**CONSEJO DE ESTADO - Competencia para conocer de las controversias derivadas del incumplimiento contractual**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2009, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por cuanto, la pretensión mayor, referida en la demanda, excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación.

**REPARACIÓN DIRECTA - Daño antijurídico - Derivado del incumplimiento del contrato**

Corresponde a la Sala examinar si la señora Vith María Arrieta Amado sufrió daño antijurídico derivado del incumplimiento de las obligaciones del Ministerio de Salud respecto del contrato suscrito con la Clínica CEMED de la ciudad de Barranquilla. Los daños antijurídicos aquí señalados incluyen tanto la muerte del menor Marbis González Arrieta como la denegación del servicio, considerada como daño autónomo y la pérdida de oportunidad de supervivencia dentro de las expectativas usuales de la enfermedad.

**FALLA DEL SERVICIO - Médico administrativo - Desconocimiento del derecho al tratamiento**

En el caso concreto es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que en este caso se discute si la parte actora se vio obligada a asumir cargas que no le correspondían en el contexto de la prestación de un servicio que correspondiendo al Estado, tuvo como cauce la ejecución de un contrato suscrito entre el Ministerio de Salud y la Clínica CEMED. En este sentido, habrá que entender, por una parte, que en tanto que el menor Marbis González Arrieta acudió a la mencionada Clínica en calidad de beneficiario del programa de IVA social (el cual si bien dependía del Ministerio de Hacienda en cuanto a la apropiación de recursos se refiere, era gestionado por al Ministerio de Salud en lo referente a la contratación con clínicas especializadas) la relación jurídicamente relevante en el sub lite será la de la parte actora y el referido Ministerio, siendo de este modo imputable al último de los mencionados todo daño que la actuación de la clínica contratada causare al paciente. Así pues, el incumplimiento de la Clínica CEMED ha de reputarse jurídicamente propio del Ministerio de Salud en el caso concreto y ello no solo en virtud del deber de vigilancia establecido en las cláusulas del contrato 000322 de 1999, sino debido a la naturaleza de la relación existente entre el beneficiario del programa de IVA social y la entidad a cargo del mismo.

**INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO - Configura falla en el servicio**

Todo lo anterior permite concluir que, si bien es cierto que no es posible afirmar que el paciente se habría curado de su condición o excluir con certeza la muerte temprana, el menor Marbis González Arrieta tenía una expectativa razonable de supervivencia de entre tres y cinco años, e incluso más, lo cual es, ciertamente, muy superior a un mes. Ello conduce a la conclusión de que la suspensión del tratamiento le supuso efectivamente una pérdida de oportunidad de una supervivencia mayor, dentro de los parámetros usuales de su enfermedad. Dicha oportunidad, sin embargo, dependía de la continuidad y la calidad del tratamiento, puesto que la expectativa de supervivencia se predica únicamente de casos tratados y, desde luego, según los estándares de la lex artis, los cuales prescriben la continuidad en el tratamiento.

**PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD - De derecho a un tratamiento adecuado para sujeto de especial protección**

Al margen de lo anterior, es dable predicar con certeza un daño autónomo, consistente en el desconocimiento del derecho al tratamiento (evento que es en sí mismo contraria al derecho a la salud), la denegación de la posibilidad de la mitigación del dolor y del aspecto paliativo de la intervención. Circunstancia que resulta contraria a la dignidad humana.

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL - Pérdida de oportunidad de menor - Denegación de tratamiento**

Debe añadirse que en el caso concreto la denegación del tratamiento por motivos administrativos resulta particularmente lesiva, por haber recaído sobre un sujeto de especial protección, en razón de su edad (quince años), enfermedad (leucemia) y vulnerabilidad social (estrato 1). Además, se debe controvertir la afirmación de la parte demandada, según la cual, a pesar de la denegación del servicio en la Clínica CEMED, a los actores les habría bastado con acudir a la Secretaría Distrital de Salud con el fin de solicitar estrategias concretas para la definición del servicio. En efecto, no hay que olvidar que los actores fueron beneficiarios de un programa del Ministerio de Salud cuyo objeto era precisamente, brindar el servicio a quienes, para el momento no habían logrado acceder a ninguno de los regímenes contemplados en la Ley, y por lo tanto, se encontraban al margen del sistema de salud. Esta fue una circunstancia coyuntural, que hoy no podría ser predicable, dada la universalización del acceso a la Salud. (…) Todo lo anterior permite concluir que en el caso concreto, cabe imputar al Estado los daños derivados de la denegación del tratamiento al menor Marbis González Arrieta por parte de la Clínica CEMED.

**PERJUICIOS MORALES - Reconocimiento por la pérdida de oportunidad - Estado de especial protección de la víctima**

Toda vez que en el caso concreto se ha probado que la señora Vith María Arrieta Amador perdió la oportunidad de convivir, al menos unos años más, con su pariente más cercano (hijo) y que, además, durante sus últimos meses tuvo que padecer el recrudecimiento de su enfermedad sin poder acceder al servicio médico y por causas enteramente administrativas, parece razonable reconocer una indemnización por un valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esto en consideración a que, si bien la pérdida de oportunidad, en sí misma se suele indemnizar en cuantía menor al daño cierto, en este caso la razón del reproche no se encuentra solamente en la pérdida de oportunidad sino en la intensidad del sufrimiento que durante un mes tuvo que soportar la madre de un menor aquejado de una enfermedad severa a cuyo tratamiento no podía acceder y su padecimiento físico no podía, siquiera paliar. A ello hay que añadir el dolor derivado de la legítima expectativa de curación que podía albergar debido a los resultados positivos del tratamiento que venía recibiendo y que, por razones administrativas le fue arbitrariamente denegado. En el caso concreto hay que asumir, además, la sensación exacerbada de angustia derivada de la vulnerabilidad sociológica de la familia y la consecuente dificultad para costear el tratamiento o conocer las rutas administrativas necesarias para acceder a él.

**PERJUICIOS MATERIALES - Lucro cesante**

En el caso concreto, no existiendo certeza, sobre la supervivencia del menor, no es posible anticipar que este habría contribuido con el sostenimiento del hogar desde su mayoría de edad hasta los 25 años. En este sentido, no encuentra la Sala razón para predicar el lucro cesante.

**PERJUICIOS MATERIALES - Por daño emergente**

Por otra parte, no encuentra la Sala probadas erogaciones de la señora Arrieta causalmente relacionadas con la denegación temporal del servicio, por lo que tampoco se reconocerá indemnización por este concepto.

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN B**

**Consejera ponente: STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

Bogotá, D. C., diez (10) de mayo de dos mil diecisiete (2017)

**Radicación número: 08001-23-31-000-2002-02174-01(39057)**

**Actor: VITH MARÍA ARRIETA AMADOR**

**Demandado: MINISTERIO DE SALUD Y OTROS**

**Referencia: APELACIÓN SENTENCIA - ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante la cual se negaron las pretensiones formuladas contra la Nación-Ministerio de Salud, por la señora Vith María Arrieta Amador, con ocasión de la muerte de su menor hijo Marbis González Arrieta

**I. ANTECEDENTES**

**1. Pretensiones**

El día 27 de septiembre de 2002, la señora Vith María Arrieta Amador, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, por intermedio de apoderado judicial, presentó demanda contra la Nación-Ministerio de Salud.

Solicitó las siguientes declaraciones y condenas:

*1. Declarar administrativa y extracontractualmente responsable a la Nación-Ministerio de Salud, Dirección General de Desarrollo de la Prestación de los Servicios de Salud-, de los perjuicios causados a la demandante con motivo de la muerte de su hijo Marvin (sic) González Arrieta, ocurrida en la ciudad de Barranquilla (Atlántico), el día 27 de septiembre de 2000 en el Distrito de Barranquilla del Departamento del Atlántico, como consecuencia de la falta de atención médica por parte de la Clínica CEMED Ltda. como medio o instrumento de uno de los órganos del Estado –Ministerio de Salud- en su papel de garante de la prestación de ese servicio a cargo del Estado, a causa de la omisión del Ministerio de Salud y la Dirección General de Desarrollo de la Prestación de los Servicios de Salud de girar los recursos del Programa Nacional de Asistencia Integral de SALUD, Iva Social, (Ley 83/97) para atender a los niños con cáncer dentro de los que se encontraba el menor fallecido, que venía tratando la Clínica CEMED Ltda., según lo pactado en el* *contrato de prestación de servicios de salud No. 000322/99 suscrito entre la Clínica CEMED y el Ministerio de Salud.*

*2. Condenar a la Nación (Ministerio de Salud) a pagar a la demandante, por perjuicios morales en lo correspondiente a daños morales objetivados y subjetivados, el valor de mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, según el precio que se acredite al momento de la sentencia, por la muerte de su hijo menor Marvin (sic) González Arrieta, a causa de la falta de asistencia médica para el tratamiento de la enfermedad de cáncer que padecía, produciendo a su madre un profundo dolor, angustias, llanto y tristeza.*

*3. Condenar a la Nación (Ministerio de Salud), a pagar a favor de Vith María Arrieta Amador, los perjuicios materiales sufridos con la muerte de su hijo, el menor Marvin (sic) González Arrieta, que comprenden el daño emergente y el lucro cesante teniendo en cuenta las siguientes bases de liquidación.*

*1. Tomando el salario mínimo legal vigente al momento de su fallecimiento, el 27 de septiembre de 2005, o sea, la suma de $260.106 pesos mensuales más un veinticinco por ciento (25%) de prestaciones sociales.*

*2. Tomando vida probable del demandante y a la edad de 15 años de la víctima, según las tablas de supervivencia aprobadas por la Superintendencia Bancaria. Lo cual arrojará el valor de los perjuicios materiales.*

*3. Actualizada dicha cantidad según la variación porcentual del índice de precios al consumidor existente entre el 27 de septiembre de 2000, y que exista cuando se produzca el fallo de segunda instancia o el auto que liquide los perjuicios materiales. Indexación.*

*4. La fórmula de matemáticas financieras aceptada por el Honorable Consejo de Estado, teniendo en cuenta la indemnización debida o consolidada y la futura.*

*5. Los gastos en que se incurrió para que otra institución de salud lo atendiera y los gastos de la funeraria salas de velación y entierro del menor, según facturas que aportaré como pruebas y que conforman el daño emergente.*

**2. Fundamentos de hecho**

La demandante funda sus pretensiones en los siguientes hechos y circunstancias:

*1. El menor Marvin (sic) González Arrieta era hijo del señor José González Franco y la señora Vith María Arrieta, personas de escasos recursos económicos. El niño venía padeciendo leucemia mieloide aguda, enfermedad de alto riesgo mortal.*

*2. El menor Marvin (sic) González Arrieta tenía muy buenas relaciones de cariño, afecto y ayuda mutua con sus padres y vivía con la madre bajo el mismo techo, antes de tener que ser internado para tratarlo de la enfermedad de leucemia mieloide aguda que padecía.*

*3. El menor Marvin (sic) González Arrieta tuvo que ser tratado por la Clínica CEMED Ltda. de Barranquilla, la cual venía haciéndole el tratamiento del cáncer que padecía, entregándole medicamentos y practicándole las quimioterapias y demás procedimientos que se le practican a los niños que padecen ese tipo de enfermedades, con los dineros provenientes del Programa Nacional de Asistencia Integral en Salud, IVA SOCIAL, -Ley 383/97- que le giraba el Ministerio de Salud como consecuencia del contrato No. 000233/99 suscrito entre la Clínica de Especialidades Médicas Ltda. y el Ministerio de Salud.*

*4. Mediante comunicación enviada con fecha 1 de agosto, la Clínica CEMED Ltda., solicitó la adición del contrato No. 000322/99 suscrito con el Ministerio de Salud, para la prestación del servicio de salud del programa IVA SOCIAL, con el que se financiaba el tratamiento de los menores que se beneficiaban, según lo pactado en la cláusula décimo sexta del contrato firmado con el Ministerio de Salud, en el que el Ministerio tiene la facultad de adicionar la prestación del servicio, teniendo en cuenta que el valor original del contrato ya se consumó en su totalidad y el tratamiento del menor Marvin (sic) González Arrieta no había llegado a su culminación y teniendo en cuenta que suspender el tratamiento del menor significaba decretarle la pena de muerte, condenándolo a morir por falta de asistencia médica (como en efecto ocurrió) ya que la clínica CEMED Ltda., para poder financiar el tratamiento que es altamente costoso- del menor junto con dieciocho menores más que estaban en la misma circunstancia, necesitaba de los dineros que les giraba el Ministerio de Salud, Dirección General de Desarrollo de Prestación de Servicios de Salud.*

*5. El Ministerio de Salud, que tiene la obligación Constitucional de proteger la vida de los colombianos y en especial la de los niños según el mandato del art. 44, por intermedio del señor Mauricio Calderón Ortiz, quien era en ese entonces el director general de desarrollo de la prestación del Servicio de Salud, en respuesta a la solicitud de la adición del contrato le envió a la Doctora Adalgiza Cogollo de Durán, un oficio con referencia No. 77853, en el que le manifiesta textualmente: “Me permito informarle que no es posible efectuar dicha adición en razón a que durante la presente vigencia no se apropiaron recursos en el presupuestos en el Presupuesto General de la Nación para atender las actividades contempladas en la Ley 383/97”.*

*6. Ante la respuesta los directivos de la Clínica CEMED Ltda., se vieron precisados a manifestarle a los padres del menor que tendrían que suspender el tratamiento del menor Marvin (sic) González Arrieta, lo cual efectivamente hicieron, aduciendo falta de recursos económicos para poder financiar lo costoso del mismo, teniendo en cuenta que el servicio también se lo prestaban a otros dieciocho niños, y uno también había fallecido con anterioridad a la víctima y como el tratamiento de estas enfermedades demanda mucho dinero, que la misma Corte Constitucional las ha declarado como enfermedades costosas y ruinosas, siendo imposible con los recursos de la Clínica prestarle la atención médica que requieren los niños, por lo tanto, para continuar el tratamiento era indispensable que el Ministerio de Salud les girara dineros correspondientes al tratamiento, para que no lo suspendieran y pudieran pagar inmediatamente a los médicos y al personal que atiende a los niños y sus proveedores de drogas y medicamentos, ya que atiende a los niños y sus proveedores de drogas y medicamentos, ya que la Clínica CEMED Ltda. es un medio entre el Estado y el paciente porque es al Ministerio de Salud, Dirección General de Desarrollo de la Prestación de Servicios de Salud, a quien les corresponde protegerle la salud y la vida al menor y ellos –ese servicio a cargo del Estado- lo prestan con los recursos económicos que le enviaba el Ministerio de Salud, de manera que si la Clínica no recibe los dineros le es imposible prestar el mencionado servicio ya que los recursos económicos de la Clínica no alcanzan para sufragar este tipo de tratamiento, por lo costoso y además eran más de dieciocho niños a los que le estaban prestando el servicio, por tanto en el momento en que el Estado a través del Ministerio de Salud, les enviaba los dineros correspondientes puntualmente, ellos estarían en condiciones para poder seguir prestándole el servicio y seguir haciéndole el tratamiento a los menores, sin ningún tipo de interrupción, como le habían venido haciendo el tratamiento a los menores, en cumplimiento del contrato firmado con el Ministerio de Salud, pero que sin recursos económicos era imposible continuarlos pues la enfermedad que padece el menor y los demás niños que están en las mismas circunstancias, es de las patologías de alto costo que requieren inexorablemente de la financiación del Ministerio de Salud.*

*7. El menor Marvin (sic) González Arrieta, recayó ante la suspensión del tratamiento y sus padres lo llevaron varias veces a la Clínica CEMED Ltda., para que le hicieran el tratamiento, lo cual no hizo la Clínica aduciendo que el Ministerio no le giraba los dineros y que no habría renovación del contrato.*

*8. Es así como el director científico de la Clínica CEMED Ltda., insistió mediante oficio dirigido a la Ministra de Salud Dra. Sara Ordóñez Noriega, haciéndole saber la necesidad que tenía la clínica que dirige de obtener recursos del IVA SOCIAL para continuar con la atención de pacientes con cáncer menores de 18 años y que a través de estos recursos fueron atendidos por la institución a su cargo, ya que sin los mismos tendrían que suspender el tratamientos, a lo cual el Director General de Desarrollo de la Prestación del Servicio de Salud respondió a través de oficio con radicación No. 848489 informando que no era posible la obtención de esos recursos y que por tal motivo en la actualidad el Ministerio no está renovando los contratos con cargo a esos recursos, que la población general está cubierta con recursos de la oferta o seguridad social, y que se dirigiera a las Direcciones Departamentales de Salud para que le definieran la estrategia de atención a pacientes, responsabilidad del Municipio o Departamento, según la patología que presenten y que ya se estaba tramitando una nueva ley por parte del Ministerio de Salud, para obtener recursos, para seguir financiando la atención en salud de la población con patologías de alto costo que no se encuentran cubiertos por ninguno de los regímenes de seguridad social y sean clasificados por Sisben en estratos uno y dos.*

*9. Ante la no atención o renovación del contrato suscrito entre la Clínica CEMED Ltda. y el Ministerio de Salud y ante la suspensión del tratamiento médico, de la quimioterapia y la entrega de medicamentos para tratar la enfermedad de alto riesgo mortal, el menor Marvin (sic) González Arrieta falleció ya que suspenderle la asistencia médica fue condenarlo a morir, pues los padres del menor son personas de escasísimos recursos económicos, tanto es así que se beneficiaba del programa de la prestación de servicios médicos con el IVA social para personas en los estratos 1 y 2, para que a su hijo el Estado le protegiera su derecho a la vida y la salud en cumplimiento de los preceptos constitucionales establecidos en la Constitución Política artículos 1, 3, 11, 13, 44, 48, 49 los cuales fueron flagrantemente violados a consecuencia de la falta de asistencia médica que ocasionó su muerte a tan corta edad.*

*10. La falta de atención médica por parte de la Clínica CEMED Ltda. como instrumento de uno de los órganos del Estado –Ministerio de Salud- en su papel de garante de la prestación de este servicio a cargo del Estado, fue la causa determinante o nexo causal que ocasionó el daño antijurídico consistente en la muerte del menor Marvin (sic) González Arrieta y constituye actividad irregular o falla en el servicio presunta ya que no se prestó el servicio de salud a cargo del Estado en este caso, consistente en la atención médica requerida para tratar la enfermedad de alto riesgo mortal de leucemia mieloide aguda que padecía el menor, lo que inexorablemente conllevó a una muerte temprana, ya que la enfermedad que venía padeciendo requería un tratamiento especializado, por lo cual el Estado a través uno de sus órganos –el Ministerio de Salud-, contrató los servicios de la clínica de especialidades médicas, CEMED Ltda., especializada en hematología y oncología para sirviera de instrumento para la prestación del servicio de salud a menores con enfermedades catastróficas o de alto riesgo y costo, de padres de escasos recursos económicos pertenecientes a los estratos 1 y 2, para el desarrollo de programas que cubren las patologías descritas –Programa Nacional de Asistencia Integral en Salud, IVA SOCIAL- Ley 383 de 1997, sin embargo Ministerio de Salud, incumplió con su deber legal y constitucional de garantizar el derecho a la salud, la protección al derecho a la vida y a la seguridad social a la población de escasos recursos que incluye cobertura en salud, la protección al derecho a la vida, especialmente la protección y defensas de las personas que por su condición económica, física o mental se hallen en circunstancias de debilidad manifiesta, como en el presente caso, obligaciones todas de rango constitucional (arts. 1, 2, 11, 13, 44, 48, 49, C.N) ya que actuó de manera negligente y tardía al no girar los recursos necesarios, que la Clínica CEMED Ltda., le solicitó en reiteradas ocasiones, para continuar con el tratamiento que requerían más de dieciocho niños con enfermedades catastróficas de alto costo y riesgo, que requerían inexorablemente la financiación del Ministerio de Salud de manera inmediata, pues por las patologías padecidas por los menores la suspensión del tratamiento conllevaría su muerte inexorable como en efecto ocurrió con el menor Marvin (sic) González Arrieta, y está demostrado en los oficios que la Clínica CEMED Ltda. envió al Ministerio notificándole esta situación y advirtiéndole que si no otorgaba los recursos oportunamente se verían obligados a suspender la prestación del servicio de salud a cargo del Estado pues la Clínica no cuenta con los recursos para atender a los más de dieciocho niños que estaban a su cargo, todos con patologías de alto costo y como lo manifestó acertadamente la Clínica CEMED Ltda. es un medio entre el Estado y el Paciente, porque es al Ministerio de Salud, Dirección General de Desarrollo de la Presentación de Servicios de Salud, a quien le corresponde protegerle la salud y la vida al menor y ellos –ese servicio a cargo del Estado- lo prestan (sic) con los recursos económicos que les enviaba el Ministerio de Salud.*

*(…)*

*11. La Nación (el Ministerio de Salud) actuó de manera irresponsable y negligente en el cumplimiento de sus deberes constitucionales de velar por la salud, en especial en el presente caso al tratarse de niños, que según el artículo 44 C.N. tienen como derechos fundamentales, la vida, integridad persona y salud, pues habiendo celebrado el citado contrato No. 000322 de 1999, del cual dependía el tratamiento de los niños con cáncer –enfermedad de alto costo y riesgo mortal-, del cual se preveía su terminación y se había comprometido en la cláusula decimosexta del mismo a adelantar las labores tendientes a la modificación del contrato mediante la suspensión o adición del mismo durante su ejecución para evitar la paralización o afectación grave del servicio público que se deba satisfacer con él, en este caso el servicio público de salud que se vio gravemente afectado al no contar con el instrumento del Estado para la prestación del servicio, que es la Clínica, con los recursos necesarios para atender la enfermedad de alto costo del menor, por lo cual solicitó al Ministerio reiteradamente la adición del contrato a lo cual dicho Ministerio siempre se negó tajantemente, además se preveía la terminación del contrato como mínimo para finales del año 2000 pues se pactó con un año de duración desde su perfeccionamiento y legalización en noviembre 23 de 1999, por ello en aras de cumplir con su deber de preservar el derecho a la salud de los niños con cáncer que venían siendo atendidos, debió ser diligente en adelantar las gestiones que le permitieran obtener o apropiar los recursos para continuar con el tratamiento de los niños que ya se había iniciado durante la vigencia del contrato, y lógicamente no podía suspenderse abrupta y negligentemente, pues era sabido por el Ministerio que eran niños con enfermedades de alto riesgo mortal y escasísimos recursos, y por ello estaban vinculados al programa de IVA social del gobierno, para personas de los estratos 1 y 2, pues con dicha suspensión se estaría poniendo en peligro la vida de los menores como en efecto ocurrió con varios de ellos que fallecieron entre los cuales se encuentra el menor Marvin González Arrieta.*

*(….)*

*15. Existe una relación de causalidad entre la falla del servicio presunta y el daño causado a los demandantes, pues se evidencia que la falta de atención médica requerida para tratar la enfermedad de alto costo y riesgo mortal que padecía el menor, por parte de la Cínica CEMED Ltda., como instrumento de uno de los órganos del Estado en su deber de velar por la protección y correcta prestación del servicio público de salud a personas de los estratos más bajos, como el Ministerio de Salud fue el nexo causal o determinante para la ocurrencia de la muerte del menor Marvin (sic) González Arrieta el 27 de septiembre de 2000 en el Hospital Infantil San Francisco de Paula de la ciudad de Barranquilla, en el cual fue atendido en sus últimos instantes de la vida. Aporto prueba de la epicrisis, evolución clínica, y principalmente la historia clínica de admisión en la que se lee textualmente: “paciente de 15 años de edad remitido del Hospital Infantil para el tratamiento y manejo de leucemia mieloide. Fue tratado en la Clínica CEMED con quimioterapia por cuatro meses. Por razones administrativas no se le continuó el tratamiento y es remitido a esta institución.” Institución que no contaba con los equipos y la infraestructura y personal especializado para continuar el tratamiento que le venía realizando la Clínica especializada en oncología CEMED Ltda., que le suspendió el tratamiento ante la falta de recursos económicos para continuar con el mismo, lo que conllevó inexorablemente a su muerte al arribo al Hospital Infantil San Francisco de Paula.*

**3. Contestación**

El Ministerio de Salud se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Adujo, en primer término, que sus funciones se orientan a la formulación y adopción de políticas, programas y proyectos generales del sector salud, así como a la formulación de normas administrativas, técnicas y científicas para el mismo. En consecuencia, no puede entenderse como entidad encargada de la prestación directa de servicios de salud, excepto en los caso del Instituto Nacional de Cancerología, y los sanatorios de Contratación y Agua de Dios, los cuales son Empresas Sociales del Estado, a él adscritas.

Por otra parte, recuerda que según lo dispuesto en el artículo 49 de la Constitución Política, el servicio de salud se organiza de una forma descentralizada. Explica que en desarrollo de este mandato la Ley 60 de 1993, modificada por la ley 715 de 2001, confieren a las entidades territoriales competencias y recursos en materia de salud. Así mismo, destaca que la Ley 100 de 1993, que organiza el Sistema General de Seguridad en Salud, en su artículo 94 prevé que la prestación de salud, en forma directa por la Nación o por las entidades territoriales se haga a través de las Empresas Sociales del Estado, esto es, por entidades públicas descentralizadas, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa.

Añadió que, como consecuencia de lo anterior no hay fundamento para imputar al Ministerio, en tanto organismo de orden nacional, las eventuales fallas en el servicio que legalmente corresponde a las entidades territoriales, como lo es el servicio de salud. Adicionalmente, resalta que, tal como se estableció en la contestación enviada al Director Científico de la Clínica CEMED, el Ministerio no tenía competencia para decidir sobre los recursos del IVA social, siendo la misma atribuida al Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Así mismo, resaltó que en la misma comunicación se recuerda que la “población general está cubierta con recursos de la seguridad social” y que por lo tanto, los padres de los menores podrían dirigirse a las Direcciones Departamentales de Salud correspondientes, para que allí se definiera la estrategia de atención de los pacientes vinculados.

La parte demandada propuso, adicionalmente, las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación. La primera de ellas por cuanto carece de competencia para la prestación directa de sentido de salud. La segunda, por cuanto, al no tener competencia u obligación de prestación del servicio de salud, no se puede predicar su responsabilidad en la presunta falla en la prestación del mismo.

**5. Sentencia recurrida**

El Tribunal Administrativo del Atlántico negó las pretensiones. Desestimó la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que encuentra fundamento para predicarla tanto materialmente como de hecho. Esta última se predica por el hecho de la atribución de la conducta en la demanda y la notificación, en tanto que la primera se deriva del hecho de que la situación sujeta al litigio, esto es, la no renovación del contrato para la atención del menor enfermo, es circunstancia directamente atribuible al Ministerio. En lo que tiene que ver con la excepción de inexistencia de la obligación, la consideró indistinguible del fondo del asunto.

Negó, sin embargo la imputación, toda vez que no es posible predicar falla en el servicio, ya que la historia clínica muestra que el menor recibió efectivamente tratamiento para su enfermedad y murió estando bajo el cuidado del Hospital San Francisco de Paula, esto es, al margen de la prestación del servicio objeto del contrato entre la entidad demandada y la Clínica CEMED. Además, enfatiza en la inexistencia de deberes de resultado en la práctica de la medicina, excepción hecha de escasísimos casos, y que la causa de la muerte del menor se encuentra en la enfermedad mortal que padecía. En sus palabras:

*La corporación observa que el contrato celebrado entre la Clínica CEMED Ltda. y el Ministerio de Salud, en la cláusula segunda establece que la duración del contrato es de un año, contado a partir de la fecha del cumplimiento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del mismo, requisitos que se encuentran incluidos en la cláusula vigésima tercera del convenio celebrado, la cual dispone: <<el presente contrato requiere para su perfeccionamiento de la firma de las partes y del registro presupuestal, por parte del Ministerio de Salud. Para su ejecución requiere la aprobación de la garantía, por parte del Ministerio de Salud y el pago a cargo de la Clínica CEMED del impuesto de timbre, en la cuantía que las leyes vigentes sobre la materia señalan. Para su legalización requiere el pago de los derechos de publicación del presente contrato en el diario único de contratación pública, obligaciones que se entenderán cumplidas con la prestación de los correspondientes recibos de pago, en la oficina de contratación e interventoría del Ministerio, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la fecha en que estos se efectúen. Parta constancia se firma en Santa Fe de Bogotá, D.C, a los 23 1999>>*

*Igualmente, se aprecian certificaciones aportadas por la Clínica CEMED Ltda., donde se encuentran órdenes y exámenes de laboratorio, tratamientos de quimioterapias, entre otros, que le permiten a esta corporación inferir, por una parte, que el menor Marbis González Arrieta se le estaba prestando en servicio de salud, de conformidad con los lineamientos establecidos en el contrato entre la Clínica CEMED Ltda. y el Ministerio; y de otra, que el contrato tenía vigencia hasta el 23 de noviembre del año 2000.*

*Y como el menor González Arrieta falleció el 27 de septiembre de 2000, según consta en el registro civil de defunción y en la historia clínica del Hospital San Francisco de Paula (f. 18), podemos señalar que se informa lo sostenido por la accionante cuando dijo que <<la muerte de su hijo menor Marvin (sic) González Arrieta…fue a causa de la omisión del Ministerio de Salud en girar los recursos para atender a los niños con cáncer>> pues el menor falleció en el Hospital San Francisco de Paula, centro asistencial donde los padres del menor manifestaron carecer de recursos económicos, según lo registrado en la historia clínica, situación que fue informada al encargado de salud pública, y se continuó tratando al paciente hasta su deceso, sin negarle el servicio público.*

*Ahora, del material inmerso en el expediente no se pueden establecer las razones por las cuales el menor Marvin (sic) González no se le continuó el tratamiento en la Clínica Cemed, pues en la historia clínica del Hospital San Francisco de Paula sólo hacen referencia a que se fue por problemas administrativos, elementos ínfimos para atribuir responsabilidad estatal, ya que tratándose de la responsabilidad por omisión establecido el daño, el análisis debe conducirse hacia la determinación de la causalidad y la imputabilidad y en este sentido, el problema radicaría en establecer si existía la posibilidad efectiva para la entidad demandada de evitar el daño interrumpiendo el vínculo de causalidad.*

*Entonces, del acervo probatorio no se desprende que el Ministerio de Salud haya omitido la obligación contraída y si estaba en posibilidad de impedir del deceso del menor, pues la prestación del servicio le corresponde directamente a los entes de salud y la obligación pecuniaria al Estado, en casos como el presente cuando se trata de personas de escasos recursos; además, debe tenerse en cuenta que todos los pacientes ingresan al servicio de atención de salud con alguna o muchas posibilidades de curación, pero no lograr el éxito a pesar del tratamiento médico, no implica daño alguno que deba repararse, salvo casos en los que la obligación médica sea, por excepción, de resultado como suele ocurrir, por ejemplo, con cirugías con fines estéticos, etc.*

*Así, las pretensiones de la accionante no tienen respaldo probatorio adecuado, pues no está demostrada la omisión de la entidad demandada y que la misma haya contribuido al fatal resultado, ya que la historia clínica, conduce a que la leucemia mieloide (cáncer), finalmente fue la causa de la muerte del menor, pese a los tratamientos asistenciales que se le brindaron, como era su deber, pues en ciertas ocasiones, la práctica de la medicina en enfermedades tan complejas como la que padecía el menor y muchos otros casos, no derrota la enfermedad y esto no constituye falla en el servicio.*

Igualmente, el a *quo* resalta el altísimo riesgo mortal de la leucemia mieloide y las escasa expectativa de vida de los pacientes que la sufren (por regla general entre 3 y 5 años con quimioterapia).

**7. Apelación**

Apela la parte actora. Sostiene que en caso concreto existen razones para la imputación. La primera de ellas consiste en que para el momento de la muerte del menor (septiembre de 2000) el contrato entre el Ministerio de Salud y la Clínica CEMED se hallaba vigente, siendo una de las obligaciones del referido ente público asegurar que la clínica contratada cumpliera con la obligación de prestar el servicio de salud. Toda vez que la Clínica interrumpió el servicio antes del vencimiento del contrato, se sigue que el Ministerio no cumplió adecuadamente con la obligación de vigilancia.

Además, controvierte la afirmación de que el menor recibió en todo momento atención, puesto que en la historia clínica se observa que el paciente fue atendido por última vez en la clínica CEMED el día 19 de julio de 2000, cuando se encontraba en un estado relativamente estable, ordenándosele en ese momento cita de control en tres semanas, y volvió a recibir atención médica el 26 de septiembre de 2000, esta vez en el Hospital San Francisco de Paula, al que llega en estado crítico, un día antes de su muerte.

Ello demuestra que el menor permaneció por lo menos un mes sin el tratamiento necesario. Tiempo en el cual la enfermedad padecida se complicó hasta llegar a la muerte.

*“En el presente caso, en el expediente aparece claro que el daño fue causado por la omisión de prestarle la atención médica que requería el menor, nótese en el resumen que hacen los Magistrados de Primera Instancia de la Historia Clínica del menor cómo el paciente entra a la Clínica Cemed Ltda. el 28 de abril de 2000, días después, el 16 de mayo de 2000 se hace una transfusión de sangre y se le inicia quimioterapia intravenosa; 14 días después, el 16 de mayo de 2000 se le hace el tratamiento y entra en mejora. Nótese cómo el menor respondió al tratamiento durante el tiempo que le fue aplicado, siembre fue en buen estado general mientras se le aplicó la quimioterapia. Obsérvese que desde el 19 de julio hasta el 26 de septiembre, no se hizo ninguna quimioterapia, en la historia clínica que le hacen en el Hospital San Francisco de Paula, se deja constancia <<paciente de 15 años de edad remitido del Hospital Infantil para tratamiento y manejo de leucemia mieloide. Fue tratado en la Clínica CEMED con quimioterapia por cuatro meses. Por razones administrativas, no se le continuó el tratamiento y es remitido a esta institución”. Como se observa, ni la quimioterapia ni la transfusión de sangre se hizo, las cuales debió hacerlas la Clínica CEMED Ltda. en cumplimiento del contrato, el paciente finalmente murió. Surge de allí con claridad el necesario nexo causal entre la omisión del Ministerio de la Protección por medio de la Clínica CEMED Ltda., ya que estando vigente el contrato mencionado con el Estado que obligaba a este a exigir a la Clínica Cemed Ltda. a hacerle las quimioterapias con la frecuencia que las hizo cuando el menor mejoró, dejó de hacerlas como se expresó en los hechos de la demanda, sin que el Ministerio de la Protección obligara a la Clínica a seguir el tratamiento médico como era su deber pues, así quedó establecido en el contrato y el daño producido que fue el deterioro de la salud y finalmente la muerte del menor ante la omisión de la atención médica requerida que, como se ha explicado antes, es uno de los elementos en orden a establecer la imputabilidad del daño antijurídico al Estado”.*

Resalta, por lo demás, que en el caso concreto que, además de la muerte del menor, en este caso se discute el caso consistente en la denegación del tratamiento con la consecuente mitigación del dolor y la prolongación de la expectativa de vida.

Resalta, por otra parte, la existencia de un fallo que tuteló los derechos de otra menor con cáncer a quien la Clínica CEMED, también negó la continuidad del tratamiento ante la negativa del Ministerio de adicionar el contrato. En este caso, la protección de los derechos de la menor, en sede judicial, debe entenderse como prueba de la obligación de actuación que tenía el Ministerio.

**II. CONSIDERACIONES DE LA SALA**

1. **Competencia**

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por las partes contra la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2009, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por cuanto, la pretensión mayor, referida en la demanda, excede la cuantía mínima exigida para que proceda la doble instancia ante esta Corporación[[1]](#footnote-1).

**2. Caducidad de la acción**

De acuerdo con lo establecido en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo en su numeral 8, *“la de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”*. Así las cosas, dado que el daño alegado en el caso sublite se consuma con la muerte del menor Marvin González Arrieta, el día 27 de septiembre de 2000, la presentación de la demanda el día 27 de septiembre de 2002 debe considerarse dentro del término legal.

**3. Problema jurídico**

Corresponde a la Sala examinar si la señora Vith María Arrieta Amado sufrió daño antijurídico derivado del incumplimiento de las obligaciones del Ministerio de Salud respecto del contrato suscrito con la Clínica CEMED de la ciudad de Barranquilla. Los daños antijurídicos aquí señalados incluyen tanto la muerte del menor Marbis González Arrieta como la denegación del servicio, considerada como daño autónomo y la pérdida de oportunidad de supervivencia dentro de las expectativas usuales de la enfermedad.

**4. Sobre la legitimación en la causa**

**4.1. Sobre la legitimación en la causa por activa**

En el caso concreto se encuentra probada la legitimación por activa, toda vez que se halla acreditada la enfermedad y la muerte del menor Marbis González (historia clínica f. 52 a 64 y f. 116 a 144, c.2, registro civil de defunción f. 157, c.2) y el parentesco con la señora Vith María Arrieta Amador (registro civil de nacimiento, f. 156, c.2).

**4.2. Legitimación en la causa por pasiva**

Se acepta, así mismo, la legitimación en la causa del Ministerio de Salud toda vez que, si bien es cierto que, en principio, esta entidad no tiene a su cargo la prestación directa del servicio de salud, el menor Marbis González recibió tratamiento médico en la Clínica CEMED, en virtud del contrato de prestación de servicios de salud No. 000322 de 1999, en el cual se establecen deberes de vigilancia que la parte demandante alega se incumplieron y de cuya inobservancia asegura se derivan los daños objeto de litigio.

**5. Análisis del caso**

**5.1 Hechos probados**

5.1.1 Está probado que el día 23 de noviembre de 1999 se suscribió contrato de prestación de servicios de salud entre el Ministerio de Salud y la Clínica de Especialidades Médicas CEMED, Ltda. En el contrato se establecen, entre otras, las siguientes cláusulas:

*Cláusula primera: Objeto: Mediante el presente contrato la Clínica se compromete para con el Ministerio a prestar atención integral en salud a los niños menores de dieciocho años, no amparados por los regímenes contributivo y/o subsidiado del Sistema General de Seguridad Social (vinculados estratos 1 y/o 2) que presenten enfermedades hematológicas y oncológicas.*

*Cláusula segunda: Duración: La duración del presente contrato será de un año contado a partir de la fecha de cumplimento de los requisitos de perfeccionamiento, ejecución y legalización del mismo.*

*(…)*

*Cláusula quinta: Obligaciones de la Clínica: Para la ejecución del contrato la clínica se compromete a: 1) Destinar los recursos que sean entregados para para cumplir cabalmente con el objeto del presente contrato, con excepción de la compra de equipos, bajo la supervisión del interventor, 2) Garantizar la infraestructura, dotación, suministros y recurso humano necesario para el desarrollo del presente contrato, 3) Prestar de manera integral los servicios de salud para la atención del grupo de patologías descritas en el objeto del presente contrato. 4) Atender a los pacientes bajo las circunstancias descritas en el numeral anterior, sean remitidas por otras instituciones prestadoras de servicios, Direcciones departamentales y locales de salud, 5) Remitir a los pacientes de acuerdo con el estado de salud de estos a otra IPS de mayor complejidad, 6) Disponer permanentemente de los elementos necesarios que se requieran para el diagnóstico, tratamiento o rehabilitación integral de estos pacientes, 7) Prestar o subcontratar los servicios de hospitalización a los pacientes objeto del presente contrato, cuando fuere necesario, garantizando las medidas necesarias para la seguridad de los mismo, durante el tiempo establecido en la resolución No. 741 “ Personal de usuarios” del 14 de marzo de 1997, expedida por el Ministerio de Salud. 8) Disponer servicios médico-quirúrgicos, juntas médicas-quirúrgicas, grupos de especialistas y otros que se requieran para el manejo de los pacientes. 9) Subcontratar aquellos procedimientos médicos-quirúrgicos de hospitalización, diagnóstico y tratamiento cuando no se disponga de los mismos, para la debida ejecución del contrato (…). 10) En el caso de trasplantes, la clínica deberá subcontratar con otra IPS que se encuentre debidamente autorizada para realizar trasplantes y que cuente con soporte médico y científico para este fin.*

*Cláusula sexta: Obligaciones del Ministerio: 1) Exigir a la Clínica la ejecución idónea de este contrato, lo cual se verificará a través de la evaluación que realice el interventor técnico, 2) Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro, lo cual se verificará a través de la evaluación que realice el interventor técnico. 2) Adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y cobro de las sanciones pecuniarias y garantías a que hubiere lugar; para lo cual el interventor técnico dará aviso oportuno al Ministerio, sobre la ocurrencia de hechos constitutivos de mora o incumplimiento. (…) 5) Pagar oportunamente a la Clínica el valor total del presente contrato (…) (f. 63-64, c. 2).*

5. 2. Se sabe que el 1 de agosto de 2000 la Clínica CEMED envió un oficio al Ministerio de Salud solicitando la adición del referido contrato, a lo cual la entidad respondió negativamente, por no haberse apropiado los recursos en el Presupuesto General de la Nación. Así se desprende del oficio con referencia No 77853, suscrito por el Director General de Desarrollo de la Prestación de Servicios de Salud, en el que se lee:

*En relación con la comunicación enviada por ustedes de agosto 1 del año en curso, radicada en el Ministerio de Salud con los números de referencia, mediante la cual solicita se adicione el contrato 000322/99 suscrito con la Clínica que usted representa, para la prestación de los servicios del Programa IVA social, me permito informarle que no es posible efectuar dicha adición en razón a que durante la presente vigencia no se apropiaron recursos en el Presupuesto General de la Nación para atender las actividades contempladas en la ley 383/97. (f. 70, c. 2).*

Y en comunicación de radicación 848489 se lee:

*En respuesta al oficio dirigido a la señora Ministra de Salud Doctora Sara Ordóñez Noriega, donde le manifiesta la necesidad que tiene la Clínica que dirige en obtener los recursos del IVA social para continuar con la atención de pacientes con cáncer, menores de 18 años y a través de estos recursos fueron atendidos por la institución a su cargo, atentamente le informo que desafortunadamente la obtención de estos recursos no dependen del Ministerio de Salud, sino del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, quien a través de la Ley 383-97, destinó dos puntos del IVA para acciones de tipo social durante los años de 1997, 1998 y 1999, los cuales se están terminando de ejecutar en el año 2000.-*

*Por este motivo, en la actualidad el Ministerio no está renovando los contratos con cargo a estos recursos.*

*Sin embargo, le recuerdo que la población en general está cubierta con recursos de la seguridad social o de la oferta, por tal motivo se puede dirigir a las direcciones departamentales de salud a las que pertenezca la población, para que allí le definan a estrategia de atención de los pacientes vinculados que son responsabilidad de acuerdo con la Ley 60 de 1993 del Departamento y del Municipio, según el tipo de patología que presente.*

*Además, este Ministerio está tramitando una nueva Ley que le permita obtener recursos con los que pueda continuar financiando la atención en salud de la población con patologías de alto costo, que no se encuentren cubiertos por ninguno de los regímenes de la Seguridad Social y sean clasificados por Sisbén en estratos uno y/o dos (…) (f. 69, c. 2).*

5.2. Se sabe que con ocasión de la no adición del contrato, la Clínica CEMED empezó a negar la prestación del servicio a algunos de los menores beneficiarios. Así, por ejemplo en el plenario obra copia de la sentencia de tutela de 9 de octubre de 2000, proferida por el Tribunal Superior del Distritito de Barranquilla, en cuyo recuento fáctico se lee:

*Nos correspondió conocer de la acción de tutela acabada de referenciar mediante la cual se pretende por el accionante, en la calidad dicha, y a través de apoderado judicial que se tutele el derecho de la menor a la vida y a la salud en cuanto y tanto que padeciendo de leucemia linfoide aguda, enfermedad de alto riesgo mortal, la entidad prestadora de salud que hasta ahora la viene tratando, entregándole medicamentos y aplicándole quimioterapia, CEMED Ltda., con sede en Barranquilla está pronto a suspenderlos en atención a que el contrato que tenía con el Ministerio de Salud con dineros provenientes del IVA social estaba venciéndose, habiéndose negado el Ministerio, a través de la Dirección General de Desarrollo de la Prestación de los Servicios de Salud, a prorrogarlo. (…) en tales circunstancias la menor está expuesta a una inminente muerte dada la naturaleza de su cáncer, sin que sus padres puedan asumir el tratamiento por no contar con los recursos económicos para ello, razón por la cual se inscribieron en el programa de IVA social, que iguales circunstancias, se encuentran otros 18 menores. (f. 72, c. 2).*

5.3. Se sabe que el menor Marvin González Arrieta recibía atención en la Clínica de Especialistas CEMED desde el 28 de abril de 2000, en virtud del referido programa de IVA social. Sobre su tratamiento y la evolución observada durante el mismo da cuenta el resumen de la historia clínica expedida por la misma institución.

*Nombre: Marvin (sic) González Arrieta*

*Edad: 15 años*

*Empresa: IVA Social*

*Paciente quien consulta el 28 de abril de 2000 por presentar cuadro de 2 meses de evolución de dolores osteomusculares generalizados de predominio en miembros inferiores asociado a fiebre. Le realizaron extendido de sangre periférica que mostró características compatibles con leucemia mieloide (según nota de remisión). Manifiesta salida de manchas rojizas en la pierna.*

*Examen físico: TA 90/60, peso 42 kg.*

*Palidez mucocutánea generalizada, febril al tacto, normocéfalo, pinral. Adenopatías cervicales positivas. Tórax simétrico, dolor a la palpación, región esternal. Murmullo vesicular en ambos campos pulmonares. No soplos, ruidos cardiacos rítmicos. Extremidades simétricas, móviles. SNC, sin déficit. Lesiones petequias en la piel de diferente distribución.*

*Plan:*

*1. Aspirado de médula ósea*

*2. Dado su mal estado general se decide hospitalizar.*

*Mayo 2 del 2000*

*Paciente actualmente hospitalizado. Regular estado general. Al examen físico petequias de diferente distribución en el organismo. Se realizó transferencia de sangre fresca total y plaquetas. Se decide inicio de quimioterapia intravenosa (…)*

*Paciente tolera el procedimiento. Permanece hospitalizado por pancitopenia + cuadro febril con alta médica por mejoría el 15 de mayo del 2000. Se anexa soportes de hospitalización.*

*Mayo 16 del 2000. Paciente en regular estado. Actualmente con efecto de quimioterapia. Al examen físico, úlcera oral por neutropenia. Flebitis en miembros superiores.*

*Trae laboratorios que muestran hb 6 gr. Leucocitos 4000, plaquetas 75000. Plan trimetropia sulfa. Transfusión sanguínea, cita a control en 15 días con cuadro hemático.*

*Mayo 26 del 2000*

*Buen estado general. Al examen físico sin signos de actividad tumoral. Laboratorios muestran Hb 10 gr. Leucocitos 3.300. Neutrófilos 1000, plaquetas 379.000.*

*Plan. Se inicia quimioterapia…*

*Junio 15 del 2000.*

*Paciente en buen estado general. Al examen físico sin datos de actividad tumoral. Laboratorios muestran Hb 11 gr. Leucocitos 2.800, plaquetas 54.000. Actualmente con neutropenia severa.*

*Plan: predisolona 100 mg/día por 7 días.*

*Junio 27 de 2000*

*Paciente afrebril. En buen estado general. Sin datos de actividad tumoral. Trae laboratorios que muestran hb. 9.9 gr, leucocitos 7.600, abundantes formas intermedias. Se inicia ciclo de quimioterapia intravenosa.*

*Paciente tolera procedimiento sin complicaciones. Cita a control con laboratorios en 3 semanas.*

*Julio 19 de 2000. Paciente en buen estado general. Sin datos de actividad tumoral. Hb. 11.5, gr, leucocitos 3.700, neutrófilos. 1.700, plaquetas 40000. Examen físico clínicamente estable.*

*Plan:*

*Quimioterapia con el siguiente esquema:*

*(…)*

*Paciente tolera el tratamiento sin complicaciones. Cita a control en 3 semanas con resultados. (f. 123- 124. c.2).*

5.4. Después de un periodo en el que no consta que el menor hubiera recibido tratamiento alguno, se tienen las siguientes anotaciones en la historia clínica del Hospital San Francisco de Paula de la ciudad de Barranquilla:

*Paciente de 15 años de edad, remitido de hospital pediátrico para tratamiento y manejo de leucemia mieloide. Evolución que empezó con pérdida de peso, artralgias, fiebre y vómito, motivo por el cual consultó al médico, quien ordenó tratamiento con quimioterapia, que no presentó mejoría. Consulta al Hospital Universitario donde Dx Leucemia mieloide. Fue tratado en la clínica CEMED por 4 meses. Por razones administrativas no se continúa con el tratamiento y es remitido a esta institución. (f. 55, c. 2)*

La historia clínica en el referido hospital menciona como primera fecha el 26 de septiembre de 2000 a las 14:15 pm y tiene su última entrada el día siguiente a las 9:45, con el traslado del cuerpo a la morgue. En la hoja de epicrisis se menciona:

*Paciente quien ingresa remitido al servicio de urgencias, valorado en el mismo, se ordena tratamiento, hospitalización. Paciente en malas condiciones generales, pasa mala noche, febril, se administra transfusión ordenada, paciente tolera el procedimiento; en la mañana de hoy 27-IX -00 paciente entra en paro cardiorrespiratorio, que no cede a maniobras de reanimación cardiopulmonar, falleciendo a las 9:30 am (f 55, c. 2).*

**5.2. Consideraciones generales**

En el caso concreto es preciso tener en cuenta, en primer lugar, que en este caso se discute si la parte actora se vio obligada a asumir cargas que no le correspondían en el contexto de la prestación de un servicio que correspondiendo al Estado, tuvo como cauce la ejecución de un contrato suscrito entre el Ministerio de Salud y la Clínica CEMED. En este sentido, habrá que entender, por una parte, que en tanto que el menor Marbis González Arrieta acudió a la mencionada Clínica en calidad de beneficiario del programa de IVA social (el cual si bien dependía del Ministerio de Hacienda en cuanto a la apropiación de recursos se refiere, era gestionado por al Ministerio de Salud en lo referente a la contratación con clínicas especializadas) la relación jurídicamente relevante en el *sub lite* será la de la parte actora y el referido Ministerio, siendo de este modo imputable al último de los mencionados todo daño que la actuación de la clínica contratada causare al paciente. Así pues, el incumplimiento de la Clínica CEMED ha de reputarse jurídicamente propio del Ministerio de Salud en el caso concreto y ello no solo en virtud del deber de vigilancia establecido en las cláusulas del contrato 000322 de 1999, sino debido a la naturaleza de la relación existente entre el beneficiario del programa de IVA social y la entidad a cargo del mismo.

Por otra parte, a pesar de que, como se dijo anteriormente, la prestación directa del servicio de salud, por regla general está a cargo de entidades con personería jurídica propia, distintas al Ministerio, en el caso concreto no cabe apelar a tal regla general, toda vez que, se insiste la razón por la que el menor Marbis González Arrieta pudo acceder al servicio de la clínica CEMED se encuentra en un contrato entre el ministerio y la referida clínica.

Ahora bien, hecha la anterior precisión se ha de discutir si en el caso concreto se puede tener por cierto que la suspensión del servicio en la Clínica CEMED obedeció a razones imputables al Ministerio (esto es, a una circunstancia ajena a la actuación de la víctima directa o un tercero, dentro del que no cabe contar a la Clínica) y si tal denegación afectó las posibilidades de recuperación, mitigación del sufrimiento y prolongación de la vida.

Respecto de la primera parte de la cuestión, relativa a la causa de la suspensión del servicio en la Clínica CEMED, parece muy claro que esta no obedeció a la agencia de la víctima directa o sus parientes ni a la de un tercero. Por una parte, la tutela presentada por una de las menores que recibían el mismo tratamiento en la Clínica CEMED deja en claro que esta empezó a denegar el tratamiento a causa de la negativa del Ministerio de adicionarlo. Y si bien en tal caso la entidad seguía prestando el servicio en octubre, tal circunstancia hay que atribuirla a la orden provisional del Tribunal de continuar con el servicio. Por otra parte, es diciente que en la historia clínica abierta en el Hospital San Francisco de Paula se refiera explícitamente que la causa de la terminación del tratamiento de la Clínica CEMED fue por razones administrativas. Que tales razones obedezcan al incumplimiento de la clínica de sus deberes contractuales con el Ministerio o a una falta del mismo, propiamente dicha, es cuestión irrelevante, pues frente al paciente, la actuación de la Clínica CEMED no es más que la materialización de una relación pública existente con el Ministerio en virtud del programa IVA social. En todo caso, el material probatorio indica que para el momento de los hechos el contrato estaba vigente por lo que la denegación del servicio constituyó una forma de incumplimiento, que el Ministerio tuvo que haber evitado.

Ahora bien, para establecer si la suspensión del tratamiento durante un mes se puede reputar como jurídicamente causante de la muerte es menester atender a la naturaleza de la afección sufrida por el paciente. Por una parte, y como bien lo ha puesto de manifestó la parte actora, para la época se trataba de una enfermedad. Para tal fin, deberá la Sala interpretar la historia clínica a través del prisma hermenéutico de la literatura médica. Al respecto vale recordar lo decidido por la sección en sentencia de 28 de agosto de 2014, sobre el valor probatorio de la literatura científica:

*Es menester aclarar que la apertura definitiva del espectro probatorio para la acreditación del daño a la salud puede generar circunstancias en las que, como en el caso sub lite, se pueda acreditar la existencia de un cierto tipo de alteración psicofísica, sin que ello comporte certeza sobre su naturaleza, intensidad y duración. En estos casos, bien puede el juez acudir a la literatura científica para complementar e interpretar las pruebas obrantes en el proceso. Esta afirmación debe ser cuidadosamente distinguida de la aceptación de que la literatura científica pueda ser tenida como reemplazo absoluto de las pruebas concernientes a los hechos singulares discutidos en el proceso, como lo son la historia clínica, o demás pruebas documentales o testimoniales. Lo que se afirma, más bien es que la literatura científica se acepta como criterio hermenéutico del material probatorio en aquellos casos en los que éste no resulta suficientemente conclusivo”[[2]](#footnote-2).*

Según lo que obra en el material probatorio, el menor Marbis González Arrieta padecía de Leucemia mieloide, enfermedad grave, que ciertamente comporta un riesgo mortal. El mismo tribunal de primera instancia ha destacado lo expresado en la literatura científica sobre el pronóstico de la afección, para justificar sus conclusiones sobre la falta de certeza sobre el resultado favorable del tratamiento. El texto citado por el *a quo* establece lo siguiente:

*La leucemia mieloide aguda, también conocida como leucemia mielocítica aguda o como LMA, es un tipo de cáncer producido en las células de línea mieloide de los leucocitos, caracterizado por la rápida proliferación de células anormales que se acumulan en la médula ósea e interfieren en la producción de glóbulos rojos normales. (…)[[3]](#footnote-3)*

*Evolución y expectativas de vida de pacientes con LMC. En general la expectativa de vida es de 3-5 años con quimioterapia. Hay pacientes con sobrevivencias superiores a los 10 años con tratamiento quimioterápico. Cada fase de LMC tiene una expectativa de vida diferente-; a medida que la enfermedad progresa hacia una etapa más avanzada, la expectativa de vida disminuye[[4]](#footnote-4).*

Esta información es susceptible de ciertas precisiones. En primer lugar, porque, tomando citas textuales de diferentes fuentes, se refiere, indistintamente, a dos tipos de leucemia mieloide (aguda y crónica), con características propias. Se resalta que en la historia clínica no existe una especificación del tipo de leucemia que padecía el menor. En segundo lugar, porque proviene de fuentes divulgativas escasa verificabilidad.

A pesar de lo anterior, una revisión adicional de la literatura científica en esta materia, permite obtener conclusiones similares. Así por ejemplo, en lo que se refiere al tratamiento de la leucemia mieloide aguda en pacientes adolescentes y jóvenes adultos los profesores Guildane Cengiz Seval y Muhit Ozcan señalan:

*La leucemia mieloide aguda representa alrededor del 33% de la leucemia adolescente y el 50% de la leucemia aguda. Según datos epidemiológicos de Estados Unidas, correspondientes al periodo de 1975-2000, los índices anuales de leucemia mieloide aguda en adolescentes y jóvenes adultos son de 44/100.000, pero los datos de supervivencia para ese rango de edad son escasos. Sin embargo, los datos de Inglaterra y Gales correspondientes a los años 1993-1998 muestran una supervivencia de cinco años del 46%, mientras que los datos americanos de 1975-2000 registran un 20%-27% de supervivencia de 10 años para pacientes de 15 a 19 años con leucemia mieloide aguda[[5]](#footnote-5).*

En lo que respecta a la leucemia mieloide en su fase crónica se destaca el siguiente estudio retrospectivo de Creutzig, Ritter Zimmermanny Klingebiel

*Abstract*

*Debido que la probabilidad de supervivencia de pacientes con leucemia mieloide crónica decrece gradualmente en un periodo de 10 años, se hace necesario un seguimiento a largo plazo. Entre 1977 y 1994, en el centro de Münster se reportaron los resultados de 68 niños y adolescentes de entre 1 y 18 años de edad con esta enfermedad en fase crónica, de los cuales 7 de ellos presentaban crisis blástica en el momento del diagnóstico. El cromosoma Filadelfia y /o el reagrupamiento BCR/ABL se detectó en 66 niños. Los cuatro pacientes Filadelfia negativos y los cinco pacientes que no cumplían con las condiciones cariotípicas cumplían con los criterios morfológicos de la Leucemia Mieloide crónica.*

*Resultados:*

*38 de 75 pacientes (tres de ellos con crisis blástica en el momento del diagnóstico) estaban vivos después de 5.5 años. La probabilidad de supervivencia de 12 años fue del 27%., SE 9% para pacientes en la fase crónica. En los niños no trasplantados todas las muertes (19) estuvieron relacionadas con la leucemia. Una comparación de la supervivencia de los pacientes con trasplante de médula ósea y sin el mismo muestra una significativa diferencia a favor del grupo de los trasplantados (42% vs 10%). La probabilidad de supervivencia se incrementa a un 62%, SE 10%, si se excluye a los pacientes trasplantados tres años o más después del diagnóstico. Únicamente pocos pacientes (4/39) murieron debido a la reincidencia de la leucemia mieloide crónica después del trasplante de médula ósea.*

*Conclusión*

*Nuestros datos confirman el pronóstico desfavorable de la leucemia mieloide crónica en pacientes pediátricos cuando el tratamiento consiste únicamente en quimioterapia. Con un trasplante de médula ósea temprano se pueden alcanzar altos índices de curación. Si la mortalidad de los pacientes trasplantados, que en nuestro grupo de pacientes fue del 21% (8/39) puede ser reducida, parece realista esperar un número más elevados de curaciones en el futuro[[6]](#footnote-6).*

Por otra parte, si bien en la historia clínica abierta en el Hospital San Francisco de Paula se menciona que el paciente había recibido quimioterapia sin resultado, no es claro si tal observación se refiere al tratamiento recibido en el primer hospital al que acudió (Hospital Infantil) antes de ser tratado en la Clínica CEMED o si está motivado por el recrudecimiento de la enfermedad después de la interrupción de su tratamiento durante un mes. Así mismo, la historia abierta en la Clínica CEMED demuestra que durante el periodo en que fue tratado, el paciente mostró, cuanto menos, una relativa mejoría.

Todo lo anterior permite concluir que, si bien es cierto que no es posible afirmar que el paciente se habría curado de su condición o excluir con certeza la muerte temprana, el menor Marbis González Arrieta tenía una expectativa razonable de supervivencia de entre tres y cinco años, e incluso más, lo cual es, ciertamente, muy superior a un mes. Ello conduce a la conclusión de que la suspensión del tratamiento le supuso efectivamente una pérdida de oportunidad de una supervivencia mayor, dentro de los parámetros usuales de su enfermedad. Dicha oportunidad, sin embargo, dependía de la continuidad y la calidad del tratamiento, puesto que la expectativa de supervivencia se predica únicamente de casos tratados y, desde luego, según los estándares de la lex artis, los cuales prescriben la continuidad en el tratamiento.

Al margen de lo anterior, es dable predicar con certeza un daño autónomo, consistente en el desconocimiento del derecho al tratamiento (evento que es en sí mismo contraria al derecho a la salud), la denegación de la posibilidad de la mitigación del dolor y del aspecto paliativo de la intervención. Circunstancia que resulta contraria a la dignidad humana.

Debe añadirse que en el caso concreto la denegación del tratamiento por motivos administrativos resulta particularmente lesiva, por haber recaído sobre un sujeto de especial protección, en razón de su edad (quince años), enfermedad (leucemia) y vulnerabilidad social (estrato 1).

Además, se debe controvertir la afirmación de la parte demandada, según la cual, a pesar de la denegación del servicio en la Clínica CEMED, a los actores les habría bastado con acudir a la Secretaría Distrital de Salud con el fin de solicitar estrategias concretas para la definición del servicio. En efecto, no hay que olvidar que los actores fueron beneficiarios de un programa del Ministerio de Salud cuyo objeto era precisamente, brindar el servicio a quienes, para el momento no habían logrado acceder a ninguno de los regímenes contemplados en la Ley, y por lo tanto, se encontraban al margen del sistema de salud. Esta fue una circunstancia coyuntural, que hoy no podría ser predicable, dada la universalización del acceso a la Salud. Pero en su momento, es claro que los actores no tenían forma razonablemente fácil de acudir al sistema general de salud. Esta misma circunstancia hacía de ellos sujetos de especial vulnerabilidad, cuya protección era especialmente acuciosa.

Todo lo anterior permite concluir que en el caso concreto, cabe imputar al Estado los daños derivados de la denegación del tratamiento al menor Marbis González Arrieta por parte de la Clínica CEMED.

**5.3. Liquidación de perjuicios**

**5.3.1 Perjuicios morales**

Toda vez que en el caso concreto se ha probado que la señora Vith María Arrieta Amador perdió la oportunidad de convivir, al menos unos años más, con su pariente más cercano (hijo) y que, además, durante sus últimos meses tuvo que padecer el recrudecimiento de su enfermedad sin poder acceder al servicio médico y por causas enteramente administrativas, parece razonable reconocer una indemnización por un valor equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Esto en consideración a que, si bien la pérdida de oportunidad, en sí misma se suele indemnizar en cuantía menor al daño cierto, en este caso la razón del reproche no se encuentra solamente en la pérdida de oportunidad sino en la intensidad del sufrimiento que durante un mes tuvo que soportar la madre de un menor aquejado de una enfermedad severa a cuyo tratamiento no podía acceder y su padecimiento físico no podía, siquiera paliar. A ello hay que añadir el dolor derivado de la legítima expectativa de curación que podía albergar debido a los resultados positivos del tratamiento que venía recibiendo y que, por razones administrativas le fue arbitrariamente denegado. En el caso concreto hay que asumir, además, la sensación exacerbada de angustia derivada de la vulnerabilidad sociológica de la familia y la consecuente dificultad para costear el tratamiento o conocer las rutas administrativas necesarias para acceder a él.

**5.3.2. Lucro cesante**

En el caso concreto, no existiendo certeza, sobre la supervivencia del menor, no es posible anticipar que este habría contribuido con el sostenimiento del hogar desde su mayoría de edad hasta los 25 años. En este sentido, no encuentra la Sala razón para predicar el lucro cesante.

**5.3.3. Daño emergente**

Por otra parte, no encuentra la Sala probadas erogaciones de la señora Arrieta causalmente relacionadas con la denegación temporal del servicio, por lo que tampoco se reconocerá indemnización por este concepto.

En mérito de lo expuesto, **EL CONSEJO DE ESTADO, EN SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, SUBSECCIÓN “B”,** administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley.

**III. R E S U E L V E**

**Primero.-**  **REVOCAR** la sentencia proferida el 23 de septiembre de 2009 por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

**Segundo.-**  **DECLARAR** a la Nación-Ministerio de Salud administrativamente responsable de los perjuicios sufridos por la señora Vith María Arrieta Amador con ocasión de la suspensión temporal del tratamiento de su hijo.

**Tercero**.- **CONDENAR** a la Nación- Ministerio de Salud a pagar a la señora Vith María Arrieta Amador la suma equivalente a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales.

**Cuarto– NEGAR** las demás pretensiones

**Quinto** -Todas las comunicaciones que se ordena hacer en esta sentencia serán libradas por el *a quo.*

**Sexto.- DESE CUMPLIMIENTO** a lo dispuesto en los artículos 176, 177 y 178 del Código Contencioso Administrativo y 115 del Código de Procedimiento Civil

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE**

**RAMIRO PAZOS GUERRERO**

**Presidente de la Sala**

**STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO**

**Magistrada**

**DANILO ROJAS BETANCOURTH**

**Magistrado**

1. Para el momento de presentación de la demanda (2002) la cuantía establecida para que un proceso tuviera vocación de segunda instancia era de $36. 960.000 y en el sublite la mayor pretensión, correspondiente a perjuicios morales la señora Vith María asciende, a $309.000.000, correspondientes a mil salarios mínimos del momento [↑](#footnote-ref-1)
2. Consejo de Estado Sección Tercera, Sentencia de Unificación de 28 de agosto de 2014, C.P.: Stella Conto Díaz Del Castillo, Exp. 28804. [↑](#footnote-ref-2)
3. www.wikipedia.org./wiki/leucemiamieloideaguda [↑](#footnote-ref-3)
4. http://www.informamos.net/030615/leucemiamieloide\_enfermedadcancerosa.htm [↑](#footnote-ref-4)
5. Guldane Cengiz Seval and Muhit Ozcan, Treatment of Acute Myeloid Leukemia in Adolescent and Young Adult Patients, en Journal of Clinical Medicine. 2015 Mar; 4(3): pág. 441. [↑](#footnote-ref-5)
6. Creutzig U1, Ritter J, Zimmermann M, Klingebiel T, *Prognosis of children with chronic myeloid leukemia: a retrospective analysis of 75 patients,* en Kinische Padiatrie,1996 Jul-Aug; 208(4):236-41. [↑](#footnote-ref-6)