

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**SALA DE DECISIÓN PENAL**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

Magistrado Ponente  
**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

**SENTENCIA DE TUTELA SEGUNDA INSTANCIA**

Pereira, veinticinco (25) de enero de dos mil diecisiete (2017)

Hora: 8:30 a.m.

Aprobado por Acta No. 0035

<b>Radicación:</b>	66001-31-87-004-2016-00193-01
<b>Accionante:</b>	Dora María Cifuentes
<b>Accionado:</b>	Nueva EPS
<b>Procedencia:</b>	Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y M. de Seguridad
<b>Decisión:</b>	Decreta nulidad

**ASUNTO**

Se pronuncia la Sala en torno a la impugnación interpuesta por la **NUEVA EPS**, entidad accionada dentro del presente asunto, contra la decisión tomada por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad el 28 de diciembre de 2016, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales a la seguridad social, mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, de los cuales es titular la señora **DORA MARÍA CIFUENTES**.

**ANTECEDENTES:**

Manifestó la señora Dora María Cifuentes que se encuentra afiliada a la Nueva EPS desde el 01 de agosto de 2008.

En la actualidad padece cáncer de mama con metástasis en la

cadera, con desplazamiento de cadera total, por lo que desde el mes de marzo del año 2015 le practican quimioterapia oral, inyectable y radioterapia.

A raíz de su patología se le han generado incapacidades de 208 días por parte de su médico tratante, pero éstas no han sido reconocidas, ni pagadas por su EPS.

Su empleador "MODALDIA S.A.S" le ha venido pagando las incapacidades, pero como no están siendo reconocidas por la EPS, debe suspender el pago de las mismas.

Con fundamento en lo anterior, solicitó que se le protejan los derechos fundamentales invocados por ella, y como consecuencia de ello, ordenar a la Nueva EPS que en el término de 48 horas autoricen el reconocimiento, y procedan al pago de las incapacidades otorgadas por su médico tratante.

### **TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de primera instancia avocó el conocimiento de la presente actuación mediante auto del 14 de diciembre de 2016, y ordenó la notificación y traslado a la Nueva EPS.

Una vez realizado el estudio de la situación fáctica planteada, resolvió mediante fallo del 28 de diciembre de 2016, tutelar los derechos fundamentales a la seguridad social, al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, y en consecuencia de ello, ordenó a la Nueva EPS que en el término de tres días, autorizara y pagara las incapacidades médicas reclamadas por la accionante.

### **IMPUGNACIÓN:**

Una vez enterada de la decisión de primer grado, la apoderada judicial de la Nueva EPS presentó un escrito mediante el cual la impugnó, lo que solicitó en su escrito fue básicamente la nulidad de lo actuado, al señalar que en ningún momento se le notificó del

auto admisorio de la acción de tutela.

Según sus manifestaciones, no hay registro en el expediente de la notificación del auto admisorio con el sello de máquina de esa entidad, como si ocurre con el fallo.

### **CONSIDERACIONES DE LA SALA**

Esta Sala de decisión se encuentra funcionalmente habilitada para desatar la impugnación interpuesta de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política, 32 del Decreto 2591 de 1991 y 1º del Decreto 1382 de 2000.

Le corresponde establecer a esta Corporación si, como afirma la apoderada judicial de la Nueva EPS, en el presente asunto se ha presentado causal de nulidad de la actuación al no habersele notificado en debida forma del auto admisorio de la acción de tutela.

Para dilucidar lo anterior, es necesario hacer alusión a lo establecido en el artículo 179 de la Ley 1437 de 2011, el cual expresa en su tenor literal que:

*"Las entidades públicas de todos los niveles, las privadas que cumplan funciones públicas y el Ministerio Público que actúe ante esta jurisdicción, deben tener un buzón de correo electrónico exclusivamente para recibir notificaciones judiciales.*

*Para los efectos de este Código se entenderán como personales las notificaciones surtidas a través del buzón de correo electrónico."*

En el presente caso, se puede observar a folio 10 del encuadernado que, contrario a lo dicho por la encartada, el auto admisorio se le remitió vía correo electrónico el 14 de diciembre de 2016 a la secretaría general de la Nueva EPS, y al mismo buzón se le remitió posteriormente el fallo de tutela, del cual curiosamente se efectuó la impugnación dentro del término procesal establecido por la ley, lo que permite entrever que de no haberse surtido de manera efectiva, no hubiera sido posible que esa entidad emitiera algún pronunciamiento al respecto. Además, debe resaltarse que la

notificación electrónica ha resultado ser un mecanismo ágil y expedito, si se tiene en cuenta la premura para realizar el estudio de las acciones de tutela, para el cual se ha establecido un término tan limitado.

Pese a lo anterior, esta Sala si avizora una situación que conlleva a una declaratoria de nulidad de lo actuado, pues visto lo obrante en el expediente se tiene que la accionante está discutiendo un tema relacionado con el pago de unas incapacidades que se le han generado por el cáncer de mama que padece, de las cuales, según sus afirmaciones algunas de ellas han sido pagadas por su empleadora "MODALDIA S.A.S", quien no fue vinculada en momento alguno al presente asunto, ello sumado a que sus incapacidades han superado los 180 días, por lo que también se hace necesario, a fin de integrar debidamente el litigio, y establecer a quién le asistiría eventualmente la obligación del pago de las incapacidades que se le han generado, la vinculación de la administradora del fondo de pensiones al cual se encuentre adscrita la señora Dora María.

Sobre este punto ha dicho la H. Corte Constitucional en Sentencia T 144 de 2016:

*(...) "Ahora bien, **una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.***

*Así, **el lapso que hay entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador,** de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, así:*

*"En el Sistema General de Seguridad Social en Salud serán a cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes **a los dos (2) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general** y de las Entidades Promotoras de Salud a partir del tercer (3) día y de conformidad con la normatividad vigente.*

*En el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerán las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral.*

*Lo anterior tanto en el sector público como en el privado."*

**Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 019 de 2012. Tal obligación está sujeta a la afiliación del trabajador por parte del empleador o del propio independiente<sup>1</sup>.**

La incapacidad para trabajar que persiste luego de este periodo y trasciende al día 181, puede suscitar debate en cuanto a la responsabilidad del reconocimiento de los auxilios que genera, y a la exigibilidad de la misma en tanto se ha asumido que el pago está condicionado a la existencia de un concepto favorable de recuperación. Lo anterior en virtud del Decreto 2463 de 2001.

(...)

Sobre la responsabilidad del pago, esta Corporación ha sido enfática en resaltar que **las incapacidades de origen común que superan los 180 días, corren a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que está afiliado el trabajador<sup>2</sup>**. En ese estadio de la evolución de la incapacidad, claramente, el asunto pasa a ser dimensionado desde el punto de vista de la pérdida de la capacidad laboral del afiliado, cuya calificación –superados 180 días de incapacidad– debe ser efectuada y promovida por las AFP, hasta agotar las instancias del caso<sup>3</sup>.” Negrillas propias de la Sala

Con base en lo que viene de decirse, es evidente que en el presente asunto se hace necesario enderezar la actuación de la Juez de primer grado; para ello habrá de decretarse la nulidad del fallo proferido el 28 de diciembre de 2016, por cuanto, como ya se dijo, se requiere la vinculación al presente asunto de la empresa “MODALDIA S.A.S.” como empleadora, y del fondo de pensiones en el cual se encuentre cotizando la señora Dora María Cifuentes, para que se pronuncien frente a los hechos planteados en la demanda, ya que, como se dijo anteriormente, están directamente relacionadas con lo pretendido por la accionante.

Así lo ha dispuesto la Corte Constitucional, en aquellos eventos en que el Juez de tutela percibe una indebida conformación de la Litis:

*“Por ello, si el juez constitucional advierte que no se ha integrado en debida forma el contradictorio por parte pasiva, será él quien asuma esa carga procesal, y en consecuencia, vinculará oficiosamente las partes e intervinientes al trámite de dicha acción de tutela que deban ser vinculados a dicho trámite, para lo cual podrá valerse de los elementos de juicio que obren en el expediente de tutela. De no ser posible la integración del contradictorio por pasiva en los términos ya*

<sup>1</sup> Sentencia T-419 de 2015, M. P. Myriam Ávila Roldán

<sup>2</sup> Ver entre otras sentencias T-097 de 2015, M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-698 de 2014, M. P. Mauricio González Cuervo; T-333 de 2013, M. P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-485 de 2010, M. P. Juan Carlos Henao Pérez.

<sup>3</sup> Sentencia T-419 de 2015, precitada.

*anotados, proseguir con el trámite de la acción de tutela no tendría sentido, pues aún cuando se pudo haber verificado la vulneración de algún derecho fundamental, no se podría impartir protección alguna por cuanto no se pudo establecer quien estaba llamado a responder.*

*En consecuencia, de no integrarse en debida forma el contradictorio, ya sea por parte del mismo accionante o subsidiariamente por el juez constitucional, ello acarreará inexorablemente la nulidad de lo actuado, salvo que el afectado la subsane en forma expresa o tácitamente con su actuación consecuente.*

*4. Para evitar que situaciones como las anteriores se presentasen, los artículos 13 y 16 del Decreto 2591 de 1991 establecen que terceros con interés legítimo en el asunto, puedan intervenir en calidad de coadyuvantes del actor o de la persona o autoridad pública contra quien va dirigida la tutela, ordenando por demás, que el juez les notifique las providencias que se emitan en el trámite de este proceso constitucional. De esta manera, es claro que el tercero con interés legítimo en una tutela podrá intervenir no sólo en procura de protección constitucional, sino que también deberá ser cobijado por los actos de comunicación procesal, en tanto que por esta vía se asegura el pleno ejercicio del derecho de defensa y al debido proceso.*

*5. Por ende, puede decirse que la falta u omisión en la notificación de las decisiones proferidas en el trámite de una acción de tutela a una parte o a un tercero con interés legítimo en la misma, surge como una irregularidad que no sólo vulnera el debido proceso sino que puede llegar a constituirse en una verdadera denegación de justicia, a más de comprometer otros derechos de quienes no pudieron intervenir en el trámite de la misma por desconocimiento de tal actuación judicial. Por ello, cuando la providencia con la cual se admite una acción de tutela y se da inicio al trámite de la misma, deja de notificarse a las partes o terceros con interés legítimo, implica que quienes no fueron notificados, no tienen la posibilidad de intervenir en la misma, desconociéndoseles el debido proceso y de paso, pudiendo afectar otros derechos fundamentales cuya afectación podría suponer una clara violación de los mismos.*

*6. Cuando se presenta la situación anteriormente descrita, se configura una causal de nulidad de lo actuado, con la consecuente necesidad de reiniciar toda la actuación, previa integración del contradictorio por parte del juez, para notificar la actuación a todas las partes, así como a los terceros con interés legítimo en el proceso. Ciertamente, de esta manera se asegura el pleno ejercicio de derecho de defensa por cuenta de todos los intervinientes en el proceso, asegurándose así la posibilidad de proferir una sentencia de fondo con plena capacidad para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante como violados.”<sup>4</sup>*

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión de Penal,

## **RESUELVE**

**PRIMERO: DECRETAR LA NULIDAD** del fallo proferido por el Juzgado Cuarto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de esta ciudad el

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Auto-115 del 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

28 de diciembre de 2016, de acuerdo a lo dicho en la parte motiva de esta decisión. Lo anterior sin perjuicio de la validez las pruebas ya allegadas al proceso.

**SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior se **ORDENA** que por Secretaría se remitan el expediente al Juzgado de origen para que allí se rehaga la actuación conforme a lo aquí dispuesto.

**TERCERO: NOTIFICAR** esta providencia a las partes por el medio más expedito posible.

**CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.**



**MANUEL YARZAGARAY BANDERA**

Magistrado



**JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE**

Magistrado



**JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ**

Magistrado



**WILSON FREDY LÓPEZ**

Secretario