

Sentencia T-425/12

ACCION DE TUTELA-Carencia actual de objeto

Bien desarrollada esta la noción de que la carencia actual de objeto consiste en un hecho jurídico configurado a partir de la ocurrencia del fenómeno del hecho superado o del daño consumado. El primero de ellos obedece a los eventos en que la situación que motivó la presentación de la acción desapareció o ha sido superada, lo cual puede suceder, por ejemplo, cuando el accionado corrige su proceder, de manera tal que reorienta su conducta a respetar el contenido del derecho fundamental cuya vulneración o amenaza se le endilga como consecuencia de su acción u omisión; el segundo fenómeno tendrá ocurrencia cuando la vulneración o amenaza alegadas concluyeron en la consumación del daño que se quería evitar a través del amparo

FALLO DE TUTELA-Derechos invocados pueden ser protegidos por el juez de manera extra o ultra petita

ACCION DE TUTELA-Procedencia debido a amenaza de daño/SUSTITUCION PENSIONAL-Alcance respecto del compañero permanente

Referencia: expediente T-3340270

Acción de tutela instaurada por Martha Elena Vera contra Nueva EPS.

Procedencia: Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, Valle del Cauca

Magistrado Ponente: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá D. C., junio siete (7) de dos mil doce (2012)

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 primera instancia por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, Valle del Cauca, en noviembre 28 de 2011, dentro de la acción de tutela incoada por Martha Elena Vera contra Nueva EPS.

El expediente llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo el mencionado juzgado, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Primera Sala de Selección de la Corte, en auto de enero 31 de 2012, escogió el asunto de la referencia para su revisión.

I. ANTECEDENTES.

En septiembre 14 de 2011, la señora Martha Elena Vera, actuando a través de apoderada judicial, presentó acción de tutela contra Nueva EPS, por la presunta vulneración de sus derechos a la salud y a la vida digna.

A. Hechos y relato contenidos en la demanda.

1. Como fundamento fáctico de la acción incoada, la actora sostuvo que, a raíz de la muerte de su esposo, en febrero 14 de 2011, solicitó al Instituto de Seguros Sociales (en adelante ISS) la sustitución de la pensión que le había sido reconocido a su cónyuge.

2. Agregó que la entidad no había resuelto su solicitud, aun cuando el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Cali tuteló su derecho de petición en sentencia de mayo 9 de 2011, ordenando al ISS emitir la correspondiente respuesta de fondo dentro de las 48 horas siguientes a la correspondiente notificación.

3. Añadió que Nueva EPS le prestaba los servicios médicos que necesitaba, en tanto era beneficiaria de la afiliación de su esposo a dicha empresa.

4. Afirmó que padece una enfermedad llamada "Miastenia Gravis, razón por la cual los médicos tratantes le formulan mensualmente Acetaminofen (una tableta cada 8 horas), Haloperidol (7 gotas cada noche), calcio carbonato+vitamina D (una tableta con el almuerzo) y Piridostigmina Bromuro 60mg (4 tabletas diarias), medicamentos que son fundamentales para mantener controlada su enfermedad" (f. 2 cd. inicial).

5. Sin embargo, cuando fue a reclamar los medicamentos prescritos en agosto 25 de 2011 por Nueva EPS, esta empresa le informó que los servicios de salud le habían sido suspendidos, “toda vez que era afiliada en calidad de beneficiaria y la entidad ISS, encargada de reconocer la sustitución pensional no ha procedido a ingresarla en nómina” (ib.).

6. Sostuvo que algunos de los medicamentos prescritos son sumamente costosos y que no tiene cómo comprarlos, pues “dependía económicamente de su esposo y la entidad encargada de reconocerle la sustitución pensional no ha dado respuesta” (f. 3 ib.).

6. Por lo anterior, solicitó el amparo de sus derechos a la salud y a la vida digna para que, en consecuencia, se ordene a la EPS accionada entregarle inmediatamente los medicamentos que le fueron formulados y los que le llegasen a recetar en razón de su enfermedad.

B. Contestación de la entidad accionada.

Mediante escrito allegado en septiembre 27 de 2011, Nueva EPS dio contestación a la acción impetrada, exponiendo que la señora Martha Elena Vera no se encontraba afiliada al régimen contributivo ni al régimen subsidiado de Seguridad Social en Salud, razón por la cual ostenta la calidad de vinculada a dicho sistema. En consecuencia, argumentó que la atención en salud, según el artículo 157 de la Ley 100 de 1993, correspondía a las instituciones públicas y privadas que tuviesen contrato con las entidades territoriales respectivas donde se deba prestar el servicio.

Por lo anterior, solicitó que se le excluyera del proceso de tutela y, en cambio, se vinculara a la Secretaría de Salud Departamental de Valle del Cauca como encargada de la prestación de los servicios de salud a la accionante o, subsidiariamente, se ordenara al Fosyga pagar las sumas que erogue la empresa para el eventual cumplimiento de la orden judicial que se profiera.

Por otra parte, a pesar de que el a quo oficiosamente resolvió vincular al proceso al ISS Pensiones, seccional Valle del Cauca, y a la Oficina Asesora Jurídica y de Apoyo Legislativo del Ministerio de la Protección Social, a fin de que se pronunciaran sobre los hechos que motivaron la acción impetrada, tales entidades no allegaron pronunciamiento alguno al respecto, habiéndose observado luego que la comunicación al primero no había sido enviada.

C. Documentos relevantes cuya copia obra dentro del expediente.

* Carné de beneficiaria de Martha Elena Vera a Nueva EPS, con fecha de afiliación en agosto 1º de 2008 (f. 8 ib.).

* Orden médica expedida en agosto 25 de 2011 por parte de Nueva EPS, en la que prescribe a la señora Martha Elena Vera “piridostimina bromuro 60 mg # 120 tomar 4 tabletas diarias” (f. 6 ib.).

* Fórmula médica con fecha julio 25 de 2011, donde se prescribe a la paciente Martha Elena Vera, acetaminofén, haloperidol, piridostigmina bromuro y calcio carbonato con vitamina D (f. 7 ib.).

* Fallo de tutela N° 089, dictado en mayo 9 de 2011 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, en el que se ordena al ISS, seccional Valle del Cauca, resolver de fondo, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación respectiva, la petición elevada en febrero 14 de 2010 por la señora Martha Elena Vera, “respecto al reconocimiento de la pensión de sobreviviente, por el fallecimiento del señor Gonzalo Guzmán” (fs. 11 a 17 ib.).

* Incidente de desacato iniciado por la apoderada de la señora Martha Elena Vera contra el ISS, por el posible incumplimiento de lo ordenado en la sentencia dictada en mayo 9 de 2011 por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, antes mencionada (fs. 9 y 10 ib.).

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

A. Sentencia única de instancia.

Mediante fallo de septiembre 27 de 2011, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali resolvió “no tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas” de la actora, después de estimar que “el actuar de la Nueva EPS no ha vulnerado derecho fundamental alguno, toda vez que obró conforme a su deber legal tal como se enunció en precedencia y por dicha disposición debía desafiliar al grupo familiar tras la muerte del cotizante, en este caso del señor Gonzalo Guzmán, desafiliando a la señora Martha Elisa Vera”, agregando que “no es dable ordenar a la EPS que cubra la prestación requerida por la señora Vera si no se encuentra en la obligación legal de hacerlo, debido a que se procedió a su desafiliación, al estar dicha figura jurídica contenida en una disposición legal” (f. 36 ib.).

B. Impugnación.

Oportunamente, la apoderada de la demandante impugnó el mencionado fallo, exponiendo que “si bien es cierto la afiliación de la accionante se encuentra suspendida por cuanto el ISS no ha procedido a resolver de fondo la solicitud de pensión sustitutiva por fallecimiento de su esposo, también lo es que una vez el ISS reconozca la pensión de sobrevivientes, a la Nueva EPS se le girarán los valores retroactivos por concepto de salud desde el día que falleció el cónyuge de la accionante”, a lo cual añadió que no cuenta con los medios económicos suficientes para obtener los medicamentos prescritos, pues dependía de su esposo, siendo “absolutamente urgente y necesario que se le suministren” (f. 45 ib.).

C. Nulidad de la actuación.

Mediante auto de noviembre 9 de 2011, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali consideró que no era posible resolver el recurso, en cuanto la sentencia impugnada adolece de nulidad, dado que, a pesar de que “el Juzgado del conocimiento dispuso enterar del trámite al Seguro Social, no le envió el correspondiente oficio para la notificación”. En consecuencia, decretó la nulidad de lo actuado a partir del auto mediante el cual se asumió el conocimiento de la solicitud de amparo y ordenó devolver el expediente al Juzgado de origen para lo de su cargo (f. 3 y 4 cd. 2).

D. Nueva contestación de las entidades accionada y vinculadas.

Mediante escrito allegado en noviembre 23 de 2011, Nueva EPS dio contestación a la acción incoada, esta vez exponiendo que la señora Martha Elena Vera “se encuentra afiliada

-ACTIVA- al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud por intermedio de Nueva EPS S.A. en calidad de cotizante independiente desde el día doce (12) de octubre de 2011, reportando al sistema de seguridad social un Ingreso Base de Cotización (IBC) de: \$536.000”, añadiendo que, “si nuestra afiliada requiere servicios de atención en salud, es indispensable que acuda ante la IPS asignada con el objeto de programar cita médica con profesional en la medicina quien valorará su estado actual de salud, y así, desde perspectiva clínica científica por medio de orden y/o fórmula médica plasmará las prescripciones médicas necesarias para el tratamiento” (f. 53 cd. principal).

En consecuencia, solicitó “no conceder la acción en contra de la entidad” y, en el caso contrario, ordenar al Ministerio de la Protección Social - Fondo de Seguridad y Garantía (Fosyga), pagar el 100% del costo en el que incurra para dar cumplimiento a lo que se le llegare a ordenar (f. 57 ib.).

Por su parte, el Ministerio de la Protección Social, Fosyga y el ISS, pese a haber sido notificados en noviembre 17 de 2011, mediante oficios 2959 y 2960, respectivamente, no emitieron respuesta alguna respecto de los hechos.

E. Sentencia única de instancia.

Una vez corregido el yerro que dio lugar a la nulidad de la sentencia inicial, y habiendo recibido la contestación de Nueva EPS, el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali profirió, en noviembre 28 siguiente, nuevo fallo no impugnado, resolviendo de igual manera, es decir, no tuteló los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas de la actora, bajo los mismos argumentos expuestos en la sentencia que había sido anulada por el Tribunal.

III. ACTUACIÓN EN SEDE DE REVISIÓN.

A fin de indagar sobre lo resuelto en el incidente de desacato presentado por la actora para dar cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de mayo 9 de 2011, proferida por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Cali, en la que se concedió el amparo al derecho de petición, vulnerado por el ISS al no dar contestación a la respectiva solicitud de sustitución pensional, la Sala se comunicó con el mencionado Juzgado, que allegó vía fax la siguiente documentación relevante, producida por dicho despacho judicial:

- Oficio N° 1418 de mayo 28 de 2012, en virtud del cual remitió “las piezas procesales correspondientes al incidente de desacato de la referencia, las cuales, han sido solicitadas” (f. 9 cd. Corte).

- Auto interlocutorio N° 2202 de julio 12 de 2011, en el cual dispuso oficiar “al Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales... a fin de que remita a este Despacho Judicial, copia del acto administrativo por el cual se dio cumplimiento a lo ordenado en la Sentencia de Tutela N° 089 del 09 de mayo de 2011...” (f. 19 ib.).

- Auto interlocutorio N° 236 de octubre 31 de 2011, mediante el cual resolvió el incidente de desacato referido, declarando que el “Jefe del Departamento de Atención al Pensionado del Instituto de Seguros Sociales-Seccional Valle del Cauca, ha incurrido en desacato”, por lo cual le impuso una sanción de “dos (2) días de arresto en las instalaciones que disponga el Departamento Administrativo de Seguridad-DAS, en la ciudad de Santiago de Cali; y un (1) salario mínimo legal mensual vigente...” (f. 29 ib.).

También fue allegada la siguiente documentación, emanada del Jefe de Atención al Pensionado del ISS:

- Comunicación de noviembre 15 de 2011, dirigida al Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, solicitándole declarar la carencia actual de objeto de lo dispuesto en el precitado auto N° 236 de octubre 31 de 2011, en tanto la solicitud de la sustitución pensional efectuada por la señora Martha Elena Vera había sido resuelta mediante acto administrativo N° 13758 de noviembre de 2011 (f. 32 ib.).

- Resolución N° 13758 de noviembre 15 de 2011, por medio de la cual se resuelve la petición de la actora, negándole la sustitución pensional, en cuanto no se estimó posible estudiar la viabilidad de la sustitución, sin efectuar antes una investigación administrativa “tendiente a establecer si existía o no convivencia entre la peticionaria y el fallecido”, pues se observó que “existe una controversia entre la declaración de la señora Martha Elena Vera y la señora Hilda Ramírez de Ricci, toda vez que no coinciden en el tiempo de convivencia en unión libre antes del matrimonio civil” (fs. 33 a 35 ib.).

Por otra parte, en mayo 28 de 2012 un auxiliar del despacho del Magistrado sustanciador de este asunto se comunicó telefónicamente con la actora Martha Elena Vera, quien expresó que actualmente se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud como cotizante independiente, por conducto de Nueva EPS, que le está prestando los servicios médicos requeridos. También manifestó que no realizaba ninguna actividad que le generara ingresos y que el pago de las cotizaciones las efectuaba gracias a la caridad de otras personas.

Así mismo, comunicó que presentó recurso de apelación contra la resolución 13758 de noviembre 15 de 2011, que está pendiente de decisión por parte de la Gerencia del ISS, seccional Valle del Cauca.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Esta corporación es competente para examinar las actuaciones referidas, en Sala de Revisión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. El asunto objeto de análisis.

Empero, también es menester constatar la vigencia de los hechos que dieron lugar al ejercicio de la acción constitucional, de forma que el asunto objeto de decisión aún pueda ser resuelto dentro de un contexto de vulneración o amenaza de derechos fundamentales, no cuando ya se han superado las circunstancias lesivas o amenazantes, o se ha consumado el daño que se pretendía evitar con el ejercicio de la acción de tutela. Así, esta Sala de Revisión determinará previamente si se encuentra frente al fenómeno de la carencia actual de objeto, lo cual conduciría a la vacuidad de lo que fuere a decidirse.

Tercera. Carencia actual de objeto.

El concepto de carencia actual de objeto surge a partir de la consideración acerca de si al juez de tutela, al momento de dictar sentencia, aún le es posible cumplir la finalidad

asignada por la Constitución a dicha acción judicial.

En efecto, si se parte de la base de que lo pretendido por el constituyente en el artículo 86 superior fue la protección sumaria, preferente e inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando no cuenten con otros medios de defensa judicial o, teniéndolos, pretendan evitar un perjuicio irremediable, en los eventos en que ya no se presenten las circunstancias que dieron origen a la vulneración o amenaza alegadas, o se haya consumado el daño que se procuraba evitar con el ejercicio de la acción, el juez estará frente al fenómeno de la carencia actual de objeto, que le conduce a abstenerse de resolver de fondo el asunto, por sustracción de materia.

Así, la inexistencia de aquellas circunstancias lesivas o su concreción en un perjuicio determinado se tornan relevantes para el ordenamiento, pero para constituir argumento suficiente para que el juez a quien correspondió resolver el asunto, no pueda pronunciarse de fondo, al haberse satisfecho el objetivo propuesto en la carta superior. Sin embargo, ello no obstará para que esta Corte pueda emitir, en sede de revisión, un pronunciamiento al respecto, cuando así lo considere necesario para cumplir con su función de ilustrar sobre el contenido y finalidades de la carta política.

Bien desarrollada está la noción de que la carencia actual de objeto consiste en un hecho jurídico configurado a partir de la ocurrencia del fenómeno del hecho superado o del daño consumado. El primero de ellos obedece a los eventos en que la situación que motivó la presentación de la acción desapareció o ha sido superada, lo cual puede suceder, por ejemplo, cuando el accionado corrige su proceder, de manera tal que reorienta su conducta a respetar el contenido del derecho fundamental cuya vulneración o amenaza se le endilgaba como consecuencia de su acción u omisión; el segundo fenómeno tendrá ocurrencia cuando la vulneración o amenaza alegadas concluyeron en la consumación del daño que se quería evitar a través del amparo.

Lo anterior no obsta para descartar la concurrencia de ambos fenómenos en determinado evento, como sucedería cuando durante el trámite de la acción se consumara el daño y, simultáneamente, el accionado corrigiera su proceder lesivo, de manera tal que ya no hubiese lugar a emitir orden alguna respecto de su conducta.

Con todo, conviene diferenciar los momentos en que pueden ser verificados estos fenómenos

por parte del juez de tutela, en tanto ello puede servir de base para alguna distinción entre ellos. En efecto, para declarar la existencia del hecho superado, la superación de la situación de hecho que motivó la presentación de la tutela se produce después de admitida la acción y antes de haberse fallado, pues si se superan o desaparecen tales circunstancias antes de la admisión, más que declarar la improcedencia, por no tratarse de uno de los eventos contemplados en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, lo que corresponde es negar el amparo, al no ser posible verificar una actual vulneración o amenaza a los derechos invocados.

En contraste, si lo buscado se obtiene después del fallo, es de lógica concluir que el juez habrá concedido el amparo, siendo la superación o desaparición de la situación de hecho el resultado del acatamiento que el accionado haga de la orden judicial impartida.

Por otra parte, la consumación del daño puede verificarse antes o después de la presentación de la acción. En el primer caso, dentro de un proceso común, el juez tendría la posibilidad de rechazar in limine la acción, mediante un auto apelable ante su superior jerárquico, dado que estaría frente a una de las causales de improcedencia de la demanda.

Empero, al tratarse del proceso sumario de tutela, en el que no está contemplada la posibilidad de impugnar dicho auto, es usual que se admita la acción para garantizar el acceso a la justicia de quienes pretenden el pronto amparo de sus derechos fundamentales mediante esta vía, pero posteriormente, cuando corresponde dictar el fallo, el juez declare la improcedencia, conforme a la hipótesis contemplada en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto 2591 de 1991. Lo propio sucederá cuando el daño se consuma durante el trámite de la acción.

En este punto cabe resaltar que, si bien el citado numeral dispone que en los eventos en que exista un daño consumado la actuación será improcedente, “salvo cuando continúe la acción u omisión violatoria del derecho”, tal afirmación redundante, pues en el caso en que la acción u omisión del accionado continúen, la tutela procederá en razón a que la vulneración también continúa, más no porque se trate de una verdadera excepción a su improcedencia en los eventos de daño consumado.

En todo caso, es de trascendental importancia que, para lograr una efectiva protección de los derechos fundamentales, el juez de tutela constate, con el rigor que corresponda al caso, que

realmente está frente a una carencia total del objeto de la decisión, en tanto que, si perduran algunas de las circunstancias que dieron lugar a la vulneración o amenaza inicialmente alegadas o ha tenido conocimiento de otras que aún amenacen o vulneren los derechos invocados, deberá decidir como corresponda, a fin de corregir la situación que al momento del fallo conculca tales derechos.

Cuarta. Decisiones ultra o extra petita en acciones de tutela.

Esta corporación ha enfatizado sobre la congruencia que debe observar toda sentencia respecto de las peticiones presentadas en la demanda, lo cual no es un principio rígido y absoluto que deba ser acatado inexorablemente, pues tratándose de la protección de derechos fundamentales, es permitido ir más allá de lo pedido para eficazmente poner fin a la situación que dio origen a la vulneración o amenaza contra aquellos.

De tal manera, el fallo de tutela ha de incluir el amparo de derechos que, aunque no hayan sido expresamente invocados, su vulneración o riesgo resulte palmaria, demandado la adopción de medidas de protección o de órdenes no solicitadas (extrapetita), o la concesión del amparo de los derechos invocados en mayor medida respecto de lo inicialmente pretendido (ultrapetita).

En este sentido, esta Corte ha sostenido: "... la naturaleza de la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, reviste al juez que conoce de ella de una serie de facultades que, en ejercicio de la jurisdicción ordinaria, no posee. La principal de ellas, consiste en fallar más allá de lo solicitado... ultra o extra petita. Prerrogativa que permite al juez de tutela pronunciarse sobre aspectos que, sin ser expuestos como fundamento del amparo solicitado, deben ser objeto de pronunciamiento, por estar vulnerando o impidiendo la efectividad de derechos de rango constitucional fundamental."¹

Así, estas facultades del juez de tutela encuentran un campo de aplicación idóneo en aquellos eventos en los que se observa una vulneración de derechos fundamentales coligados, en los que la violación de uno incide en el ejercicio de otro de manera directa, como es el caso de la seguridad social y la salud, o de estos con el derecho de petición y el debido proceso.

Quinta. La acción de tutela frente a la amenaza de daño.

La naturaleza de la acción de tutela permite que el juez brinde amparo no solo ante violaciones contra derechos fundamentales, sino también cuando se trate de situaciones de real riesgo contra ellos. En efecto, el constituyente concibió conceptualmente el amparo de manera tal que pudiera invocarse también en los eventos de amenaza del derecho fundamental, lo cual implica un gran avance dentro de un ordenamiento dentro del cual solo contadas acciones, como la popular, tenían la posibilidad de ejercerse cuando solamente existiese una amenaza a los derechos invocados.

En este orden de ideas, al juez de tutela le atañe dictar órdenes tendientes a hacer cesar la amenaza, ora a través de mandatos de hacer, ora mediante omisiones que el demandado estará obligado a acatar, para superar la situación que originó la presentación de la acción, colocando al actor en un ámbito exento de probabilidades de daño a sus derechos fundamentales invocados.

Sexta. Caso concreto.

6.1. En el caso bajo estudio, la señora accionante presentó, en septiembre 14 de 2011, acción de tutela contra Nueva EPS por considerar vulnerados sus derechos a la salud y a la vida digna, en tanto dicha empresa, aduciendo que ya no se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social, se había negado a entregarle los medicamentos que le fueron prescritos por su médico tratante en agosto 25 de 2011, para el tratamiento de la miastenia gravis que padece y que, al hacerla merecedora de especial protección, justifica la atención directa por esta vía de tutela.

Expresó también la demandante que no tiene capacidad económica para asumir por sí misma el valor de los medicamentos que le fueron prescritos, pues dependía económicamente de su esposo, quien había fallecido. Agregó que el ISS, ente al cual había solicitado la sustitución pensional respectiva, aún no había resuelto su petición, incluso después de haber sido condenado por un juez de tutela a responder y haber iniciado el respectivo incidente de desacato de la mencionada orden.

6.2. El Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali, en la sentencia de noviembre 28 de 2011, que dictó después de que el Tribunal Superior respectivo decretara la nulidad del fallo emitido en septiembre 27 del mismo año, negó el amparo solicitado teniendo como base la respuesta dada por el Instituto en el trámite anulado, mas no los argumentos expuestos

posteriormente por la empresa, cuando se estaba rehaciendo el procedimiento.

En otras palabras, el Juzgado asumió que la demandante no se encontraba afiliada al Sistema de Seguridad Social, a partir de lo cual profirió sentencia argumentando que la EPS estaba en la posibilidad jurídica de desafiliar a la actora por el no pago de los aportes respectivos.

6.3. Pero ese despacho no tuvo en cuenta la nueva respuesta de la EPS, que recibió el 23 de noviembre de 2011 (f. 53 cd. inicial), donde se lee que la señora Martha Elena Vera se encontraba “afiliada -ACTIVA- al régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud por intermedio de Nueva EPS S.A. en calidad de cotizante independiente desde el día doce (12) de octubre de 2011, reportando al sistema de seguridad social un Ingreso Base de Cotización (IBC) de: \$536.000”, a lo cual agregó que “si nuestra afiliada requiere servicios de atención en salud, es indispensable que acuda ante la IPS asignada con el objeto de programar cita médica con profesional en la medicina quien valorará su estado actual de salud, y así, desde perspectiva clínica científica por medio de orden y/o fórmula médica plasmará las prescripciones médicas necesarias para el tratamiento”.

Se constata así que la razón por la cual la Nueva EPS negó inicialmente el suministro de los medicamentos prescritos, esto es, la desafiliación de la accionante del Sistema de Seguridad Social en Salud, desapareció en octubre 12 de 2011, posteriormente a la presentación de la acción de tutela (septiembre 14 de dicho año), cuando la actora Martha Elena Vera se afilió como cotizante independiente a la EPS accionada, lo cual no debió obstar para que el despacho judicial de instancia se hubiere pronunciado sobre la continuidad del servicio médico que se venía prestando, ante la afección diagnosticada, a quien fuera beneficiaria del pensionado fallecido².

6.4. Con todo, la superación de la situación que dio origen a la presentación de la acción de tutela se originó en un acto de la propia demandante, que después de no serle satisfecho su derecho de petición por parte del ISS, en lo relativo a su solicitud de sustitución pensional, en virtud de la cual haría los aportes de manera automática, debió afiliarse como cotizante independiente al sistema, con un ingreso base de cotización mínimo.

En efecto, solo después de haberse decidido el incidente de desacato que la actora presentó para el cumplimiento de la sentencia de mayo 9 de 2011 del Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Cali, el ISS expidió la resolución 13758 de noviembre 15 de 2011, por medio de la

cual dio contestación a la solicitud de sustitución pensional efectuada por la actora, negándola después de argumentar que no le era posible realizar el estudio sobre la viabilidad de la sustitución, pues antes debía efectuar una investigación administrativa sobre el tiempo de unión “entre la peticionaria y el fallecido”, pues se observó que “existe una controversia entre la declaración de la señora Martha Elena Vera y la señora Hilda Ramírez de Ricci, toda vez que no coinciden en el tiempo de convivencia en unión libre antes del matrimonio civil” (fs. 33 y 34 cd. Corte, no está en negrilla en el texto original).

6.5. Con todo, la razón expuesta por el ISS, producto de una inferencia contraria a la sana crítica, no es base para evadir lo que tenía que resolver, esto es, la procedencia de la sustitución pensional. Se evidencia un injustificado traslado de las consecuencias de la inactividad administrativa a la actora, a quien se le niega el derecho argumentando que no se ha efectuado un estudio que el mismo ISS está en el deber de realizar.

En otras palabras, la inacción de la administración impone recordar el principio jurídico *nemo auditur propiam turpitudinem allegans* (nadie puede alegar en su favor su propia culpa) y de ninguna manera es argumento válido para posponer el reconocimiento del derecho solicitado.

6.6. La “controversia entre la declaración de la señora Martha Elena Vera y la señora Hilda Ramírez de Ricci”, en cuanto la primera declaró que convivió con el señor Gonzalo Guzmán 10 años antes de rendir la declaración extraproceso (se desconoce su fecha), mientras que la segunda aseguró que la convivencia de ellos había sido desde el año 2000, coincidiendo ambas en que el señor Guzmán y la señora Vera contrajeron matrimonio civil en mayo 28 de 2010, nada quita al ostensible cumplimiento de los requisitos normativamente exigidos para que proceda la sustitución pensional.

6.7. El ISS abrió periodo de pruebas para establecer el tiempo de convivencia de la actora con el señor Gonzalo Guzmán, a pesar de que los 5 años de convivencia exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 para que acceda a la pensión el (la) cónyuge o compañero (a) permanente del pensionado (a) fallecido (a), nunca fueron controvertidos y las dos declaraciones evidentemente coinciden en que la señora Vera contrajo nupcias con el señor Guzmán en mayo 28 de 2010 (el ISS reconoce tener en su poder “copia auténtica del registro civil de matrimonio entre el señor GONZALO GUZMÁN y la señora MARTHA ELENA VERA, con

fecha de celebración el día 28 de mayo de 2010 ante notaría Tercera”, f. 33 cd. Corte), habiendo convivido durante más de los 5 años anteriores a la muerte, comprobándose así objetivamente que la actora sí cumple lo requerido para acceder a la prestación económica solicitada.

Así, es ostensible que en este caso se encuentra amenazado el debido proceso, pues aunque está pendiente la decisión de segunda instancia, por la apelación que interpuso la actora contra la resolución 13758 de noviembre 13 de 2011, expedida por el ISS, éste ya le negó a la demandante la sustitución pensional con base en el artilugio antes comentado, que notoriamente carece de valor suasorio. En esa medida, esta Corte considera que, a pesar de no haber sido resuelto el recurso de apelación, existe el inminente riesgo contra el debido proceso, que prolongaría la conculcación a la seguridad social y el mínimo vital de la actora, cuyo restablecimiento debe imponerse por esta vía de amparo, de manera que la seria probabilidad de daño sea eliminada y se hagan valer sus referidos derechos.

Sea de recordar que, a raíz de la negativa del ISS a reconocerle a la señora Martha Elena Vera la sustitución pensional y a pesar de la precariedad de sus recursos al no ejercer actividad que le produzca ingresos, ella se afilió al Sistema de Seguridad Social en Salud por su propia cuenta, para así paliar la miastenia gravis³ que padece, cotizando sobre un ingreso base mínimo.

6.8. Con base en lo expuesto en precedencia, esta Sala deberá revocar el fallo de noviembre 28 de 2011, que después de la anulación decidida por el Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, fue proferido por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali y no impugnado.

En su lugar, declarará la carencia actual de objeto en cuanto al derecho a la salud, observando que la señora Martha Elena Vera está siendo atendida médicamente, aunque solo a partir de la referida afiliación por su cuenta.

Acerca de los derechos al debido proceso, que está en serio riesgo de acuerdo a lo anteriormente expresado, a la seguridad social y al mínimo vital, afectados éstos por no habersele reconocido a la demandante la sustitución de la pensión de que era titular su fallecido cónyuge Gonzalo Guzmán, quien se identificaba con la cédula de ciudadanía 2600952, número de afiliación 04011633810, se ordenará al Instituto de Seguros Sociales, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado,

dentro de un término máximo de cinco (5) días hábiles, contado a partir de la notificación de esta sentencia, decreta tal sustitución a favor de la demandante Martha Elena Vera.

Así mismo, se ordenará a Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de un término igual al antes indicado decreta la afiliación de la referida señora como pensionada, en sustitución de su finado esposo.

Como la señora no ha debido ser desafiliada, ni se le podía desconocer la continuidad del servicio médico que se le venía prestando por la miastenia gravis que padece, se le ordenará también a Nueva EPS devolverle los aportes que ella efectuó durante su afiliación como independiente, sin perjuicio de lo que corresponda cubrir al ISS, lo cual no es motivo de decisión en esta sentencia de tutela y será objeto de dilucidación entre las dos entidades.

III. 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

Segundo.- REVOCAR el fallo dictado en noviembre 28 de 2011 por el Juzgado Catorce Civil del Circuito de Cali y, en su lugar, TUTELAR los derechos al debido proceso, la seguridad social y el mínimo vital de la señora Martha Elena Vera.

Tercero.- ORDENAR al Instituto de Seguros Sociales, Seccional Valle del Cauca, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de un término máximo de cinco (5) días hábiles, contado desde la notificación de esta sentencia, decreta la sustitución de la pensión disfrutada en vida por el señor Gonzalo Guzmán, a favor de su cónyuge supérstite Martha Elena Vera.

Cuarto.- ORDENAR a Nueva EPS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que si aún no lo ha realizado, dentro de un término máximo de cinco (5) días hábiles, contado desde la notificación de esta sentencia, afilie a la señora Martha Elena Vera como pensionada, en sustitución de su finado esposo Gonzalo Guzmán. Además, Nueva EPS devolverá a dicha señora demandante, los aportes que ella realizó durante su afiliación como independiente.

Quinto.- Por Secretaría General de esta corporación, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase,

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Ausente con permiso

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Cfr. T-886 de julio 17 de 2000, M. P. Alejandro Martínez Caballero.

2 Cfr. T-760 de julio 31 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-063 de febrero 4 de 2011, M. P. Mauricio González Cuervo; T-233 de marzo 31 de 2011, M. P. Juan Carlos Henao Pérez; T-575-A de julio 25 de 2011, M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, entre otras.

3 Debilidad muscular grave, cuya manifestación más común es la crónica afectación neuromuscular, autoinmune y adquirida, que produce endebles extrema fluctuante, particularmente de los músculos faciales, perioculares y de la cintura. Cfr. <http://www.myasthenia.org>.