercera edad”, por los hechos resumidos a continuación.

A. Hechos y relato efectuado por la parte demandante.

1. En el escrito de tutela se aseveró que en febrero 29 de 2009, la parte actora fue notificada del dictamen emitido en noviembre 11 de 2008, por el médico calificador del ISS, seccional Caldas, en donde se certificó que el señor Aurentino Hernández Londoño perdió su capacidad laboral en un porcentaje del 67.3%, pérdida estructurada en febrero 21 de 2002, cuyo origen fue enfermedad común (fs. 10 y 11 cd. inicial).

Igualmente, se expresó en la demanda que el accionante cotizó al ISS 476 semanas; y por ello, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez ante la entidad, ya que a su entender cumplió los requisitos para acceder a tal prestación.

2. Así, mediante Resolución N° 3522 de febrero 25 de 2009, el ISS respondió equivocadamente a la petición, decidiendo “negar pensión de vejez al señor Aurentino Hernández Londoño” (f. 3 ib.).

Con el fin de corregir el error y obtener un pronunciamiento respecto de la pensión de invalidez, el actor interpuso los recursos de reposición y apelación contra dicho acto administrativo. En esa medida, la apelación fue resuelta mediante Resolución N° 290 de febrero 10 de 2010, en donde se revocó la decisión ordenando “devolver el expediente al Departamento de Atención al Pensionado de ISS, seccional Caldas para que resuelvan la solicitud de prestación económica de invalidez” (f. 4 ib.).

3. Consecuentemente, el Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del ISS, seccional Caldas, emitió nuevo acto administrativo N° 1192 de marzo 26 de 2010¹, negando la pensión de invalidez pedida, al considerar que el peticionario no se encontraba cotizando al momento de estructurarse la invalidez, es decir en febrero 21 de 2002; además estimó, que a pesar de aparecer cotizadas 452 semanas², ninguna de ellas fue en los últimos 3 años anteriores a dicha fecha.

4. Alegó el actor que la fecha de estructuración consagrada en el dictamen no corresponde a la realidad, dijo que “carece de veracidad toda vez que... se le fue estructurada su invalidez el día 28 de Noviembre del año 2008 y ha (sic) esa fecha primero se encontraba cotizando y

así mismo en el Atolis (sic) del ISS reporta cotizaciones de los años anteriores desde 2003 hasta la fecha” (f. 15 ib.). Para probar lo afirmado, aportó certificación del médico cirujano del hospital de Caldas, en donde este afirma haber practicado amputación supracondilia derecha por presentar pie diabético en junio 29 de 20083.

Igualmente, se lee en la historia médica aportada por el peticionario, que en junio 25 de 2008 “ingresa paciente al servicio de urgencia traído por la esposa. Tiene una infección en un dedo del MID (miembro inferior derecho) huele mal”, el mismo día aparece remisión en ambulancia del paciente para el hospital del Caldas en Manizales. Posteriormente se consagra, “amputación MID. Remisión médico laboral” en anotación de julio 12 de 2008.

5. Aunado a lo anterior, sustentó el peticionario que es una persona de 65 años de edad, inhabilitado para trabajar debido a que se desempeñaba como “peón agropecuario” pero ante la amputación de su extremidad inferior derecha dejó de realizar las actividades laborales de las cuales dependía su sustento y el de su familia.

Por lo tanto, se pide conceder la acción y ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez al estimar cumplidos los requisitos exigidos por ley, considerando además que la fecha de estructuración de la invalidez fue equivocadamente establecida.

1. Poder conferido por el accionante a la Dra. Paula María Duque Cadena para actuar a nombre y representación suya (f. 2 ib.).

2. Resolución N° 3522 de febrero 25 de 2009, emitida por el ISS, seccional Caldas que equivocadamente negó la pensión de vejez (f. 3 ib.).

3. Resolución N° 290 de febrero 18 de 2010, en donde el ISS seccional Caldas resolvió recurso de apelación previamente interpuesto, corrigiendo el error cometido y encausando debidamente el asunto (fs. 4 y 5 ib.).

4. Resolución N° 1192, promulgada por la entidad accionada en marzo 26 de 2010, que privó al actor del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez en forma definitiva (fs. 6 y 7

ib.).

5. Cédula de ciudadanía y registro civil de nacimiento de Aurentino Hernández Londoño (fs. 8 y 9 ib.).

6. Dictamen N° 22 de noviembre 11 de 2008, emitido por el médico calificador del ISS, seccional Caldas que estableció un porcentaje del 67.3% de pérdida de capacidad laboral del actor, estructurado en febrero 21 de 2002, cuya denominación de origen fue enfermedad común (fs. 37 y 38 ib.).

7. Certificación expedida por el consorcio “Prosperar”, en donde se aseguró que el accionante fue afiliado como trabajador independiente rural al Fondo de Solidaridad Pensional – Programa de Subsidio al Aporte a Pensión desde septiembre de 2003 (f. 12 ib.).

8. Reporte de semanas cotizadas en pensiones por el peticionario, entre el período de enero de 1967 hasta julio de 2009, emitido por la Vicepresidencia de Pensiones del Instituto de Seguros Sociales (fs. 13 y 14 ib.).

9. Concepto del médico Zamarino Jaramillo Gallego, en donde se certificó que en junio 29 de 2008, le fue practicada al señor Hernández Londoño cirugía de “amputación supracondilia derecha por presentar pie diabético con compromiso hasta tercio inferior de pierna” (f. 74 ib.).

10. Historia médica de Aurentino Hernández Londoño (fs. 75 a 122 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

Mediante auto de mayo 10 de 2010, el Juzgado Promiscuo de Familia de Salamina Caldas, encontró reunidos los requisitos mínimos establecidos en el Decreto 2591 de 1991, por ende admitió esta acción y concedió al Gerente del ISS, seccional Caldas y al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado de la misma entidad, el término de dos (2) días para dar respuesta. Sin embargo, después de notificadas las autoridades referidas ninguna

ofreció contestación.

A. Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Promiscuo de Familia de Salamina Caldas, al realizar el estudio de procedencia de la tutela para el reconocimiento de la pensión de invalidez, atinó que “en relación con los supuestos fácticos que el demandante pone de presentes... el actor no reúne los requisitos jurisprudenciales para acceder a sus pretensiones de manera excepcional por este medio subsidiario ni tampoco se vislumbran vías de hecho o aplicación errada de la ley por parte del ISS” (f. 58 ib.). Estableció, que si bien el accionante es un adulto mayor y sujeto de especial protección, el mismo no acreditó la certeza del derecho alegado, ni las razones que hacen ineficaz el medio de defensa judicial idóneo.

El argumento subsecuente del juzgado, fue considerar que le asistió derecho al ISS para negar la pensión, pues no se separó de las normas legales vigentes y no trasgredió en momento alguno el debido proceso. Por tanto, no tuteló los derechos fundamentales del señor Aurentino Hernández Londoño.

B. Impugnación.

El actor discrepó del fallo reseñado, al estimar que la conducta del médico calificador fue arbitraria y esto no se tuvo en cuenta; indicó que su incapacidad se estructuró en el 2008, año en que fue amputada su extremidad inferior derecha tal como lo estableció el médico cirujano y se prueba con la historia clínica. Refirió, “lo que resulta grave es cómo el médico del Seguro Social plasma como fecha de estructuración el día 21 de febrero de 2002, argumentándole... que ‘daba esa fecha para que le llegara un retroactivo bien bueno’”, afirmó que en el 2002 “se dedicaba al sostenimiento de su hogar como todo hombre trabajador” (f. 69 ib., no se encuentra en negrilla en el texto original).

Resaltó sus condiciones de vulnerabilidad y pidió a los magistrados del tribunal revisar la historia médica aportada con la impugnación, en la que consta cirugía de amputación realizada en junio 29 de 2008. Todo lo anterior, fue relatado mediante memorial presentado en junio 17 de 2010.

C. Sentencia de segunda instancia.

D. Pruebas ordenadas en sede de Revisión.

Mediante auto de diciembre 13 de 2010 (f. 11 cd. Corte), se vinculó como parte interesada dentro del trámite de la presente acción a la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Caldas, por conducto de su Secretario (Art. 16 D. 2463 de 2001), remitiéndole copias de la tutela y de la impugnación, así como de los fallos de instancias, para que en el término dispuesto informe, complementemente y/o contradiga lo que estime del caso.

En cumplimiento de lo anterior, el Secretario de citada Junta, a través de escrito recibido en la Secretaría de General de la Corte en enero 19 de 2011, manifestó brevemente que “revisados los libros radicadores que se llevan en esta JUNTA, como así mismo, los archivos se encuentra que hasta la fecha no se ha ingresado solicitud alguna para calificar la pérdida de la capacidad laboral correspondiente al señor AURENTINO HERNÁNDEZ LONDOÑO, con cédula de ciudadanía número 4.560.320”.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Debe esta Sala de Revisión determinar si los derechos a “la dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital, al debido proceso y derechos de las personas de la tercera edad” están siendo vulnerados por el ISS, seccional Caldas, al negarle el reconocimiento de la pensión de invalidez al señor Aurentino Hernández Londoño, argumentando que el peticionario no cumple los requisitos legales exigidos.

Para ello, en primer lugar, se analizará la procedencia de la tutela en cuanto al reconocimiento de la pensión de invalidez; en segundo término, se estudiará la garantía del derecho a la seguridad social y la condición de derecho fundamental que adquiere la pensión de invalidez; luego se reseñará la regulación pertinente a las Juntas de Calificación y la debida forma de estructurar la fecha de invalidez y, con base en estos elementos, se

resolverá el caso en concreto.

Tercera. Procedencia excepcional de la acción de tutela para reclamar el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez. Reiteración de jurisprudencia.

En concordancia con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es una vía judicial que tiene toda persona para procurar la protección de sus derechos fundamentales, la cual procederá cuando el afectado no disponga de otro medio idóneo de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, entendiendo así que la tutela es un medio secundario. En este sentido esta corporación ha dispuesto que “la tutela adquiere el carácter de mecanismo subsidiario frente a los restantes medios de defensa judicial; su objeto no es desplazar los otros mecanismos de protección judicial, ‘sino fungir como último recurso... para lograr la protección de los derechos fundamentales’”⁵.

Debido a ello, en principio, resultaría improcedente el reconocimiento de una prestación pensional mediante acción de tutela, ya que el ordenamiento jurídico nacional ha dispuesto medios judiciales específicos para la solución de conflictos de ese origen, ya sea, en la jurisdicción laboral ordinaria o en la contenciosa administrativa, según el caso.

No obstante, la regla general de improcedencia tutelar para el pago de prestaciones económicas, en razón de la existencia de otros medios de defensa, tiene excepciones que han sido desarrolladas por esta Corte. De este modo, la sentencia T-063 de febrero 9 de 2009, M. P. Jaime Araújo Rentería, señaló:

“En síntesis, se puede indicar que en virtud del principio de subsidiariedad la acción de tutela es improcedente para ordenar el reconocimiento de una pensión. Sin embargo, de manera excepcional y como mecanismo transitorio, el juez de tutela puede ordenar el reconocimiento de dicha prestación económica, si: (i) existe certeza sobre la ocurrencia de un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales si el reconocimiento de la pensión no se hace efectivo; (ii) se encuentra plenamente demostrada la afectación de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida digna del accionante o de su núcleo familiar; (iii) los beneficiarios del derecho pensional son sujetos de especial protección constitucional; y, (iv) cuando conforme a las pruebas allegadas al proceso, el juez de tutela determina que efectivamente, a pesar de que le asiste al accionante el derecho pensional que reclama, éste

fue negado de manera caprichosa o arbitraria.”

En desarrollo de dichas excepciones, frente al perjuicio irremediable y la afectación al mínimo vital, cabe anotar que cuando una persona se encontraba trabajando y sufre una pérdida de su capacidad laboral, por enfermedad o accidente, sus ingresos se reducen consecuentemente, en la medida en que se presume que la actividad laboral dejada de realizar era su medio de subsistencia. De esta forma, se colige la afectación al mínimo vital, infiriéndose el perjuicio irreparable y la materialización de los criterios (i) y (ii) recién citados⁶.

Así mismo, es pertinente recordar que la Corte ha catalogado como sujetos de especial protección a las personas discapacitadas y los adultos mayores que solicitan una pensión de invalidez. Así, en sentencia T-442 de abril 30 de 2008, con ponencia de quien ahora cumple igual función, se estimó:

“En las acciones de tutela sobre solicitudes para el reconocimiento y sucedáneo pago de una pensión de invalidez, o para el pago de la misma cuando ha sido interrumpida pese al reconocimiento y goce previos, debe considerarse que son incoadas, por lo general, por adultos mayores, personas de la tercera edad, o por quienes debido a su minusvalía o discapacidad no pueden hacer uso de los mecanismos de defensa idóneos para la protección de sus derechos, encontrándose en circunstancias de debilidad manifiesta, en cuya protección y asistencia debe concurrir el Estado.”

En el mismo sentido, en la sentencia T-144 de marzo 30 de 1995, M. P. Antonio Barrera Carbonell, se lee:

“La condición de disminuido físico, sensorial o psíquico - que subyace a la calificación médica de pérdida de la capacidad laboral como presupuesto del reconocimiento del derecho a la pensión de invalidez -, coloca a la persona afectada bajo la órbita del derecho a la igualdad y la hace acreedora de una protección especial del Estado por encontrarse en circunstancias de debilidad manifiesta.”

También ha resaltado esta corporación la existencia de circunstancias que hacen del otorgamiento y pago de la pensión de invalidez un derecho fundamental⁷, esto por la ostensible relación que tiene con derechos como el mínimo vital, la seguridad social y la vida

digna, entre otros; de esta manera, se permite al afectado solicitar su protección por vía de tutela.

A la par de lo anterior, cuando una entidad se rehúsa a conceder el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, a pesar de la persona haber acreditado los requisitos exigidos, dicho ente vulnera el derecho a la igualdad. Así, para evitar el menoscabo de las garantías constitucionales de los ciudadanos, las entidades deben siempre optar por una revisión consiente y estricta de los procedimientos y requisitos en cada caso, y no negar arbitrariamente los derechos obtenidos, pues de lo contrario la tutela es correctamente invocada.

En conclusión, tratándose del reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, el juez constitucional debe efectuar un estudio de procedencia de la acción de tutela, que si bien ha de ser estricto, mantendrá racionalidad en razón de las excepciones ya señaladas. Ello quiere decir que la improcedencia tutelar en materia pensional, no puede ser absoluta.

Cuarta. La garantía del derecho a la seguridad social y la condición de derecho fundamental que adquiere la pensión de invalidez. Fundamentos.

El derecho a la seguridad social, enmarcado dentro de los clasificados como económicos, sociales y culturales, apunta a la protección de la comunidad frente a ciertas necesidades y contingencias. Basado en principios de solidaridad, igualdad y universalidad, adquirió mayor desarrollo hacia la mitad del Siglo XX: “La seguridad social, para Jambu-Merlin, nace a partir de 1941 de los siguientes factores: a) Una terminología. En 1935 es votada, en Estados Unidos, La Social Security Act. Esta expresión se introdujo rápidamente en los países angloparlantes y después se extendió al mundo entero. b) Un acontecimiento político y militar. La guerra de 1939 a 1945... los gobiernos saben que una de las condiciones de un esfuerzo bélico y un esfuerzo de reconstrucción será la implementación de una sociedad más justa, más segura y de una democracia más social... la Carta del Atlántico del 12 de agosto de 1941, contiene, resultante de la petición de Churchill, un párrafo sobre la necesidad de extensión de la seguridad social a todos. Lo mismo en la declaración de Filadelfia de la OIT, de 10 de mayo de 1944. c) Una necesidad social... las necesidades más vivas en materia de seguridad y de salud... hacen posible que aparezca una idea completamente ignorada a principio de siglo: la protección social debe extenderse a todos... d) Un documento

británico... es, en cierta medida, la conjunción de los tres elementos precedentes, la que conduce al gobierno británico a confiar, en mayo de 1941, a Sir William Beveridge la misión de estudiar la transformación de las instituciones de protección social.” 8

A partir de aquellos momentos históricos y de la positiva evolución del concepto de seguridad social, emergió su reconocimiento a nivel internacional como uno de los Derechos Humanos, reafirmando la Organización Internacional del Trabajo (OIT), en su Conferencia N° 89 de 2001, la conclusión de que “la seguridad social es muy importante para el bienestar de los trabajadores, de sus familias, y de toda la sociedad. Es un derecho humano fundamental y un instrumento de cohesión social, y de ese modo contribuye a garantizar la paz social y la integración social”9.

De tal manera, la seguridad social tiene cabida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos10 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, estableciendo este último (art. 9°): “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

De igual forma, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, estatuye (no se encuentra en negrilla en el texto original): “Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia.”

Así mismo, el artículo 9° del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”), es del siguiente tenor, en lo pertinente (no se encuentra en negrilla en el texto original): “Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes.”

Discurrido lo anterior, claro queda que internacionalmente se protege el derecho a la seguridad social y se establece como uno de sus componentes esenciales la protección de las personas que por diversos motivos caen en circunstancias de discapacidad11, condición

que les dificulta o impide obtener los medios de subsistencia propios de una vida digna.

Esa salvaguardia internacional a favor de las personas discapacitadas, se refleja al máximo nivel en el orden jurídico nacional; así, el artículo 48 de la Constitución Colombiana instituyó la obligatoriedad del servicio público de la seguridad social, mandato desarrollado ampliamente en la Ley 100 de 1993 y disposiciones que la complementan y reforman. En lo pertinente y entre muchos otros preceptos, el artículo 10° de dicha Ley estableció como objeto del sistema pensional “garantizar a la población, el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez y la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones...” (no está en negrilla en el texto original), desarrollando así la base jurídica de la pensión de invalidez, más adelante especificada en los artículos 38 a 45 y 69 a 72 ejusdem.

De este modo, adviértase que la pensión de invalidez no es un simple derecho prestacional, sino que es además el resultado de la idea de progreso universal de las sociedades y del desarrollo internacional de valores jurídicos de gran trascendencia como la igualdad, la dignidad humana y la solidaridad, todos ellos presentes en nuestra Carta Política.

Quinta. Concepto de invalidez. Sustentos de hecho y de derecho para determinar la fecha de estructuración de la invalidez. Normatividad y jurisprudencia.

En la Recomendación N° 131 de la OIT, complementaria del Convenio N° 128, sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, 1967, se determinó que “la definición de invalidez debería tomar en cuenta la incapacidad para ejercer una actividad que proporcione un ingreso apreciable”. Así mismo, para el Sistema Colombiano de Seguridad Social en Pensiones, una persona es considerada inválida por enfermedad común cuando por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral (Art. 38 L. 100/93).

Por anterior, se estableció entonces una prestación a favor de los individuos cuya disminución o pérdida de capacidad laboral es de tal importancia que, se asume, afrontarán serias dificultades para desempeñar un empleo que les permita procurarse su congrua subsistencia y la de su familia, razón por la cual se justifica el reconocimiento y pago de la correspondiente pensión.

Ha resaltado esta corporación, según la sentencia T-561 de julio 7 de 2010, con ponencia de

quien ahora cumple igual función, que: “una persona es inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada.”

Igualmente desde antaño, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió que una persona es declarada inválida “desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”¹². También esa Corte expresó: “como la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral.”¹³

Se colige de lo expuesto que un elemento definidor del estado de invalidez, es el hecho de que la persona por sí misma no puede procurarse los medios para una vida digna y decorosa, medios que se adquieren normalmente de una actividad laboral remunerada; presumiéndose, en principio, que el momento clave de la estructuración de la invalidez está íntimamente ligado con aquel en que la persona no pudo seguir laborando como consecuencia de condiciones físicas o mentales¹⁴.

La fórmula para que indica cómo definir la invalidez se encuentra en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que consagró “el estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de la invalidez, expedido por el gobierno nacional”. La misma Ley previó que los dictámenes que adopten las Juntas de Calificación deben “contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión.”

Así, el gobierno nacional en desarrollo de este mandato legal expidió el Manual Único para la calificación de la invalidez, Decreto 917 de 1999¹⁵, que en su artículo 3°, señaló en lo pertinente a este caso que: “el momento de estructuración de la invalidez de una persona es la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Para cualquier contingencia, esta fecha debe documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y puede ser anterior o corresponder a la fecha de calificación”.

Frente a este planteamiento, es evidente que quien ha perdido su capacidad laboral, entendida como el conjunto de habilidades, destrezas, aptitudes o potencialidades de todo orden, que le permiten desarrollar un trabajo habitual y percibir por el mismo una retribución económica, no podrá en consecuencia seguir cotizando al Sistema General de Seguridad Social, ni en salud ni en pensiones. Por lo mismo, salvo que exista una prueba concreta y fehaciente de que la situación invalidante se configuró en un momento cierto y anterior, la fecha de estructuración de invalidez de una persona suele ubicarse en época relativamente próxima a aquella en la que se emite el respectivo dictamen de calificación, hipótesis en la cual el trabajador puede incluso haber alcanzado a realizar algunas cotizaciones de más mientras se produce tal calificación.

La Corte en reiteradas ocasiones ha revisado casos en los cuales la fecha de estructuración de la invalidez ha sido erróneamente definida, repercutiendo ello, en la vulneración de los derechos fundamentales de algunos ciudadanos.

Tal es el caso de la sentencia T- 710 de octubre 6 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, que al estudiar la situación de un portador de VIH/SIDA señaló “a pesar del carácter progresivo y degenerativo de la enfermedad que padece el señor... se advierte que éste pudo conservar sus capacidades funcionales y continuó trabajando y aportando al sistema de seguridad social por dos años y cuatro meses después de la fecha señalada como de estructuración de la invalidez”.

Análoga resulta la sentencia T-699A de septiembre 6 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil, en la cual se precisó que una persona portadora VIH/SIDA, a quien se estableció de manera retroactiva la fecha de estructuración de su invalidez, en realidad conservó sus funciones y capacidades laborales por una parte importante de ese tiempo anterior, al punto de seguir laborando y aportando al sistema de seguridad social hasta la época en que se practicó el examen de calificación de invalidez, razón por la cual se decidió que fuera esta la fecha tomada como referente.

De igual modo, en la ya referida sentencia T-510 de 2010, se presentó respecto de la calificación de una persona con enfermedad mental que “atendida la evolución del estado de salud de la señora... el cual ha pasado por períodos críticos pero también por otros de

relativa estabilidad o equilibrio, pero cuya posibilidad de mejoría total o significativa estaría médicamente descartada¹⁶, para la Corte resulta poco verosímil asumir que luego de pasar por una situación clínicamente difícil en 1983, que habría justificado la retroactiva estructuración de su invalidez desde esa época, ella hubiese podido seguir laborando, así como cotizando por espacio de más de 21 años a pensiones, teniendo en cuenta que según quedó dicho, la invalidez es una situación en que la persona ve drásticamente disminuidas sus destrezas físicas y mentales, lo que le impide desarrollar cualquier actividad laboral económicamente productiva”.

Sexto. El caso concreto.

6.1. El señor Aurentino Hernández Londoño, solicitó ante el ISS el reconocimiento de la pensión de invalidez, aduciendo cumplir los requisitos exigidos por ley, que son en su caso, la pérdida de capacidad laboral superior al 50 % y 452 semanas cotizadas. El ISS negó la solicitud al considerar que el actor no cumplía el requisito de las 50 semanas anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, es decir, antes de febrero 21 de 2002.

6.2. Según lo expuesto anteriormente y en primer lugar, se advierte que el examen de procedencia de la tutela para el reconocimiento y pago de la pensión del actor resulta favorable, en cuanto se evidencia la existencia de un perjuicio irremediable, al afectarse el mínimo vital en razón de la pérdida de capacidad para trabajar del demandante, habida cuenta de que para ser empleado agropecuario es indispensable su extremidad amputada, impidiéndole percibir su retribución acostumbrada, y permitiendo inferir la precariedad de sus medios de subsistencia.

6.3. Además de ello, el actor es considerado por la jurisprudencia constitucional como sujeto de especial protección, ya que al tener 65 años de edad¹⁷ y un porcentaje de 67.3% de pérdida de capacidad laboral, es una persona discapacitada que se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta. Por lo anterior, se determina en este caso que la pensión de invalidez como componente esencial de la seguridad social, adquiere rango de fundamental por las dolorosas y frustrantes circunstancias que rodean esta contingencia; así, la protección al derecho se hará en forma definitiva.

6.4. Ahora bien, la negativa del ISS a reconocer la pensión de invalidez reclamada, se justifica en el hecho de que según el dictamen expedido por el respectivo médico calificador del ISS,

la fecha de estructuración de la invalidez del actor se fijó en una fecha transcurrida casi 6 años atrás de la suspensión de las cotizaciones, lapso en el cual, pretende el ISS que, aún “inválido” el accionante cotizó el grueso de las semanas de su historia laboral.

La diferencia existente entre el momento en que el accionante sugiere como de estructuración de la invalidez, y el definido por el médico calificador, es determinante para establecer si se cumple el requisito de las semanas.

De esta forma, si se aceptará como fecha de estructuración la establecida por el médico calificador del ISS, febrero 21 de 2002, el peticionario no tendría 50 semanas cotizadas con la anterioridad requerida; de lo contrario, estableciéndose esa fecha, como la del momento de la amputación de su extremidad, es decir junio 29 de 2008, según certificación del médico cirujano¹⁸, dicho requisito sí estaría cumplido.

6.5. Para solucionar la incongruencia planteada, se explicó que los dictámenes determinantes de la invalidez, tienen una forma y normatividad establecida para emitirse debidamente, y se aclaró que éstos deben fundarse siempre en motivos de hecho y de derecho, circunstancia particular no observada en el dictamen aportado por el accionante y obrante como prueba en el expediente.

En contraposición a la ausencia de argumentación clínica y jurídica de la fecha de estructuración establecida en el peritaje, se encontró en el escrito de impugnación, afirmación hecha por la parte actora expresando: “lo que me resulta grave es cómo el médico del Seguro Social plasma como fecha de estructuración el día 21 de Febrero de 2002, argumentándole a mi cliente que daba esa fecha para que le llegara un Retroactivo bien bueno.” (F. 69 cd. inicial).

Evidenciando lo anterior, cabe anotar que esta Sala hará valer la presunción de veracidad consagrada en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, así como el principio de buena fe (Art. 83 superior), pues, habiéndose solicitado al ISS para que se pronunciara sobre los hechos de la acción mediante el auto admisorio¹⁹, éste no presentó respuesta, ni aclaración, ni pronunciamiento alguno, en ese sentido se tendrán por ciertos los hechos relatados por el actor.

Con todo, se establece que la regulación pertinente fue incumplida por parte del médico calificador del ISS, ello, en perjuicio de los derechos fundamentales del señor Aurentino Hernández Londoño, más aún cuando en la historia médica aportada se encuentra la certificación del médico cirujano que realizó la amputación del miembro inferior al actor.

Cabe aclarar que, si bien el actor con anterioridad a la amputación de su extremidad sufría de Diabetes tipo 2 (f. 11 cd. inicial), esta enfermedad no le impidió trabajar normalmente pues afirmó igualmente la apoderada que “el señor HERNANDEZ en el año 2002 se dedicaba al sostenimiento de su hogar como todo un hombre trabajador”.

En tal virtud, se dispondrá que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el ISS, seccional Caldas, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha efectuado, expida la resolución de reconocimiento y empiece a pagar la reclamada pensión de invalidez al señor Aurentino Hernández Londoño, cubriendo desde junio 29 de 2008, fecha de estructuración de la incapacidad.

IV. DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR el fallo proferido en julio 22 de 2010, por una Sala Civil Familia de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que en su momento confirmó el dictado en junio 10 del mismo año, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Salamina Caldas, que negó la tutela presentada, mediante apoderada, por el señor Aurentino Hernández Londoño, contra el Instituto de Seguros Sociales, seccional Caldas.

Segundo: En su lugar, se dispone TUTELAR los derechos a la dignidad humana, a la seguridad social, al mínimo vital y al debido proceso del demandante, ordenando que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, el Instituto de Seguros Sociales, seccional Caldas, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, si no lo ha efectuado, expida la resolución de reconocimiento y empiece a pagar la

reclamada pensión de invalidez al señor Aurentino Hernández Londoño, cubriendo desde junio 29 de 2008, fecha que se tomará como de estructuración de la invalidez.

Tercero: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Se advierte que en el expediente, la citada resolución tiene 2 folios, en los cuales, el encabezado es diferente. En el primero, (f. 6 cd. inicial) la Resolución tiene “N° 1192 de 26 de marzo de 2010”, en el segundo (f. 7 ib.) el encabezado es “N° 1556 de 30 de abril de 2010”. Sin embargo, para efectos de este fallo se tomará la referencia del primer folio.

2 Cfr. (f. 6 ib.).

3 Cfr. (f. 74 ib.).

4 F. 14 cd. 2

5 Cfr. SU-544 de mayo 24 de 2001, M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

6 En la sentencia T-124 de marzo 29 de 1993, M. P. Vladimiro Naranjo Mesa, se expresó que “la pensión de invalidez representa para quien ha perdido total o parcialmente la capacidad de trabajar y no puede por sí mismo proveerse de los medios indispensables para su subsistencia, un derecho esencial e irrenunciable”. Cfr. también T-1291 de diciembre 7 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández y T-138 de febrero 17 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto, entre otras.

7 Cfr. T-1128 de noviembre 3 de 2005, M. P. Clara Inés Vargas Hernández; T-1013 de octubre 16 de 2008, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-442 de abril 30 de 2008, T-271 de abril 13 de 2009 y T-561 de julio 7 de 2010, en las tres últimas M. P. Nilson Pinilla Pinilla; entre otras.

8 Carrillo Prieto, Ignacio. Introducción al Derecho Mexicano. Derecho de la Seguridad Social. Edit. Universidad Autónoma de México, 1981, pag. 27.

9 Seguridad Social. Un nuevo Consenso. Conferencia N° 89 de la OIT. 2002.

10 Artículo 22: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

11 En varias sentencias la Corte ha especificado la diferencia los conceptos de discapacidad e invalidez, así por ejemplo la T-122 de 18 de febrero de 2010, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto se lee: “se encuentra establecido que se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona invalida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.”

12 Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Constaín, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá 1967. Pág. 725.

13 Sala de Casación Laboral sentencia 17187 de noviembre 27 de 2001 M. P. Germán Valdés

Sánchez.

14 Cfr. T-710 de octubre 6 de 2009, M. P. Juan Carlos Henao Pérez, y T-561 de julio 7 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

15 Modificatorio del Decreto 692 de 1995.

16 Información médica relacionada con la expectativa de mejoría de la esquizofrenia, extraída de la dirección electrónica <http://www.nlm.nih.gov/medlineplus/spanish/ency/article/000928.htm>, página de la Biblioteca Nacional de Medicina y los Institutos Nacionales de la Salud de E. U. de A., consultada el 21 de junio de 2010: “La mayoría de las personas con esquizofrenia encuentran que sus síntomas mejoran con los medicamentos y algunas obtienen un buen control de los síntomas con el tiempo. Sin embargo, otras experimentan discapacidad funcional y están en riesgo de episodios repetitivos, especialmente durante las etapas iniciales de la enfermedad. Para vivir en comunidad, las personas con esquizofrenia pueden necesitar apoyo en el hogar, rehabilitación ocupacional y otros programas de apoyo comunitario. Las personas que sufren las formas más severas de este trastorno pueden estar demasiado discapacitadas para vivir solas y pueden necesitar hogares comunitarios u otros lugares estructurados a largo plazo para vivir.”

17 Hecho probado con su cédula de ciudadanía (f. 8 cd. inicial).

18 F. 74 ib..

19 Auto de mayo 26 de 2010, emitido por el Juzgado Promiscuo de Familia de Salamina, Caldas.