



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Consejo Superior de la Judicatura
Consejo Seccional de la Judicatura del Atlántico
Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías

SIGCMA

Barranquilla, Nueve (09) de Agosto de dos mil veintiuno
(2021).

Asunto: **ACCIÓN CONSTITUCIONAL DE TUTELA**

Radicado: No. 2021-00079-00.

Accionante: MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES

Accionada: MUTUAL SER E.P.S.

OBJETO A DECIDIR:

Procede el Despacho a decidir dentro del presente procedimiento de tutela que invocara el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, identificado con cedula de ciudadanía No. 1.045.690.199 en nombre propio, contra la entidad MUTUAL SER E.P.S, a fin de que se le protejan los derechos que considera vulnerados, consagrados en nuestra Constitución Política, como es el derecho fundamental a la Salud y vida.

H E C H O S:

El accionante mediante escrito presentado a este despacho, manifiesta:

- Que se encuentra afiliado al sistema de Seguridad Social en Salud, actualmente a través de la entidad accionada, bajo calidad de cotizante desde el día 10/12/2013.
- Que desde hace un tiempo ha pasado por el procedimiento establecido a fin de evaluar su estado de salud, por lo cual ha asistido a citas y tratamientos con su eps, como lo descrito en cuadro adjunto.
- Que tiene obesidad tipo III, dolencias en las piernas y tobillos y fue diagnosticado por neurología con Apnea Obstructiva del sueño, sin mencionar el menoscabo de su autoestima y capacidad profesional por el deterioro de su imagen personal que conlleva otros riesgos psicosociales.
- Que ha realizado el trámite completo como candidato para realizarse el procedimiento de Cirugía Bariátrica de la cual fue evaluado encontrándose apto para la realización de la misma, sin embargo, al presentar la formula mipress para la autorización de la misma le fue denegada.
- Que es un paciente de solo 31 años con diagnóstico de obesidad mórbida tipo III, con problemas a nivel osteoarticular, por lo tanto y debido a esto ve en riesgo su vida, y existe una gran afectación de su desarrollo personal y profesional, de igual

manera, tiene una hija menor de 2 años, que depende de él como sustento material y emocional, conociendo las altas tasas de mortalidad asociadas a la obesidad y la gran posibilidad de sufrir discapacidad a mediano plazo.

- Que ha agotado los métodos a su alcance para intentar bajar de peso, como se puede observar en el resumen de su historia clínica asociada, ha asistido a nutricionistas, endocrinólogos, ha recibido entrenamiento físico hasta donde sus dolencias lo han permitido y no ha logrado conseguir dicho objetivo de salud o ha presentado baja pérdida de peso y re-ganancia del mismo. Además, con la pandemia es mucho más difícil continuar con todos los planes y ejercicios brindados por los especialistas.
- Que dada su enfermedad y diagnóstico de obesidad, que al no solucionarse pone en grave peligro su vida, vulnerándose el derecho fundamental a la salud y la vida digna, y al derecho que en su conexidad tiene con la salud y la seguridad social.
- Que tal como queda explicitado en la historia clínica que adjuntó y en la orden de cirugía dada por el médico Bariátrico Carlos Quin Quin, considero de vital importancia para su salud y bienestar la realización de la cirugía.
-

Se aporta como pruebas al expediente, las siguientes:

1. Copia de su cédula de ciudadanía.
2. Copia de la orden de cirugía dada por el Dr. Carlos Quin Quin - Médico Especialista en Cirugía Bariátrica.
3. Copia de las historias clínicas con los diferentes médicos tratantes.
4. Exámenes médicos realizados.
5. Copia del Mipress.

CONTESTACIÓN.

Al corrérsele traslado de los hechos que motivaron la presente acción de tutela a la entidad accionada **MUTUAL SER E.P.S** por medio de correo electrónico, esta guardó silencio ante el requerimiento de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Al corrérsele traslado de los hechos que motivaron la presente acción de tutela a la entidad vinculada **SECRETARIA DE SALUD DE BARRANQUILLA**, está a través de escrito dirigido al correo electrónico institucional de este despacho j10pmgba@cendoj.ramajudicial.gov.co, realiza sus descargos informal que:

Que teniendo en cuenta las competencias de la Secretaría Distrital de Salud y los hechos narrados en la acción de tutela, una vez se recibe el traslado de la acción de tutela, se realiza

Inspección, Vigilancia y Control, que por la emergencia sanitaria generada por el COVID-19 y el distanciamiento social como medida de prevención que se está implementando para evitar el contagio, las acciones se están realizando de manera virtual por lo que se envía correo electrónico a jbarranco@mutualser.org, informándole del traslado de la ACCIÓN DE TUTELA, teniendo en cuenta su responsabilidad y competencias como asegurador y prestador de los servicios de salud del Señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES. Se anexa evidencia.

Que se entiende por aseguramiento en salud, la administración del riesgo financiero, la gestión del riesgo en salud, la articulación de los servicios que garantice el acceso efectivo, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la representación del afiliado ante el prestador y los demás actores, es decir, toda la atención y lo que se genere de está, que requiera el Señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, debe ser asumida por MUTUAL SER EPS, conforme lo reglamentado en la Ley 100 de 1993, Ley 1438 de 2011, Decreto 2353 de 2015, Decreto 780 de 2016 y normas complementarias.

Que teniendo en cuenta esta reglamentación el Ente Territorial expide la Circular 014-600 de 2019 del 1 de diciembre de 2019 donde le informa a las Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB), que a partir del 1 de enero de 2020 los responsables del suministro de tecnologías, servicios y medicamentos no financiados con recursos de la UPC del régimen subsidiado estarán a cargo de las Administradoras de los Planes de Beneficios (EAPB), es decir que a partir de esta fecha MUTUAL SER EPS es la responsable de la entrega de medicamentos y/o cualquier otra prescripción POS y NO PBS requerida por el Señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES.

Que la Secretaría Distrital de Salud de Barranquilla, no ha vulnerado derecho fundamental alguno al Señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES que el responsable del aseguramiento y de todo suministro POS y NO POS que requiera la accionante por su condición de salud es responsabilidad de MUTUAL SER EPS, que está Entidad Territorial actúa dentro de sus competencias de Inspección, Vigilancia y Control.

Que solicitan DESVINCULAR A LA SECRETARIA DE SALUD DISTRITAL DE BARRANQUILLA de la presente acción de tutela, por las razones expuestas, de acuerdo al precedente jurisprudencial citado.

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS:

Competencia.

Este despacho es competente para conocer de la presente acción, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991.

Problema jurídico planteado.

Le corresponde en esta oportunidad al Despacho determinar si la entidad Promotora MUTUAL SER E.P.S, le ha vulnerado los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social, del señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, en razón a que la Entidad prestadora de Salud NO autoriza el procedimiento "GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA", el cual le fue prescrito por el médico tratante Dr. CARLOS LUIS QUIN QUIN.

Antes de abordar el análisis en concreto de la presente acción tomaremos de referencia jurisprudencias como: I. El alcance de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. y II. El análisis del caso en concreto.

I. El alcance de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Reiteración de Jurisprudencia.

De acuerdo con la Organización Mundial de la Salud, *"la salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades (...) el goce del grado máximo de salud que se pueda lograr es uno de los derechos fundamentales de todo ser humano sin distinción de raza, religión, ideología política o condición económica o social (...) considerada como una condición fundamental para lograr la paz y la seguridad."*¹

La Declaración Universal de Derechos Humanos, a su vez dispone que *"toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios (...)"*²

Descendiendo a nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 13 Superior consagra que el Estado debe adoptar las medidas necesarias para promover las condiciones de igualdad de grupos discriminados y marginados y proteger de manera especial a las personas que, por su condición de vulnerabilidad, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta³.

Igualmente, el artículo 48 Superior hace referencia al derecho a la salud y a la seguridad social, definiendo ésta última como *"... un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social (...)"*.

¹ Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

² Art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

³ Constitución Política, art. 13.

En desarrollo del mandato constitucional, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, donde reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal⁴.

La jurisprudencia constitucional ha señalado en muchas ocasiones que, de conformidad con el artículo 49 Superior, la salud tiene una doble connotación: como derecho y como servicio público⁵, precisando que todas las personas deben acceder a él, y que al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación atendiendo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.⁶

En un principio, la Corte consideró, sobre la naturaleza del derecho, que el mismo era un derecho prestacional. Su carácter de fundamental dependía entonces, de su vínculo con otro derecho distinguido como tal - *tesis de la conexidad* -, y por tanto solo podía ser protegida por vía de tutela cuando su vulneración implicara la afectación de otros derechos de carácter fundamental, como el derecho a la vida, la dignidad humana o la integridad personal.

Posteriormente, la fundamentalidad del derecho a la salud fue establecida por la jurisprudencia de esta Corporación como un derecho autónomo, ante la necesidad garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales⁷.

Esta posición del Alto Tribunal fue analizada en la sentencia T-144 de 2008⁸ donde se precisó:

"Se trata entonces de una línea jurisprudencial reiterada por esta Corte⁹, la cual ha establecido que el derecho a la salud es un derecho fundamental, que envuelve como sucede también con los demás derechos fundamentales, prestaciones de orden económico orientadas a garantizar de modo efectivo la eficacia de estos derechos en la realidad. Bajo esta premisa, el Estado a través del Sistema de Seguridad Social en Salud, proporciona las condiciones por medio de las cuales sus asociados pueden acceder a un estado de salud íntegro y armónico.

Es por ello que esta Corporación ha precisado que la salud puede ser considerada como un derecho fundamental

⁴ Artículo 152 de la Ley 100 de 1993.

⁵ Sentencias T-134 de 2002 MP. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002 MP. Eduardo Montealegre Lynett.

⁶ Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

⁷ Sentencias T-184 de 2011MP Luis Ernesto Vargas Silva.

⁸ MP. Clara Inés Vargas Hernández.

⁹ Ver T-227/03, T-859/03, T- 694/05, T-307/06, T-1041/06, T-1042/06, T-016/07, T-085/07, T-200/07, T-253/07, T-523/07, T-524-07, T-525/07, T-648/07, T-670/07, T-763/07, entre otras.

no solo cuando peligra la vida como mera existencia, sino que ha resaltado que la salud es esencial para el mantenimiento de la vida en condiciones dignas...¹⁰

En conclusión, la Corte ha señalado que todas las personas sin excepción pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su derecho constitucional fundamental a la salud. Por tanto, todas las entidades que prestan la atención en salud, deben procurar no solo de manera formal sino también material la mejor prestación del servicio, con la finalidad del goce efectivo de los derechos de sus afiliados, pues la salud comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales."

Pero fue en la sentencia T-760 de 2008¹¹ donde la Corte Constitucional sistematizó y compiló las reglas jurisprudenciales que esta corporación ha establecido sobre el derecho a la salud. En esta providencia se argumentó, al igual que en reiteradas oportunidades, que el derecho a la salud es un derecho fundamental autónomo, y como tal, lo definió como un derecho complejo, que protege múltiples ámbitos de la vida humana, desde diferentes perspectivas. De allí que concluyó, que su ámbito de protección, no está delimitado por los planes obligatorios de salud, de manera que la prestación de un servicio de salud debe suministrarse aunque no esté incluido en dicho plan, cuando estos se requieren con necesidad, el cual puede comprometer en forma grave la vida digna de la persona o su integridad personal.

La citada sentencia señaló:

"En tal sentido, el ámbito del derecho fundamental a la salud está delimitado por la dogmática constitucional, que reconoce los contenidos garantizados a las personas en virtud del mismo. El ámbito de protección, por tanto, no está delimitado por el plan obligatorio de salud. Puede existir un servicio de salud no incluido en el plan, que se requiera con necesidad y comprometa en forma grave la vida dignidad de la persona o su integridad personal.

3.2.1.3. Así pues, considerando que "son fundamentales (i) aquellos derechos respecto de los cuales existe consenso sobre su naturaleza fundamental y (ii) todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo", la Corte señaló en la sentencia T-859 de 2003 que el derecho a la salud es un derecho fundamental, 'de manera autónoma', cuando se puede

¹⁰Sobre el tema particular, consultar las sentencias: T-1384 de 2000, T-365A de 2006, entre muchas otras.

¹¹ MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

concretar en una garantía subjetiva derivada de las normas que rigen el derecho a la salud, advirtiendo que algunas de estas se encuentran en la Constitución misma, otras en el bloque de constitucionalidad y la mayoría, finalmente, en las leyes y demás normas que crean y estructuran el Sistema Nacional de Salud, y definen los servicios específicos a los que las personas tienen derecho.¹² Concretamente, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el acceso a un servicio de salud que se requiera, contemplado en los planes obligatorios, es derecho fundamental autónomo. En tal medida, la negación de los servicios de salud contemplados en el POS es una violación del derecho fundamental a la salud, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela.¹³ La jurisprudencia ha señalado que la calidad de fundamental de un derecho no depende de la vía procesal mediante la cual éste se hace efectivo.¹⁴

De esta manera, se concluye que el derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados.

Así pues, este mecanismo constitucional procede en los casos en que se logre verificar que la falta del reconocimiento del derecho a la salud (i) lesione la dignidad humana, (ii) afecte a un sujeto de especial protección constitucional y/o (iii) ponga al paciente en una situación de indefensión por su falta de capacidad de pago para hacer valer su derecho.

¹² En la sentencia T-859 de 2003 (MP Eduardo Montealegre Lynett) se dice al respecto: “Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos. || 13. La naturaleza de derecho fundamental que tiene el derecho a la salud en los términos del fundamento anterior, implica que tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. No es necesario, en este escenario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de tutela: violación o amenaza de un derecho fundamental.” Esta decisión ha sido reiterada, entre otras, en las sentencias T-060 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-148 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto).

¹³ Esta decisión ha sido reiterada en varias ocasiones, entre ellas en la sentencia T-076 de 2008 (MP Rodrigo Escobar Gil), T-631 de 2007 (MP Humberto Antonio Sierra Porto), T-837 de 2006 (MP Humberto Antonio Sierra Porto) en este caso la Corte consideró que “(...) tratándose de la negación de un servicio, medicamento o procedimiento establecido en el P.O.S., se estaría frente a la violación de un derecho fundamental. En consecuencia, no es necesario, que exista amenaza a la vida u otro derecho fundamental, para satisfacer el primer elemento de procedibilidad de la acción de tutela (...)”. En este caso se tuteló el acceso de una persona beneficiaria del régimen subsidiado a servicios de salud incluidos en el POSS (Histerectomía Abdominal Total y Colporrafia posterior) pero cuya cuota de recuperación no podía ser cancelada por el accionante.

¹⁴ Corte Constitucional, sentencia T-016 de 2007 (MP Antonio Humberto Sierra Porto) se autorizó la práctica de la cirugía plástica ordenada por el médico cirujano, con el propósito de extraer el queloides que tenía la menor beneficiaria de la tutela en el lóbulo de su oreja izquierda, aun cuando la función auditiva de la menor no se veía afectada. Para la Corte “[n]o se trata de una cirugía cosmética o superflua sino de una intervención necesaria y urgente recomendada por el médico cirujano y relacionada con la posibilidad de superar problemas de cicatrización que presenta la niña. (...) de manera que pueda recuperar su apariencia normal y restablecer de manera integral su salud.”

Igualmente, ha considerado esta Corporación, que la tutela es procedente en los casos en que "(a) se niegue, sin justificación médico - científica, un servicio médico incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud o (b) cuando se niegue la autorización para un procedimiento, medicamento o tratamiento médico excluido del POS, pero requerido de forma urgente por el paciente, quien no puede adquirirlo por no contar con los recursos económicos necesarios¹⁵".

II. Análisis del Caso Concreto.

En esta oportunidad el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, quien actúa en nombre propio interpuso acción de tutela contra MUTUAL SER E.P.S, por considerar que la entidad transgrede sus derechos fundamentales a la vida y salud, en razón a que la Entidad prestadora de Salud NO autoriza el procedimiento "GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA", el cual le fue prescrito por el médico tratante Dr. CARLOS LUIS QUIN QUIN, adscrito a la E.P.S MUTUAL SER, bajo prescripción No 20210628173028628818 de fecha 28 de junio de 2021.

Al correrle traslado a la entidad accionada **MUTUAL SER E.P.S**, a través de notificación de auto admisorio efectuada el día 26 de julio de 2021, y dirigida al correo electrónico de notificación judicial notificacionesjudiciales@mutualser.org, que aparece en el Certificado de Existencia y Representación Legal de dicha entidad, y en consecuencia la encartada guardó silencio ante el requerimiento de que trata el artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

Al corrérsele traslado de los hechos que motivaron la presente acción de tutela a la entidad vinculada SECRETARIA DE SALUD DE BARRANQUILLA, esta mediante escrito allegado a este despacho a través del correo electrónico institucional j10pmgba@cendoj.ramajudicial.gov.co, el día 28 de julio de 2021, rinde sus descargos manifestando que solicitan DESVINCULAR a dicha entidad de la presente acción de tutela, por las razones expuestas, de acuerdo al precedente jurisprudencial citado.

Cumplimiento de los requisitos de procedencia de la acción de tutela

Legitimación por activa

La presente acción de tutela es presentada por el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, quien actúa en nombre propio¹⁶. Al respecto, la jurisprudencia de Corte ha señalado que existen diferentes formas para que se configure la legitimación por activa a saber: " a) cuando la interposición de la acción se

¹⁶ Folio 1-7 del Expediente Original de Tutela.

realiza a través de apoderado judicial; b) cuando el que interpone la tutela es el representante legal, ya sea de una empresa o de un menor de edad, de un interdicto, etc.; **c) cuando el afectado de manera directa propugna por sus derechos;** d) **y cuando se realiza a través de agente oficioso**".¹⁷ (Subrayado fuera de texto original).

Por lo anterior, el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, se encuentra legitimado para presentar el amparo constitucional.

Legitimación por pasiva

La entidad MUTUAL SER E.P.S, se encuentra legitimada como parte pasiva en la presente acción, en la medida en que se le atribuye la presunta vulneración de los derechos fundamentales en discusión. Teniendo en cuenta que este despacho judicial ordenó vincular a la entidad SECRETARIA DE SALUD DE BARRANQUILLA, se verificará más adelante si le asiste responsabilidad en la presunta vulneración de derechos del aquí accionante.

Inmediatez

En cuanto al requisito de inmediatez, la judicatura observa que se encuentra acreditado, toda vez que la situación de salud de el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES persiste, por lo que la solicitud de PROCEDIMIENTO QUIRURGICO, es urgente y actual, dado el peligro que corre su vida.

Subsidiariedad

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, "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".

Tal como se desarrolló en marco jurídico de esta sentencia, la jurisprudencia constitucional, en concordancia con lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de Ley 1751 de 2015, reconoce el carácter fundamental y autónomo del derecho a la salud, por lo que es sujeto de protección directa por vía de acción de tutela en el evento en que se considere vulnerado o amenazado.

De acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente se tiene que: El señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, padece de "OBESIDAD DEBIDA A EXCESO DE CALORIAS de larga data de evolución". Se encuentra actualmente afiliado al Régimen SUBSIDIADO a través de la E.P.S MURUAL SER, la cual, a través de su médico adscrito a la misma, autorizó el siguiente procedimiento quirúrgico

¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-950 de 2008 (MP Jaime Araujo Rentería), reiterada en las Sentencia T-044 de 2013 (MP Mauricio González Cuervo; AV Luis Guillermo Guerrero Pérez) y T-541A de 2014 (MP Gloria Stella Ortiz Delgado).

"GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA", por lo que no hay otro medio judicial eficaz para salvaguardar los derechos fundamentales del afiliado.

Revisada la situación fáctica que antecede nos encontramos frente a un caso de una persona de 31 años de edad, quien padece de una enfermedad compleja de obesidad mórbida por exceso de calorías de larga evolución, que según médico tratante¹⁸ necesita el procedimiento quirúrgico para poder contrarrestar sus padecimientos. Se tiene además, que el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, al NO realizarse la cirugía prescrita por su médico tratante¹⁹, se ha colocado en riesgo su vida y su calidad de vida.

Sin embargo, debe indicarse que conforme lo prevé el artículo 48 de la Constitución Política, la Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Igualmente, el artículo 49 Constitucional, establece que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, previendo además que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.²⁰

De otra parte, si estudiamos los requisitos que deben ser observados por el juez de tutela al momento de estudiar una solicitud para ordenar el procedimiento quirúrgico llamado "GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA", que requiere el actor, en primer término, es verificar si la falta de dicho procedimiento amenaza el derecho a la vida y salud del señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, pues con dicha cirugía se puede contrarrestar los síntomas de la patología que padece. Ahora bien, la entidad accionada E.P.S MUTUAL SER guardó silencio al requerimiento efectuado por este despacho judicial, lo que le impidió aportar las pruebas documentales que

¹⁸ Adscrito a la E.P.S MUTUAL SER, bajo prescripción No. 20210628173028628818 de fecha 28 de junio de 2021.

¹⁹ *Procedimiento prescrito por médico tratante* "GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA"

²⁰ Constitución Política de Colombia. **ARTICULO 48.** [Adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005.](#)

ARTICULO 49. [Modificado por el Acto Legislativo No 02 de 2009.](#) [Reglamentado por la Ley 1787 de 2016.](#) La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares, y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley.

Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y la de su comunidad.

demonstraran la realización del procedimiento ordenado por médico tratante a favor del actor.

Es dable manifestar, que la Corte Constitucional ha expresado que la continuidad del servicio en salud implica que el afiliado tenga la tranquilidad y confianza que la asistencia médica brindada con el propósito de poner fin a su mal se mantendrá, lo que se pide no es más que se continúen realizando los actos, procedimientos, tratamientos, medicación, intervención quirúrgica etc. para que el padecimiento que aqueja al paciente finalice y que la entidad permanezca en su compromiso médico de preservar la salud del doliente.²¹ La jurisprudencia constitucional se ha encargado de fijar el contenido y **el alcance del derecho fundamental de los ciudadanos a no sufrir interrupciones intempestivas y sin justificación constitucionalmente admisible de los tratamientos en salud queriendo garantizar el acceso al sistema general de Seguridad Social con el fin de preservar los principios bandera del servicio público en salud tales como la eficacia, regularidad, permanencia y calidad. Por lo tanto los usuarios del sistema de salud no pueden ser expuestos a complejos y eternos trámites internos que puedan comprometer la permanencia del servicio. Estas situaciones no constituyen justas causas para impedir el acceso de sus afiliados a la continuidad, permanencia y terminación óptima de los servicios y procedimientos médicos ordenados**²².Negrilla del despacho.

A las Entidades Promotoras de Salud les está prohibido realizar actos que comprometan la suspensión de los servicios de salud a un paciente que necesita de la continuidad del tratamiento médico ya iniciado para poner fin o contrarrestar la condición de salud que viene padeciendo, más aún cuando estamos hablando una enfermedad considerada como ruinosa o catastrófica.

Se colige entonces, sin lugar a equívocos que NO ES UN MERO CAPRICHOS del señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, el querer luchar por sus derechos, pues sencillamente nos encontramos en presencia de una patología que requiere toda la atención del caso, pues, siguiendo el cuadro clínico y la enfermedad que agobia al tutelante, no desarrolla las necesidades básicas en condiciones dignas.

Es necesario manifestar, que además de ser una obligación de protección atendiendo su condición de salud como se ha venido exponiendo, es necesario materializar la protección por su condición patológica actual, deviniendo así que la conducta de la E.P.S SURA no es de recibo para esta agencia judicial. En este contexto, para este juez constitucional no cabe duda del déficit en salud que padece la actora, las pruebas aportadas

²¹ Sentencia de tutela 650 del 2010. Magistrado Ponente: HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

²² Ibidem.-

así lo evidencian, constituyéndose por ello en una razón más que suficiente para protegerla especialmente en tanto es latente la debilidad manifiesta en la que se encuentra, pues no hacerlo sería ubicarlo en un plano de desigualdad que resulta inadmisibles a la luz de los mandatos establecidos en la Constitución Política.

El Despacho no justifica en ninguna circunstancia la demora en la realización del procedimiento quirúrgico, por cuanto, este fue prescrito con el fin de evitar el deterioro progresivo en la salud del paciente y de su calidad de vida, teniendo en cuenta que la patología que padece, le genera afecciones en su calidad de vida. Es por ello, que esta Judicatura encuentra que dada la Urgencia para REALIZAR con carácter URGENTE el procedimiento quirúrgico **"GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA"** tal como fue ordenado en su oportunidad por su médica tratante adscrito a la E.P.S MUTUAL SER.

En vista de ello, la Judicatura encuentra que el caso del señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES, corresponde al supuesto aquí planteado, en el que un medicamento puede atenuar y contrarrestar los síntomas de la patología que padece la accionante y si ha sido prescrito por médico tratante se torna el mismo en necesario, para garantizar un estado de salud óptimo de la afiliada y que, al no tomar específicamente el fármaco recetado, corre inminente peligro su salud y su vida. En asunto bajo estudio, atendiendo a los principios *pro homine*, e integralidad, resulta de vital importancia, que la accionante sea atendido por su EPS.

Tratamiento integral

La protección constitucional de las personas que viven en condición de vulnerabilidad se encuentra reforzada cuando padecen alguna clase de patología, que coloque en riesgo su salud y vida, dada la condición de indefensión en que se encuentran, lo cual tiene fundamento en los artículos 13 y la reiterada jurisprudencia constitucional.

En este caso se trata de un adulto de 31 años de edad; que padece **"OBESIDAD DEBIDA A EXCESO DE CALORIAS de larga data de evolución"**, de acuerdo a la historia clínica,²³ situación que deja claro entonces que requiere de una atención integral en salud para sobrellevar la enfermedad que soporta y para contar con un tratamiento que le permita actuar con prevención respecto a su salud, riesgo en su vida y que en su entorno familiar lleve una calidad de vida digna.

Resultaría excesivo, entonces, limitar la prestación de los servicios a ciertas fases del tratamiento, o suministrar los medicamentos en la medida en que los vayan requiriendo, pues

²³ Expediente Digital de tutela. -

ello comportaría la interposición de tantas acciones de tutela como cada nuevo servicio que sea prescrito por los médicos, pese a tratarse de la misma patología, y a que reiteradamente le han sido formulados. Por tal razón, es indispensable que con ocasión a la patología que padece la actora, se le suministren de forma continua todos los medicamentos, citas, exámenes, y demás servicios ordenados por los médicos tratantes, sin exigirle el agotamiento de procedimientos administrativos cada vez que le sean prescritos.

Es menester señalar, que esta agencia Judicial en el trámite Constitucional vinculó a la SECRETARIA DISTRITAL DE SALUD DE BARRANQUILLA, sin embargo, todo lo relacionado con la prestación del servicio de salud le concierne a la Entidad Prestadora de Salud a la que se encuentra vinculado como beneficiario. En este caso sería MUTUAL SER EPS., pues es la llamada a responder y garantizar todo lo concerniente a la prestación de los servicios y procedimientos médicos de manera integral, continua, oportuna y eficiente a la actora. Frente a este tipo de situaciones la corte constitucional, a saber la Sentencia **Sentencia T-408/13**, se pronunció en los siguientes términos: "La adecuada y eficiente prestación del servicio de salud tiene que convertirse en un propósito real de la acción estatal y de los particulares que presten este servicio, orientada a brindar a las personas condiciones apropiadas para llevar una vida digna y de calidad. En este orden de ideas, se hace imprescindible que las entidades prestadoras del servicio público de salud - privadas o públicas - se convenzan del papel que les está dado cumplir en la realización del Estado social de derecho y ofrezcan no sólo un servicio porque así lo disponen las normas y mientras no aparezca una excusa para dejar de prestarlo, sino que en realidad se propongan prestar un servicio integral de calidad, transparente y efectivo."²⁴

Así las cosas, el Despacho impartirá las órdenes tendientes a proteger la dimensión objetiva del derecho Constitucional a la salud y vida, por lo que se concederá el amparo solicitado por el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES. En consecuencia se ordenará al Representante Legal y/o quien haga sus veces de MUTUAL SER E.P.S. para que, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, AUTORIZE Y REALIZE DE MANERA EFECTIVA Y URGENTE al señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES el procedimiento quirúrgico que le fue prescrito por su médico tratante "GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA", con el fin de atenuar y contrarrestar los síntomas de la patología que padece "OBESIDAD DEBIDA A EXCESO DE CALORIAS de larga data de evolución". En ese mismo sentido y término proceda a BRINDAR al actor, la atención prioritaria, así como la prestación de los servicios y procedimientos médicos de manera integral, continua, oportuna y

²⁴ Magistrado Ponente: JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

eficiente (tales como citas médicas, exámenes de laboratorio, tecnologías, estudios de electrocardiográficos e imagenología, intervenciones quirúrgicas, medicamentos e insumos necesarios), dada la inminencia de los malestares que conlleva la patología que padece, bajo las indicaciones y prescripciones dadas por sus médicos tratante.

DECISIÓN.

En razón y mérito de lo expuesto, el **JUZGADO DÉCIMO PENAL MUNICIPAL CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS DE BARRANQUILLA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

Primero: CONCEDER el amparo de los derechos a la vida y salud incoados por el señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES en nombre propio, vulnerados por la entidad MUTUAL SER E.P.S, por las consideraciones anotadas en esta providencia.

Segundo: ORDENAR al Representante Legal y/o quien haga sus veces de MUTUAL SER E.P.S, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, AUTORIZE Y REALIZE DE MANERA EFECTIVA Y URGENTE al señor MARLON ALBERTO MARTINEZ CERVANTES el procedimiento quirúrgico que le fue prescrito por su médico tratante "GASTRECTOMÍA VERTICAL [MANGA GÁSTRICA] POR LAPAROSCOPIA", con el fin de atenuar y contrarrestar los síntomas de la patología que padece "OBESIDAD DEBIDA A EXCESO DE CALORIAS de larga data de evolución". En ese mismo sentido y término proceda a BRINDAR al actor, la atención prioritaria, así como la prestación de los servicios y procedimientos médicos de manera integral, continua, oportuna y eficiente (tales como citas médicas, exámenes de laboratorio, tecnologías, estudios de electrocardiográficos e imagenología, intervenciones quirúrgicas, medicamentos e insumos necesarios), dada la inminencia de los malestares que conlleva la patología que padece, bajo las indicaciones y prescripciones dadas por sus médicos tratante.

Tercero: PREVENIR al accionado para que se apreste a cumplir con lo aquí resuelto, so pena de incurrir en desacato.

Cuarto: Por Secretaria General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del decreto 2591 de 1991.

Quinto: De no ser impugnado el presente fallo se remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

**NINFA INES RUIZ FRUTO
JUEZ**

Firmado Por:

**Ninfa Ines Ruiz Fruto
Juez
Penal 010 Control De Garantías
Juzgado Municipal
Atlántico - Barranquilla**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica,
conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

30836c60e32b2dd03412090632bc936dbc40a7e87d23eaa276a2fb5474da0f9e

Documento generado en 09/08/2021 10:48:01 AM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**