



REFERENCIA: ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA  
RAD. INTERNO: 08-638-31-89-001-2021-00039-00  
JUZGADO DE ORIGEN: JUZGADO TERCERO PROMISCOO MUNICIPAL  
ORALIDAD SABANALARGA-ATLÁNTICO  
RAD. DE ORIGEN: 08-638-40-89-003-2021-00021-00  
ACCIONANTE MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA  
ACCIONADO: MUTUALSER EPS

Juzgado Primero Promiscuo del Circuito de Sabanalarga Atlántico, Dieciséis (16) de Marzo de Dos Mil Veintiuno (2021).

## I. CUESTION POR DECIDIR

Procede este despacho a decidir la impugnación del fallo proferido por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal Oralidad Sabanalarga-Atlántico, el día 5 de febrero de 2021, dentro de la acción de tutela de la referencia.

## II. ANTECEDENTES

La señora SHIRLEY MARIA AHUMADA PEREZ, como agente oficiosa de su progenitora MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, mediante escrito de tutela presentado ante el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Sabanalarga-atlántico solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud y vida digna de su madre, presuntamente vulnerados por MUTUALSER EPS, por no autorizar la entrega de pañales desechables talla L a su usuario. Basa su demanda en los siguientes hechos:

- SHIRLEY MARIA AHUMADA PEREZ es hija de la señora MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, y la tiene a su cargo por tener ésta a la fecha 80 años de edad, encontrándose en el rango de la tercera edad.
- La señora MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, presenta antecedentes de INSUFICIENCIA RENAL CRÓNICA, HIPERCOLESTEROLEMIA PURA, HIPERTENSIÓN ESENCIAL (PRIMARIA), DIABETES MELLITUS NO INSULINODEPENDIENTE CON COMPLICACIONES RENALES en tratamiento médico continuo.
- La señora MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, es cotizante y se encuentra afiliada en salud, a la E.P.S. MUTUAL SER.
- En la fecha 12/11/2020, el médico tratante de la cotizante MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, Dr. NAZIRA BASTOS MOLINA con registro medico 063997, le formuló entre otros paños desechables talla L cambiar 3 cada día por 180 días, según la formula anexa
- Se le hizo la solicitud a la E.P.S MUTUAL SER, que suministrará los paños desechables antes descritos a la cotizante MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, y a la fecha, la accionada no ha dado ninguna respuesta positiva sobre dicha petición, la accionante, por intermedio de sus familiares son los que sufiran los gastos de dichos pañales.

### 2.1. PRETENSIONES:

REFERENCIA:	ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. INTERNO:	08-638-31-89-001-2021-00039-00
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL ORALIDAD SABANALARGA-ATLÁNTICO
RAD. DE ORIGEN:	08-638-40-89-003-2021-00021-00
ACCIONANTE	MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA
ACCIONADO:	MUTUALSER EPS

Solicita la parte actora se tutelen los derechos fundamentales a la salud, integridad física, vida digna, suministro de elementos (pañales desechables) y demás que resulten vulnerados por la accionada; Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la accionada E.P.S. MUTUAL SER, suministrarle de por vida o hasta que lo requiera el beneficiario MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, los pañales desechables que les fueron ordenados por el médico tratante.

## 2.2. PRUEBAS Y ANEXOS:

DOCUMENTALES.

Historia clínica aportada en folios útiles y escritos  
Plan de manejo medico en un folio.

Copias de las cédulas de la accionante y de su agente oficiosa en 2 folios.

## 2.3. CONTESTACIONES

El accionado, compareció al Despacho indicando que: *"como lo puede corroborar en el acta anexa al presente escrito la constancia de entrega de paños desechables con las características medicas prescritas, al igual que las autorizaciones e historial de medicamentos y entrega de insumos, lo anterior en aras que denote no hemos presentado negativa para la entrega de los mismos, por el contrario se anexan entrega de mes diciembre de 2020 y enero 2021) es de precisar que los mismos han sido entregado por prescripción médica, aprobados por MIPRES"*. Por lo que solicita denegar la acción de tutela por carencia actual de objeto por hecho superado, como quiera que MUTUAL SER haya adelantado las acciones correspondientes para poner fin a la situación que dio lugar a la presente acción.

## 2.4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Promiscuo Municipal Oralidad Sabanalarga-Atlántico, en fallo del 5 de febrero de 2021, denegó la protección de los derechos reclamados por la actora al considerar que se está frente a carencia actual del objeto por hecho superado; pues, la accionada acreditó la autorización e incluso la entrega de los insumos requeridos por la accionante, desde el mes de noviembre, por lo que el Despacho concluye que la accionada no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

## 2.5. RAZONES DE LA IMPUGNACION

El accionado impugna el fallo de primera manifestando textualmente lo siguiente:

(...)

REFERENCIA:	ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. INTERNO:	08-638-31-89-001-2021-00039-00
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL ORALIDAD SABANALARGA-ATLÁNTICO
RAD. DE ORIGEN:	08-638-40-89-003-2021-00021-00
ACCIONANTE	MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA
ACCIONADO:	MUTUALSER EPS

*El hecho de que se le haya entregado una parte de los pañales, que no supera el 20% de lo ordenado, ni la calidad de los mismos, no es objeto para negar la acción de tutela, por considerar que carece de objeto por hecho superado, la accionada no ha demostrado que entregó la cantidad de paños requeridos y ordenado por el médico tratante (540), de mantenerse en firme su decisión estaríamos vulnerando los derechos de los pacientes, derechos constitucionales irrenunciables y desgastando la justicia, porque en un futuro no muy lejano tendremos que impetrar otra acción de tutela por los mismos hechos y entre las mismas partes.(...)*

### **III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO**

#### **3.1. COMPETENCIA**

De conformidad con el Artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, este despacho Judicial es competente para conocer del recurso incoado contra el fallo proferido por el Juzgado de Primera Instancia, toda vez que es el superior funcional de ese despacho.

#### **3.2. DEFINICION**

La acción de Tutela es un mecanismo concebido por el constituyente de 1991, en el Artículo 86 de la norma Superior que busca la protección inmediata de los Derechos Constitucionales de naturaleza fundamental cuando estos se encuentran amenazados y vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad o particular, siempre que el afectado no disponga de otro mecanismo de defensa, salvo que lo utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

#### **3.3. PROBLEMA JURIDICO**

Le corresponde al despacho de Segunda instancia determinar si la accionada MUTUALSER EPS, vulneró el derecho fundamental a la salud, la integridad física y la vida digna, al no autorizar en su totalidad el suministro de pañales desechables a una persona de avanzada edad quien es sujeto de especial protección constitucional.

#### **3.4. PROCEDENCIA**

Con base en lo anterior, el despacho pasará a determinar si la acción de tutela impetrada es procedente, para esto, se evaluará el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia y en caso de que así sea, se resolverá de fondo.

##### **3.4.1. Legitimación por Activa**

REFERENCIA:	ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. INTERNO:	08-638-31-89-001-2021-00039-00
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL ORALIDAD SABANALARGA-ATLÁNTICO
RAD. DE ORIGEN:	08-638-40-89-003-2021-00021-00
ACCIONANTE	MILADIS ARSEÑIA PEREZ AHUMADA
ACCIONADO:	MUTUALSER EPS

El artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991 permiten a cualquier persona, sin restricción alguna, acudir a la acción de tutela para que, mediante un trámite preferente y sumario se reclame la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando resulten lesionados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o de particulares.

En igual sentido, el artículo 10º Decreto 2591 de 1991 señala que en todo momento y lugar, el mecanismo de amparo podrá ser ejercido, incluso en causa ajena, cuando el titular no se encuentra en condiciones de acudir por sí mismo, al respecto reza: *“podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”*.

El despacho encuentra que la legitimidad en la causa por activa está acreditada en el expediente objeto de estudio, ya que se invoca la agencia oficiosa, pues es la hija de la accionante quien actúa en dicha calidad, razón por la cual, se encuentra legitimada para promover la acción de tutela (C.P. Art. 86º, Decreto 2591/91 Art. 1º y Art. 10º).

### 3.4.2. Legitimación por pasiva

En lo que tiene que ver con la legitimación por pasiva, el citado artículo 86 constitucional, señala en su quinto inciso que la acción de tutela será procedente contra particulares (i) si estos están encargados de la prestación de servicios públicos; (ii) si su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión. Además, advierte que la *“Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”*, mandato que se concretó con el Decreto 2591 de 1991, que en su artículo 42 regula nueve supuestos en los que se puede interponer una acción de tutela contra particulares.

Así las cosas, tenemos que la misma se instaura en contra MUTUALSER EPS, persona jurídica encargada de garantizar adecuadamente la prestación del servicio público esencial de salud a sus afiliados. Por lo tanto es susceptible de ser accionada en la presente acción de tutela (C.P. 86º, Decreto 2591 de 1991 Art. 1º y 42º).

### 3.4.3. Inmediatez

Frente al principio de inmediatez, el artículo 86 *superior*, no establece propiamente un término de caducidad o prescripción para la acción de tutela; es un concepto que ha tenido desarrollo a partir de la jurisprudencia constitucional, que para cada caso en concreto, ha determinado el período de tiempo prudencial desde que se presenta la conducta que presuntamente vulnera los derechos del accionante a la fecha de interposición de la acción

REFERENCIA:	ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. INTERNO:	08-638-31-89-001-2021-00039-00
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL ORALIDAD SABANALARGA-ATLÁNTICO
RAD. DE ORIGEN:	08-638-40-89-003-2021-00021-00
ACCIONANTE	MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA
ACCIONADO:	MUTUALSER EPS

En el caso concreto, se encuentra acreditado el requisito de la inmediatez, toda vez que la tutela fue ejercida en un término prudente y razonable concomitante con la causa de la presunta vulneración del derecho fundamental alegado.

Adicionalmente, en jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha dicho que cuando se trata de prestaciones, cuyo suministro sea continuo, la presunta afectación a los derechos fundamentales perdura y persiste en el tiempo; por lo que la valoración de éste elemento se entiende superado.<sup>1</sup>

#### 3.4.4. Subsidiariedad

El inciso 4 del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela el cual determina que: *“Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”*. Del texto de la norma se evidencia que, si existen otros mecanismos de defensa judicial que resulten idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe recurrir a estos y no a la tutela.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha determinado que: *cuando una persona acude a la administración de justicia con el fin de que le sean protegidos sus derechos, no puede desconocer las acciones judiciales contempladas en el ordenamiento jurídico, ni pretender que el juez de tutela adopte decisiones paralelas a las del funcionario que conoce de un determinado asunto radicado bajo su competencia.*

*En el presente caso,* la acción de tutela se convierte en el único medio de defensa con el que cuenta la accionante para obtener protección de sus garantías fundamentales, aun mas cuando se trata de un sujetos de especial protección constitucional, situación en la que ha reiterado la jurisprudencia que ha de ser más flexible y menos estricto en cuanto a la procedibilidad del amparo invocado.

### CONSIDERACIONES

En la Constitución Política de 1991, el derecho a la salud ocupa un lugar de gran relevancia al ser punto de referencia en varias disposiciones normativas. En el artículo 48, se le hace alusión dentro de la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio e irrenunciable a cargo del Estado; o en el artículo 49, cuando se indica que la atención en salud y el saneamiento ambiental son servicios que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a los servicios de promoción, prevención y recuperación de la salud.

<sup>1</sup> Ver sentencias T-590 de 2014, M.P: Martha Victoria Sáchica Méndez; T-171 y T-196 de 2018, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

REFERENCIA:	ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. INTERNO:	08-638-31-89-001-2021-00039-00
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL ORALIDAD SABANALARGA-ATLÁNTICO
RAD. DE ORIGEN:	08-638-40-89-003-2021-00021-00
ACCIONANTE	MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA
ACCIONADO:	MUTUALSER EPS

Así, con la Ley 100 de 1993, que estructuró el SGSSS y reguló el servicio público de salud, se estableció un acceso igualitario a la población en general al implementar al margen del régimen contributivo, un régimen subsidiado para las personas que no contaban con la posibilidad de gozar de este tipo de servicios. En la búsqueda de éste objetivo, la Ley 1122 de 2007 y la Ley 1438 de 2011 han efectuado ajustes *“encaminados a fortalecer el Sistema de Salud a través de un modelo de atención primaria en salud y del mejoramiento en la prestación de los servicios sanitarios a los usuarios. Actualmente la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, no deja dudas del rango fundamental del derecho a la salud y continúa con la optimización del servicio.*

La Constitución Política, en los artículos 13 y 46, contempla una protección especial del Estado y la sociedad a las personas de la tercera edad, en concordancia con los preceptos en que se funda el Estado social de derecho: la solidaridad y la dignidad humana.

A partir de esa consideración, se ha reconocido una protección reforzada del derecho a la salud en las personas de la tercera edad que se materializa con la garantía de una prestación continua, integral, permanente y eficiente de los servicios de salud que requieran, no solo en aquellos eventos de tratamiento de enfermedades físicas o mentales, sino también ante situaciones en las que está en riesgo la posibilidad de que una persona viva en condiciones de dignidad.

En consecuencia, es innegable la protección reforzada que se debe brindar a los adultos mayores, que como población en circunstancias de debilidad manifiesta merecen todas las garantías constitucionales; puesto que en ellos, el derecho a la salud reviste una mayor importancia, por la misma situación de indefensión en las que se encuentran.

Ahora bien, La Corte Constitucional respecto al acceso a insumos de aseo, tal como el de pañales desechables, le ha imprimido el carácter de necesarios para garantizar el derecho a la vida digna y a la salud de las personas, en razón de una grave enfermedad o una situación de discapacidad,

*El suministro de pañales desechables, es claro que por sí mismos no contribuyen directamente a la recuperación o cura definitiva de la patología del paciente. No obstante, si tienen una incidencia positiva en el derecho a la dignidad humana,<sup>2</sup> aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud, las personas que requieran con necesidad del suministro de estos insumos y elementos, que, aunque no sean medicamentos, deben proveérsele por parte de la EPS, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.*

Ahora bien, el parágrafo 2º del artículo 19 de la Resolución 1885 de 2018, dispone que:

*Parágrafo 2. Cuando se trate de prescripción de pañales y la cantidad requerida para un mes de tratamiento sea igual o menor a 120 unidades contabilizados por usuario, no se requerirá del análisis por parte de la Junta de Profesionales de la Salud. La entidad responsable del asegurado deberá controlar el suministro de dichas cantidades de forma mensual. Independiente del número de prescripciones por usuario que*

<sup>2</sup> T-023 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo.

REFERENCIA:	ACCION DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA
RAD. INTERNO:	08-638-31-89-001-2021-00039-00
JUZGADO DE ORIGEN:	JUZGADO TERCERO PROMISCOU MUNICIPAL ORALIDAD SABANALARGA-ATLÁNTICO
RAD. DE ORIGEN:	08-638-40-89-003-2021-00021-00
ACCIONANTE	MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA
ACCIONADO:	MUTUALSER EPS

*se hayan registrado en la herramienta tecnológica. Lo anterior hasta tanto se establezca un protocolo para tal fin. (Subrayado fuera del original)*

### CASO EN CONCRETO

Del material probatorio allegado al proceso de la referencia, el despacho encuentra probados los siguientes hechos: i) la accionante es una persona de tercera edad; ii) que le fueron formulados 540 pañales por su médico tratante, los cuales no le habían sido autorizados en su totalidad; iii) se pudo evidenciar que la accionada MUTUALSER EPS viene realizando entregas mensuales de 90 pañales, y apporto recibidos de noviembre y diciembre de 2019 y autorización de enero de 2021.

Ahora bien, la misma accionante en su escrito de tutela y en la impugnación reconoce que la orden médica expedida por el médico tratante fue tramitada por la accionada, quien viene haciendo entrega de los insumos de manera parcial.

En este evento, se considera que MUTUALSER EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales a la salud y dignidad humana del accionante, teniendo en cuenta que tal como dispone la Resolución 1885 de 2018, viene realizando las entregas mensuales hasta cumplir con el monto total prescrito por el médico tratante, y por tanto, el despacho confirmara la sentencia dictada por el Juzgado Tercero Promiscuo Municipal de Sabanalarga-atlántico.

Por lo anterior el despacho;

### RESUELVE:

**PRIMERO: CONFIRMAR** la decisión adoptada en el fallo proferido por el Juzgado tercero Promiscuo Municipal de Sabanalarga-Atlántico, el día 5 de febrero de 2021, dentro de la acción de tutela promovida por La señora SHIRLEY MARIA AHUMADA PEREZ, como agente oficiosa de su progenitora MILADIS ARSENIA PEREZ AHUMADA, contra MUTUALSER EPS, en atención a las razones expuestas en las consideraciones de este proveído.

**SEGUNDO:** Dentro del término legal, sométase este asunto a su eventual revisión ante la Honorable Corte Constitucional.

**TERCERO:** Notifíquese a las partes por el medio más expedito y al Juzgado de primera instancia.

### NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

La Juez,

*Esther Maria Armenta Castro*  
**ESTHER MARIA ARMENTA CASTRO**