

PROGRAMA MADRE CANGURO INTEGRAL - Noción. Fases

Si bien, al respecto de este programa no hay normativa que lo rijan como tal, lo cierto es que la atención está dividida en dos fases, según las políticas de los centros hospitalarios que manejan este plan: El programa tiene una primera fase durante la cual se realiza la supervisión al niño o a la niña hasta que cumple las 40 semanas. Es decir, si el niño o la niña nacieron en la semana 32, tendrá una primera fase que dura las 8 semanas que el paciente debería tener al nacer (es decir, 40 semanas). Durante esta fase, los cuidadores son entrenados para manejar el niño o la niña en casa mediante una técnica denominada madre canguro. En la segunda fase, se continúa el seguimiento hasta que el niño o la niña completan 6 meses desde este momento. Para el mismo ejemplo, si el niño dura 8 semanas en la primera fase, a partir que completa las 40 semanas se inicia el conteo de 6 meses (eso es lo que se llama edad corregida).

NIÑOS - Sujetos de especial protección constitucional / AMPARO DE LOS DERECHOS A LA SALUD, SEGURIDAD SOCIAL, VIDA DIGNA Y DIGNIDAD HUMANA - Se ordena incluir a menor de 6 meses de edad al programa Madre Canguro Integral y se autoriza el suministro de medicamento

En el presente caso, la actora, en representación de su menor hija, solicita la protección de los derechos fundamentales de los niños, a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana, que considera vulnerados con las actuaciones y las omisiones de la EPS Salud Total. Mediante el ejercicio de la presente acción la actora pretende que se ordene a la entidad demandada incluir nuevamente a su hija de 6 meses de edad en el menor programa Madre Canguro Integral y se autorice el suministro de las dosis que hacen falta del medicamento Palivizumab 50 mg... La Sala observa que fue a raíz de la interposición de la presente acción y de la medida cautelar decretada, que el 18 de noviembre de 2014, la EPS Salud Total S.A. procedió a autorizar el medicamento que requiere la menor y su permanencia en el plan canguro, a pesar de que las dosis restantes del medicamento le fueron prescritas desde el 21 de octubre de 2014. La Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades al deber legal y constitucional que tienen las entidades prestadoras de salud de hacer entrega de manera oportuna y sin dilaciones de los medicamentos que se encuentran incluidos en el POS... De acuerdo con lo anterior y en tratándose de un bebé sujeto de especial protección constitucional máxime dadas sus dificultades de salud y porque siempre los derechos de los niños deben prevalecer, la Sala no haya justificación alguna a la actuación morosa y negligente de la EPS Salud Total S.A. en la entrega del medicamento prescrito por los médicos tratantes a la menor, ni que se le hubiera excluido del programa Madre Canguro Integral, a pesar de que desde su permanencia en el Hospital Infantil Universitario de San José se estableció la necesidad de que se le brindaran los anteriores tratamientos. La entidad de salud demandada no probó las razones de su inactividad y, en el escrito de oposición, se limitó a señalar que el 25 de noviembre de 2014 se emitieron las autorizaciones solicitadas por la actora, sin aportar prueba sumaria de que a la menor se le haya suministrado de manera efectiva el medicamento solicitado y haya sido reincorporada al programa Madre Canguro Integral.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 86

NOTA DE RELATORIA: En relación con el deber legal y constitucional que tienen las entidades prestadoras de salud de hacer entrega de manera oportuna y sin dilaciones de los medicamentos que se encuentran incluidos en el POS, consultar sentencia de la Corte Constitucional T-028 de 2007.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION QUINTA

Consejera ponente: **SUSANA BUITRAGO VALENCIA**

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de marzo de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03353-01(AC)

Actor: LUZMILA ROJAS ESTRADA EN REPRESENTACION DE SU MENOR HIJA A.C.A.R

Demandado: SALUD TOTAL S.A. E.P.S

Procede la Sala a resolver la impugnación propuesta por Víctor Manuel Castañeda Martínez, en calidad de Director Administrativo y Administrador Suplente de la Sucursal Bogotá de SALUD TOTAL S.A. E.P.S. contra la sentencia del 10 de diciembre de 2014, proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta, que amparó la solicitud de tutela.

I. ANTECEDENTES

1. La petición de amparo

La señora Luzmila Rojas Estrada, en representación de su hija menor A.C.A.R., instauró acción de tutela contra la entidad demandada, por considerar vulnerados los derechos fundamentales de los niños, a la salud, a la seguridad social, a la vida y a la dignidad humana. En consecuencia, formuló las siguientes pretensiones:

*“1. **TUTELAR** los derechos fundamentales de orden constitucional a la salud, seguridad social, vida digna, dignidad humana, de la menor, vulnerados en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, ampliamente precisados en esta demanda, por **SALUD TOTAL EPS**.*

*2. **ORDENAR a SALUD TOTAL EPS AUTORIZAR Y PRACTICAR DE MANERA INMEDIATA Y PRIORITARIA EL PAQUETE DE PLAN CANGURO y el medicamento PALVIZUMAB POLVO LLOFILIZADO PARA RECONSTRUIR A SOL INY 50 MG (faltan 4 dosis), teniendo en cuenta que esta orden la tiene mi hija desde que nace el 22 de septiembre de 2014. Así como los exámenes, valoraciones y TRATAMIENTO INTEGRAL en relación con su patología.***

3. Advertir a las directivas de **SALUD TOTAL EPS** que no deben incurrir en hechos similares atentatorios de los derechos fundamentales de mi hija.”.

A título de medida provisional, solicitó:

*“Invocando el artículo 7º del decreto 2591 de 1991, y con el ánimo de evitar un perjuicio irremediable en la salud de mi hija que se encuentra en mi casa, le solicito al señor Juez con todo respeto que inmediatamente avoque conocimiento de la presente acción ordene a **SALUD TOTAL EPS ASUMIR DE MANERA INMEDIATA Y PRIORITARIA EL PAQUETE DE PLAN CANGURO Y EL MEDICAMENTO PALLVIZUMAB POLVO LLOFILIZADO PARA RECONSTRUIR A SOL INY 50 MG (faltan 4 dosis) PARA MI HIJA A.C.A.R. DE 49 DÍAS DE NACIDA (nació prematura y no está en plan canguro), nació el 22 de septiembre de 2014, ingresó al plan canguro pero a partir del 1º de octubre me la entregan y la sacan de la UCI DEL HOSPITAL SAN JOSÉ y sigue con el plan canguro, sin embargo el 2 de noviembre me dicen en la EPS SALUD TOTAL, que ya no tiene derecho al PLAN CANGURO porque cumplió las 40 semanas de gestión. Mi hijita nació de 34 semanas con talle y peso bajo y el PAQUETE CANGURO debe cubrir los chequeos médicos cada 8 días, asistir con especialistas de la vista, el oído, motricidad, crecimiento, alimentación, también autorizar los medicamentos, procedimientos, aditamentos, exámenes incluidos o no en el POS, advirtiendo en todo caso que puede repetir contra el FONDO FINANCIERO DISTRITAL. Así mismo, EL TRATAMIENTO INTEGRAL y se ordene que a partir de la fecha y en lo sucesivo se brinde la atención médica de manera EFICIENTE Y OPORTUNA en aras de contrarrestar la patología y procurarle el desarrollo normal en su crecimiento. Mi hija debe recibir la droga mensual de inmunización contra el VSR, para evitar que le (sic) BRONQUEOLITIS, la cual es mortal en los niños prematuros. Debe recibir 5 dosis, ya le aplicaron 1 pero las otras no, porque además la sacaron del PAQUETE CANGURO, están j (sic) con la salud de una niña que debe ser incluida nuevamente en el PAQUETE CANGURO. La EPS SALUD TOTAL saca mi hija del PLAN CANGURO, porque es de alto costo y requiere de controles medico (sic) semanalmente y de medicamentos costosos.”.***

2. Hechos

Del expediente se extraen los siguientes fundamentos fácticos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en la sentencia:

- La señora Luzmila Rojas Estrada pertenece al régimen contributivo de la seguridad social en salud y se encuentra afiliada a la EPS Salud Total.
- Manifestó que el 22 de septiembre de 2014 dio a luz a Aura Catalina Álvarez Estrada, con apenas 34 semanas de gestación, por lo que permaneció 10 días en la UCI del Hospital Infantil Universitario de San José.

- Que el 1º de octubre de 2014, el hospital le dio orden de salida a la menor y fue incluida en el Plan Madre Canguro Integral, con el fin de llevar a cabo los controles en su estado de salud, debido a su condición de prematura.
- El 2 de noviembre de 2014, la EPS Salud Total excluyó a la menor del Plan Canguro, a pesar de que la permanencia en el programa debe ser de 12 meses, con el argumento de que completó la edad de gestación de 40 semanas y porque, *“es solo para los empleados de esa EPS o para quien tenga palanca”*¹.

3. Fundamentos de la solicitud

Afirmó que la niña debe recibir continuo seguimiento de crecimiento y desarrollo, pues, cada 8 días se le debe practicar control de peso y nutrición y recibir los medicamentos especiales para contrarrestar la patología, o de lo contrario, su vida se ve en peligro y no puede esperar a la cita que le fue asignada con el pediatra para el 5 de enero de 2015.

4. Trámite de la solicitud de amparo

La Sección Cuarta de esta Corporación, mediante auto del 18 de noviembre de 2014, admitió la demanda, ordenó notificar a la demandante y a la entidad demandada y requirió al Director de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social para que informara si el medicamento solicitado se encuentra incluido en el POS.

Como medida provisional, ordenó a Salud Total S.A. E.P.S. que, dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la providencia: (i) incluyera a la menor en la segunda etapa del programa Madre Canguro Integral, por el tiempo que lo requiera hasta que sus condiciones de salud se encuentren completamente bien y, (ii) suministre la dosis pendientes del medicamento palivizumab de 50mg (fls. 36 a 39).

5. Argumentos de defensa

5.1 De SALUD TOTAL S.A. E.P.S.

El Director Administrativo y Administrador Suplente de la Sucursal Bogotá de Salud Total EPS señaló como argumentos de defensa, los siguientes:

¹ A folio 2 del expediente la accionante manifiesta esta expresión.

La menor A.C.A.R. se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en salud a través de Salud Total EPS en calidad de beneficiaria, cuenta con 12 semanas cotizadas, su estado es activo y es una paciente de 40 semanas de nacida con cuadro clínico compatible con *“recién nacido pretermino + síndrome de dificultad respiratoria del recién nacido”*, en tratamiento.

Afirmó que no le ha negado el servicio médico prescrito por los médicos que pertenecen a la red prestadora de Salud Total EPS, pues se le ha dado cobertura integral a la atención en salud que ha requerido, de la siguiente manera:

“Aut. No. Util VS 0 12882V1428799183 11/25/2014 13:27 11/25/2014 Aprob. Sin utilizar 1 MEDICAMENTOS CONDICIÓN PALIVIZUMAB POLVO PARA RECONSTITUIR 50 MG.

Aut. No. Util VS 0 12882V1428799183 11/25/2014 11:12 11/25/2014 11/25/2014 Aprob. Utilizada 1 PROCEDIMIENTOS DX Y TTO OTROS PROCEDIMIENTOS PLAN CANGURO FASE II.”

Que de acuerdo con lo anterior, Salud Total EPS no ha incurrido en omisión alguna en relación con sus obligaciones, que haya ocasionado la vulneración de algún derecho fundamental de la actora, por lo que las pretensiones carecen de objeto y, en ese sentido, solicitó negar la acción de tutela.

Finalmente, pidió que en caso de no declarar la carencia actual de objeto, se disponga ordenar al Ministerio de Salud y Protección Social – FOSYGA el pago de las cuentas de cobro o factura por el suministro de los servicios no POS que se ordenase en el fallo en atención a la presente acción de tutela.

5.2 Del Ministerio de Salud y Protección Social

El Director Jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social informó que el medicamento Palivizumab 50 mg está incluido en el anexo N° 1 de la Resolución 5521 del 27 de diciembre de 2013, el cual, incluye todas las concentraciones en todas las formas farmacéuticas y es cubierto para uso de reducción de riesgo de infección respiratoria por *“virus sincitial respiratorio”* (VSR) en el recién nacido prematuro.

Agregó que se debe tener en cuenta que debido a que el medicamento se encuentra incluido en todas las concentraciones, el Palivizumab 50 mg, que requiere la actora, está cubierto dentro del POS.

Sin embargo, aclaró que el fármaco se encuentra cubierto siempre y cuando el uso sea destinado para la reducción del riesgo de infección respiratoria por el virus respiratorio VSR en el recién nacido prematuro, en caso contrario, que sea formulado para una patología distinta, deberá dársele el trato jurídico de un medicamento no POS.

6. La sentencia de tutela primera instancia

Mediante sentencia del 10 de diciembre de 2014, la Sección Cuarta de esta Corporación amparó las pretensiones de la solicitud de amparo pues consideró que *“la entidad de salud demandada no probó las razones de su inactividad y, en el escrito de oposición, se limitó a señalar que el 25 de noviembre de 2014 se emitieron las autorizaciones solicitadas por la actora, sin aportar prueba sumaria de que a la menor A.C.A.R. se le haya suministrado de manera efectiva el medicamento solicitado y haya sido reincorporada al programa Madre Canguro Integral.”*.

7. La impugnación

Víctor Manuel Castañeda Martínez, en calidad de Director Administrativo y Administrador Suplente de la Sucursal Bogotá de SALUD TOTAL S.A. E.P.S. impugnó la decisión de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el escrito de defensa.

II. CONSIDERACIONES

1. Panorama general de la tutela

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la tutela como un mecanismo judicial encaminado a la protección de los derechos fundamentales constitucionales cuando éstos sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de las autoridades públicas o por particulares en algunos casos especiales.

Este instrumento judicial se caracteriza por su trámite preferente, su residualidad y subsidiariedad, como lo preceptúa la noma superior que lo consagra y lo reitera el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 que lo reglamenta. Ello permite admitir que el ejercicio de la tutela no es absoluto, está limitado por causales de improcedencia, en especial la que concierne a la existencia de otros mecanismos judiciales de defensa. No obstante de manera excepcional procede cuando el tutelante, a pesar

de contar con medio judicial ordinario para la protección de sus derechos, interpone la acción como mecanismo transitorio, ante el posible padecimiento de un perjuicio irremediable, que debe ser acreditado por el solicitante o poder ser evidenciado por el juez de tutela, con base en las pruebas que en tal sentido se alleguen al expediente.

2. Cuestión previa

Se advierte que de acuerdo con el artículo 1°, numeral 1°, inciso 3° del Decreto 1382 de 2000 *“Por el cual establecen reglas para el reparto de la acción de tutela”*, la competencia para conocer de las acciones de tutela dirigidas contra un particular, como lo es SALUD TOTAL S.A. E.P.S., radica en los jueces municipales; sin embargo, bajo la consideración de que en el presente asunto se trata un tema relacionado con la salud física de una menor de edad, sujeto de especial protección y que para la fecha de la instauración de la presente acción de tutela, la mayoría de despachos judiciales de Bogotá D.C. se encontraban cerrados con ocasión del cese de actividades que generó el paro judicial, esta Sala avocará en segunda instancia, el conocimiento de la presente solicitud de amparo.

3. Del programa madre canguro integral

Si bien, al respecto de este programa no hay normativa que lo rijan como tal, lo cierto es que la atención está dividida en dos fases, según las políticas de los centros hospitalarios que manejan este plan:

El programa tiene una primera fase durante la cual se realiza la supervisión al niño o a la niña hasta que cumple las 40 semanas. Es decir, si el niño o la niña nacieron en la semana 32, tendrá una primera fase que dura las 8 semanas que el paciente debería tener al nacer (es decir, 40 semanas). Durante esta fase, los cuidadores son entrenados para manejar el niño o la niña en casa mediante una técnica denominada madre canguro.

En la segunda fase, se continúa el seguimiento hasta que el niño o la niña completan 6 meses desde este momento. Para el mismo ejemplo, si el niño dura 8 semanas en la primera fase, a partir que completa las 40 semanas se inicia el conteo de 6 meses (eso es lo que se llama edad corregida).

4. Del caso concreto

En el presente caso, la señora Luzmila Rojas Estrada, en representación de su menor hija A.C.A.R. , solicita la protección de los derechos fundamentales de los niños, a la salud, a la vida, a la seguridad social y a la dignidad humana, que considera vulnerados con las actuaciones y las omisiones de la EPS Salud Total.

Mediante el ejercicio de la presente acción la actora pretende que se ordene a la entidad demandada *“incluir nuevamente”* a su hija de 6 meses de edad en el menor programa Madre Canguro Integral y *“se autorice”* el suministro de las dosis que hacen falta del medicamento Palivizumab 50 mg.

De la lectura de la historia clínica de la menor A.C.A.R., se observa que nació el 22 de septiembre de 2014 y la edad gestacional fue de 34 semanas. También se observa que:

La niña requiere, según el médico de turno, de inmunización pasiva, para lo cual le fue suministrado por el médico residente pediatra el medicamento Palivizumab, durante su permanencia en el Hospital Infantil Universitario de San José y según el médico tratante del programa Madre Canguro Integral, requiere de las demás dosis para completar el tratamiento para combatir el VSR –Virus Sincitial Respiratorio -, sin que le haya sido posible obtenerlo, tal como lo alega su progenitora. Así mismo, que fue incluida en el programa “Madre Canguro Integral”, pero fue excluida del mismo con el argumento de que completó 40 semanas de edad gestacional.

En la contestación de la tutela, la EPS Salud Total informó que el 25 de noviembre de 2014 autorizó el medicamento *“Palivizumab polvo para reconstituir 50 MG”* y la continuidad en el programa *“plan canguro fase II”*.

En la historia clínica aparece registrado el 29 de septiembre de 2014 que el médico residente pediatra en el análisis que realizó a la menor señaló *“(…) se solicita aplicación de palivizumab antes del egreso”* y en las notas de revista del médico de turno consignó *“se decide inmunización pasiva con palivizumab, en preparación para egreso”*.

A folios 16 y 17 del expediente obra un recetario en el que consta que la primera dosis del medicamento Palivizumab, fue suministrado a la menor el 29 de

septiembre de 2014 y que el 21 de octubre de 2014, el médico tratante del programa Madre Canguro Integral le prescribió 5 dosis.

Así mismo, en el historial médico del 30 de septiembre de 2014 el médico hospitalario de la UCI del Hospital Infantil Universitario de San José expresó “(...) *ya tiene plan canguro autorizado, se considera es apta para el egreso hospitalario (...)*” y, en la orden de salida de la misma fecha se reiteró que “*ya tiene plan canguro autorizado, (...) continúa seguimiento por plan canguro ambulatorio*”.

La Sala observa que fue a raíz de la interposición de la presente acción y de la medida cautelar decretada, que el 18 de noviembre de 2014, la EPS SALUD TOTAL S.A. procedió a autorizar el medicamento que requiere la menor A.C.A.R. y su permanencia en el plan canguro, a pesar de que las dosis restantes del medicamento le fueron prescritas desde el 21 de octubre de 2014.

La Corte Constitucional se ha referido en múltiples oportunidades al deber legal y constitucional que tienen las entidades prestadoras de salud de hacer entrega de manera oportuna y sin dilaciones de los medicamentos que se encuentran incluidos en el POS, de la siguiente manera²:

“(..)

En consecuencia, se podrá dar aplicación al derecho a la salud como un derecho autónomo cuando se verifique que el tratamiento negado por las E.P.S. o A.R.S. se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Salud.

(...)

En otro caso similar, en Sentencia T-028/07, esta misma sala dijo:

'Como ha sido señalado por esta Corporación, cuando una persona afiliada a cualquiera de los regímenes de salud previstos por la Ley 100 de 1993 reclama mediante el ejercicio de la acción de tutela la protección de su derecho a la salud y, en consecuencia, que se ordene a la respectiva EPS o ARP la práctica de procedimientos o tratamientos médicos, o el suministro de medicamentos incluidos dentro del respectivo Plan Obligatorio de Salud, no existe discusión sobre el carácter fundamental de su derecho ni es necesario que acredite que se encuentra en riesgo su vida.'

*Sin embargo, para que proceda la acción de tutela en tales hipótesis, esta Corporación definió la necesidad de demostrar i) **que el procedimiento o medicamento cuya práctica o suministro reclama ha sido formulado por su médico tratante inscrito a la respectiva E.P.S. o A.R.P., y ii) que esta última haya negado su práctica o suministro.***”

² Sentencia T-610 de 2007, Corte Constitucional.

De acuerdo con lo anterior y entratándose de 1 bebé sujeto de especial protección constitucional máxime dadas sus dificultades de salud y porque siempre los derechos de los niños deben prevalecer, la Sala no haya justificación alguna a la actuación morosa y negligente de la EPS SALUD TOTAL S.A. en la entrega del medicamento prescrito por los médicos tratantes a la menor A.C.A.R., ni que se le hubiera excluido del programa Madre Canguro Integral, a pesar de que desde su permanencia en el Hospital Infantil Universitario de San José se estableció la necesidad de que se le brindaran los anteriores tratamientos.

La entidad de salud demandada no probó las razones de su inactividad y, en el escrito de oposición, se limitó a señalar que el 25 de noviembre de 2014 se emitieron las autorizaciones solicitadas por la actora, sin aportar prueba sumaria de que a la menor A.C.A.R. se le haya suministrado de manera efectiva el medicamento solicitado y haya sido reincorporada al programa Madre Canguro Integral.

A partir de estas consideraciones para la Sala se impone garantizar la protección de los derechos fundamentales de la menor, de manera tal que confirmará la sentencia del 10 de diciembre de 2014 proferida por la Sección Cuarta de esta Corporación que los amparó.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 10 de diciembre de 2014 proferida por el Consejo de Estado, Sección Cuarta que amparó las pretensiones de la tutela instaurada por la señora Luzmila Rojas Estrada en representación de A.C.A.R. por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- NOTIFICAR a los interesados por el procedimiento previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO.- ENVIAR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia (artículo 32, inciso 2º, del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Presidente

SUSANA BUITRAGO VALENCIA

ALBERTO YEPES BARREIRO