



## **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE SALA SEGUNDA DE DECISIÓN ORAL**

Sincelejo, treinta (30) de junio de dos mil dieciséis (2016)

Magistrado Ponente: RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

**RADICACIÓN:** 70-001-33-33-009-2013-00169-01  
**DEMANDANTE:** IRINA DE JESÚS VERGARA  
MUNIVE y OTROS  
**DEMANDADO:** E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE II  
NIVEL DE SAN MARCOS  
**MEDIO DE CONTROL:** REPARACIÓN DIRECTA

Procede la Sala, a decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia de fecha 3 de diciembre de 2015, proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante la cual se negó las súplicas de la demanda.

### **1. ANTECEDENTES:**

#### **1.1 Pretensiones<sup>1</sup>**

Los señores **IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE, JHONNY HUMBERTO VERGARA SEVERICHE**, en nombre propio y en representación de la menor **ISABELLA VERGARA VERGARA; JHONNY JOSÉ VERGARA VARGAS, IBETH KARINA VERGARA MUNIVE, ELSA MARÍA SEVERICHE PRASCA, SELMIRA ISABEL MUNIVE PUPO, LAURY MARCELA VERGARA SEVERICHE, SINDY CLAUDIA VERGARA SEVERICHE y EVELIO DE JESÚS VERGARA VERGARA**, mediante apoderado judicial, interpusieron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa,

---

<sup>1</sup> Folios 15 - 17, 58 y 59, del cuaderno Principal N° 1 de primera instancia.

contra la **E.S.E. HOSPITAL REGIONAL DE II NIVEL DE SAN MARCOS SUCRE, GUACARI IPS S.A.S. y CLÍNICA SAN MARCOS**, con el fin de que se declare administrativa y extracontractualmente responsable, a la entidad demandada por falla en el servicio médico hospitalario y falta de ética profesional de su personal médico, por el diagnóstico médico errado del virus V.I.H. SIDA, que se dio a la señora IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE, el día 4 de julio de 2011.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan los actores, se condene a la parte demandada, al pago de los siguientes perjuicios:

- **Daño moral:**

- Para los señores IRINIA DE JESÚS VERGARA (víctima directa), JHONNY HUMBERTO VERGARA SEVERICHE (esposo) y la menor ISABELLA VERGARA VERGARA (hija), la suma de 100 Salarios mínimos mensuales legales vigentes.

- Para los padres y hermanos de la víctima, señores, EVELIO DE JESÚS VERGARA VERGARA, SELMIRA ISABEL MUNIVE PUPO, IBETH KARINA VERGARA MUNIVE, la suma de 80 salarios mínimos mensuales vigentes, para cada uno.

- Para los padres y hermanas del esposo de la víctima, señores JHONY JOSÉ VERGARA VARGAS, ELSA MARÍA SEVERICHE PRASCA, SINDY CLAUDIA VERGARA SEVERICHE, LAURY MARCELA VERGARA SEVERICHE, la suma de 50 salarios mínimos mensuales vigentes, para cada uno.

- **Daño al buen nombre:** la suma de 400 salarios mínimos mensuales vigentes para la víctima y sus familiares.

## **1.2.- Hechos y fundamentos jurídicos de la demanda<sup>2</sup>:**

Manifiestan los actores, que el día 4 de julio del año 2011, siendo las 06:00 a. m., la señora IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE, fue trasladada a la Clínica Guacarí de San Marcos - Sucre, debido al avanzado estado de embarazo y los fuertes dolores de parto que presentaba.

El personal médico asistencial de la citada entidad, procedió a efectuarle la correspondiente historia clínica y prepararla, para que tuviera el parto de manera normal. Al momento de revisar la documentación, la cartilla de control prenatal de seguimiento del embarazo y los exámenes médicos realizados de Toxoplasmosis, Hepatitis B, y V.I.H. Sida, este último arrojó un resultado positivo, por lo que de manera inmediata, procedieron a remitirla al Hospital Regional de II Nivel de San Marcos - Sucre, debido a la complejidad del asunto y porque consideraron, que esa entidad, era la más idónea para manejar el parto con el personal especializado. Anotaron los actores, que en la clínica Guacarí, no se le informó a la paciente, ni a su esposo, de la situación presentada.

Una vez trasladada a dicho hospital, la señora IRINA DE JESÚS, fue atendida por el personal médico y asistencial. El Ginecólogo tratante, Doctor JOSÉ RAFAEL BLANCO RICARDO, procedió a evaluar a la futura madre, para una posible cesárea, en el evento de que la niña que se encontraba por nacer, no estuviera infectada de V.I.H. Sida; así mismo, la aisló y la trató como una verdadera paciente portadora del virus, sin atender el protocolo de seguridad, teniendo en cuenta que el diagnóstico de la enfermedad, tenía un margen de error, que científicamente era normal y una sola prueba, no lograba confirmar, si estaba infectada con el virus.

Refieren los actores, que el trato recibido por la paciente fue discriminatorio y humillante, a tal punto, que el hospital resolvió

---

<sup>2</sup> Ver folios 11-12, del cuaderno N°1 de primera instancia.

mantenerla aislada de los demás pacientes y del personal médico, sin realizar el trabajo de parto, para que la víctima diera a luz a su hija. Las condiciones en que se manejó el caso, fueron poco éticas y profesionales, por parte del ginecólogo y del personal asistencial, pues, no realizaron lo establecido para esta clase de enfermedad, según lo regulado por la ley.

Indican, que se generó una serie de comentarios y rumores internos, por parte de los trabajadores del Hospital de II Nivel de San Marcos Sucre, los cuales trascendieron a la comunidad, convirtiéndose en noticia de que la señora VERGARA MUNIVE, era portadora de V.I.H. Sida, situación que causó daño a los demandantes, consistente en el dolor, angustia y afectación emocional, por la noticia inoportuna e incompleta, sobre el diagnóstico.

Los familiares de la señora IRINA DE JESÚS VERGARA, conocieron la noticia por fuentes externas al Hospital y fueron quienes le contaron a la víctima, lo que estaba sucediendo, pues, la entidad demandada, no le comunicó a la paciente, como tampoco, colocó al frente de la situación, a las personas idóneas para manejar la información y dárselas a conocer.

Luego de haber permanecido internada por un espacio de diez (10) horas, sin recibir la atención pertinente, el personal médico y administrativo del hospital, decidió trasladarla a un centro hospitalario de mayor nivel, encontrándose los familiares, con la dificultad de que no había ambulancia disponible para dicho traslado, al punto de llegar al cruce de palabras entre familiares y el personal del hospital. Siendo aproximadamente las 05:00 p.m., de esos días, fue remitida al Hospital Universitario de Sincelejo.

Conocida la situación por parte del esposo de la paciente, el señor JHONNY HUMBERTO VERGARA SEVERICHE, este entró en depresión, zozobra e impotencia, al no permitírsele que acompañara en la

ambulancia a su esposa, llegando hasta el punto de pensar en suicidarse. Fue así como decidió con su padre, trasladarse a la ciudad de Sincelejo, en carro particular detrás de la ambulancia y en el transcurso del viaje, intentó lanzarse del vehículo, porque si su esposa estaba contagiada, lo más probable era que él también lo estuviera. Una vez remitida e internada en el Hospital Universitario de Sincelejo, el personal médico procedió a suministrarle medicamento para pacientes con V.I.H. Sida, confiados en el diagnóstico de la remisión; también le practicaron exámenes de laboratorio, para comprobar que era portadora, pero la primera y segunda prueba, arrojaron un resultado negativo.

En sentir de los actores, se presentó un error médico y falla en el servicio, por parte del Hospital de II Nivel de San Marcos Sucre, porque no siguió el protocolo de seguridad, para el posible caso de ser portadora de V.I.H. SIDA, por lo que consideran deben ser indemnizados y la entidad, debe reconocer, públicamente, su error médico, pidiéndoles disculpas.

### **1.3. Contestación de la demanda.**

#### **\* La E.S.E. Hospital Regional de Segundo Nivel de San Marcos - Sucre<sup>3</sup>:**

Se opuso a las pretensiones de la demanda, manifestando que no se demostraban las afirmaciones de los actores y por tanto, no existía responsabilidad alguna de su parte. En cuanto a los hechos de la demanda, señaló, que algunos eran ciertos, otros no lo eran o no le constaban.

Como razones de defensa, expuso, que aunque se demostraba en los hechos de la demanda, que la accionante en su recorrido por diferentes entidades de salud, fue en algún momento atendida por la entidad, no por tal motivo, podía imputársele el daño causado. Así

---

<sup>3</sup> Folios 86 – 92 del cuaderno de primera instancia.

mismo, indicó, que se expresaba en la demanda, que en la Clínica Guacarí, se conoció de primera mano el contenido de los resultados de los exámenes médicos, realizados a la señora IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE, por lo cual, no se podía establecer, en qué entidad hospitalaria se filtró la información.

Presentó las excepciones denominadas, falta de nexo o relación de causalidad, inexistencia de la obligación, falta de causa y buena fe, cobro de lo no debido, caducidad de la acción.

**\* Guacarí I.P.S. S.A.S.<sup>4</sup>.**

Se opuso de forma expresa a las pretensiones, debido a que no tenía responsabilidad alguna en los hechos demandados. En relación a los hechos, señaló, que en su mayoría no le constaban<sup>5</sup>.

Propuso las excepciones denominadas:

- Falta de poder, que deslegitima a los actores para accionar en su contra, toda vez, que en el poder conferido al Dr. VERGARA RUÍZ, ni la actora IRINA VERGARA MUNIVE, ni los demás poderdantes, lo habían facultado de manera expresa, para entablar una acción judicial en su contra, lo cual conllevaba a que no se le declarara responsable.

El control de legalidad establecida por el operador judicial, en el acto de inadmisión de demanda, no podía ser catalogado o interpretarse como una orden imperativa de aquél, en contra de las normas procesales administrativas y de procedimiento general, so pretexto de abrogarse unas facultades de jurisdicción, en las cuales sea parte-fallador a la vez.

---

<sup>4</sup> Fue desvinculada en audiencia inicial

<sup>5</sup> Folios 140 - 146, del cuaderno de primera instancia.

No era el hecho de expresar que la IPS estaba vinculada, ni de aportar su certificado de existencia y representación, sino era menester presentar, la relación y la documentación procesal, para que de la demanda, se desprendiera tal vínculo.

- No agotamiento de la conciliación extraprocesal, como requisito de procedibilidad: aclaró que la IPS, no obstante ser de derecho privado prestaba y ejercía actividades del servicio público de la salud, por lo que era necesario, agotar el trámite extrajudicial del agotamiento de la etapa conciliatoria, la que solamente se adelantó contra el Hospital Regional II Nivel de San Marcos.

- Culpa exclusiva de un tercero: los hechos y pruebas de la demanda, demostraban que la conducta y procedimiento de atención médica, dada a la actora durante el tiempo en que permaneció bajo su observación, fue de total prudencia, precaución e idoneidad profesional y para tal efecto, bastaba otear, que desde el mismo momento de los síntomas de parto, se adelantó por los galenos y funcionarios de la institución, los protocolos indicados para este tipo de atención.

Aclaró, que al ingresar la paciente, se le ordenó la práctica de los exámenes de laboratorio, indicados en su estado de embarazo, para descartar cualquier anomalía. La situación posterior presentada, en relación con los exámenes de laboratorio sobre la nueva patología, escapaban a los servicios de la IPS, por lo que, inmediatamente, fue remitida al centro de mayor nivel, para su confrontación y tratamiento.

Esta actitud y procedimiento, no era prueba de responsabilidad alguna por imprudencia o falta de atención médica, todo lo contrario, se actuó a raíz del examen, presentado por un tercero ajeno a la empresa, para que con eficiencia y celeridad, se tratara la

patología de la paciente, recayendo en otras personas la presunta responsabilidad alegada.

\* **La Clínica San Marcos**<sup>6</sup>, guardó silencio.

#### **1.4.- Sentencia impugnada<sup>7</sup>.**

El Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia del 3 de diciembre de 2015, resolvió negar las súplicas de la demanda.

Como fundamento de su decisión, el A-quo, señaló, que no se acreditó el hecho de haberse dado a conocer, el diagnóstico por parte del personal médico-asistencial, pues, los testigos conocieron los hechos indirectamente, de acuerdo con la información suministrada por uno de los actores.

En cuanto a las actuaciones realizadas por el Laboratorio Clínico, Clínica San Marcos, IPS Guacarí Indígena, que fueron las que conocieron, inicialmente, de la situación especial de la señora VERGARA MUNIVE, el Juzgado se abstuvo de emitir pronunciamiento, pues, dentro del trámite del proceso, se resolvió excluirlos de la litis por falta de agotamiento del requisito de procedibilidad de la conciliación extrajudicial; quedando vinculado, solo el Hospital Regional de II Nivel de San Marcos - Sucre, decisión que no fue controvertida por las partes en la audiencia inicial.

Manifestó, que teniendo en cuenta lo plasmado en la historia clínica aportada al expediente, el resultado del examen de VIH, no fue realizado por la entidad demandada, pues, sólo fue conocido por este centro asistencial, al momento del ingreso de la paciente por remisión de la IPS Guacari Indígena, al servicio de urgencias; así

---

<sup>6</sup> Fue desvinculada en audiencia inicial.

<sup>7</sup> Folios 209 - 218, cuaderno No. 2 de primera instancia.

mismo, evidenció, que durante la permanencia de la paciente en la entidad demandada, le fueron practicados exámenes físicos y ginecológicos, dejándola en observación, a la espera del traslado a un centro asistencial de tercer nivel, sin que existiera registro alguno, de exámenes adicionales, para confirmar el resultado del examen allegado de VIH.

Advirtió, que no existía prueba dentro del plenario que acreditara, la situación de aislamiento y el trato discriminatorio alegado en la demanda, máxime si se tenía en cuenta, el dicho de los testigos, quienes no conocían al médico tratante.

Consideró, que la omisión de la entidad demandada, consistía en no realizar la confirmación del resultado del examen de VIH, con que había ingresado la paciente, para descartar el resultado o la sospecha del mismo, sino que se basó, en el resultado o el cuadro clínico con que venía la paciente; sin embargo, consideró que a pesar de tal omisión, se tenía que ello, no conllevaba a la existencia de una relación de causalidad - elemento causal - entre el daño alegado, esto es, el error en el resultado del examen de VIH y la falla en el servicio, representada en el trato discriminatorio y humillante, consecuente con la publicación del resultado de VIH SIDA, por parte de los trabajadores del centro asistencial.

Sostuvo, que lo que si se demostró, era que el Hospital de San Marcos, procedió a tratar de remitir a la paciente a un centro de atención de nivel superior, que contara con los elementos necesarios, para el manejo de la enfermedad, debido a la premura de la situación, trasladándola al Hospital Universitario de Sincelejo, luego de buscar, insistentemente, en varios centros asistenciales de la zona, contrariando así, las manifestaciones de los terceros, quienes afirmaron que dicho Hospital no quería trasladarla.

Concluyó, que el nexo causal alegado, no tenía soporte probatorio, por lo que no se podía predicar la responsabilidad del Hospital Regional de II Nivel de San Marcos Sucre, como quiera que no se demostró la falla probada del servicio, como tampoco el nexo causal, entre el daño alegado y la actividad desplegada por la entidad demandada.

### **1.5.- El recurso<sup>8</sup>.**

Inconforme con la decisión de primer grado, la parte demandante, la impugnó, con el objeto de ser revisada y revocada en esta instancia.

El apelante señaló, que en el fallo recurrido no se realizó un análisis integral, de las pruebas recaudadas legalmente, por lo que fueron desestimadas por el juez, quien solo se limitó analizar, que los testigos no conocían al médico tratante, además manifestó, que dentro del plenario, no existían pruebas, que acreditaran la situación de aislamiento y el trato discriminatorio, desacreditando las pruebas testimoniales, las cuales fueron precisas y contundentes, como por ejemplo la del señor RICARDO MACHADO.

Anotó, con respecto a este testimonio, que quedaba claro, que toda la información que se filtró por el posible caso de VIH, de la señora IRINA VERGARA, salió del personal del Hospital de San Marcos, porque el testigo manifiesta, que escuchó de viva voz de la enfermera MARÍA CARRIAZO, quien trabajaba en el centro asistencial, el rumor de que era portadora del virus de VIH SIDA, por lo que la relación de causalidad, si existió.

Señaló, que estaba probada la omisión en que incurrió el Hospital de San Marcos, con respecto a la verificación y confirmación del resultado de los exámenes de VIH, con que había ingresado la paciente al centro asistencial, sin realizar un segundo examen, para

---

<sup>8</sup> Folios 223-225 cuaderno Ppal. N° 2 de primera instancia.

descartar el resultado sospechoso, tal como lo indicaba el protocolo establecido, acerca del manejo de un diagnóstico de esta clase. El juzgado, dijo, reconocía la omisión en que incurrió la entidad hospitalaria, pero consideró, que esto no era motivo suficiente, para demostrar la relación de causalidad entre el elemento causal y el daño alegado.

Sostuvo, que estaba probado el trato humillante y discriminatorio que recibió la paciente en el Hospital Regional de San Marcos, tal como podía evidenciarse en la historia clínica, debido a que el personal de enfermería, dio inicio a una remisión a un centro de mayor nivel, a eso de las 10:45 a.m., del día 4 de julio de 2011, cuando a esta hora, ya se conocía en toda la entidad hospitalaria, la noticia que la actora, era una posible portadora de virus de VIH Sida.

Preguntó, entonces el apelante, que si acaso no era humillante y degradante, que se enterara todo un pueblo que la paciente y su hija, eran portadoras de tal virus y que se hiciera una especie de paseo de la muerte, porque solo le fue informado al Gerente del Hospital de San Marcos de la situación, a las 04:30 p.m. y este, realizó la comunicación con el H.U.S., solo hasta las 05:50, p.m.; también preguntó, porque no se le informó al gerente de la situación que se estaba presentado, para que la paciente y su familia, no sufrieran la angustia que generaba una situación de esta naturaleza.

Por lo anterior, los actores solicitaron se revocara la sentencia de primera instancia y en su lugar, le fueran concedidas las pretensiones de la demanda.

#### **1.6.- Trámite procesal en segunda instancia.**

- Mediante proveído de 1 de marzo de 2016, se admitió el recurso de apelación, interpuesto por las partes<sup>9</sup>.

---

<sup>9</sup> Folio 4, cuaderno de segunda instancia.

- Por auto de 5 de abril de 2016, se dispuso correr traslado a la partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público, para emitir concepto de fondo<sup>10</sup>.

- **La E.S.E. Hospital Regional de II Nivel del Municipio de San Marcos Sucre**, mediante memorial de fecha 18 de abril de 2016<sup>11</sup>, alegó, que de la historia clínica anexada al proceso se observaba, que no se presentó en ningún momento, falla en el servicio y los testimonios allegados evidencian, una serie de inconsistencias en sus relatos.

Señaló, que realizó todas las actuaciones pertinentes acordes al procedimiento médico, para salvaguardar la integridad física de la demandante y su hijo. Y precisó, que el inconformismo de la parte actora, era causado porque, presuntamente, se filtró de la ESE de San Marcos, que la paciente padecía del Virus de VIH, resultado este, que fue conocido por la entidad al momento en que fue remitida por parte de la Clínica Guacarí; queriendo ello decir, que en ningún momento, le realizó examen alguno, para determinar si la paciente, padecía de VIH, sino que conocida esta historia Clínica, remitida por la Clínica Guacari y la ESE no contar con los instrumentos necesarios para atenderla, la misma fue remitida a la Clínica las Peñitas.

Indicó, que lo demás detallado en el proceso, eran una serie de comentarios, sobre los cuales no tenía responsabilidad. Tampoco, afirmó, se encontraban probados, al menos, dos de los elementos que la ley, la doctrina y la jurisprudencia, predicaban de la responsabilidad del Estado.

Refirió, que al hacer un análisis sobre los hechos de la demanda, se encontraba, que se atribuía los mismos a diferentes entidades de salud, que atendieron a la señora IRINA DE JESÚS VERGARA,

---

<sup>10</sup> Folio 11, cuaderno de segunda instancia.

<sup>11</sup> Folios 16 – 19, cuaderno de 2ª instancia.

coligiéndose así, que aunque se demostraba que la accionante, en su recorrido por diferentes entidades de salud, fue en algún momento atendida en la entidad, no por tal motivo, podía imputársele el daño causado. Así mismo, se expresa, que en la clínica Guacarí, se conoció de primera mano, el contenido de los resultados de los exámenes médicos realizados, por lo cual, no se podía establecer en qué entidad hospitalaria, se filtró la información.

Por lo anterior, estableció que había una “pluralidad de causas”, en el entendido que la accionante, fue atendida por distintas instituciones, donde se valoró su estado de salud, por lo que, se debía determinar, cuál de todas ellas, fue la causa jurídica que debía tenerse en cuenta, para juzgar la responsabilidad de los demandados.

- **El Agente del Ministerio Público**, mediante memorial de fecha 18 de abril de 2016<sup>12</sup>, emitió concepto de fondo, señalado, que el testimonio del señor RICARDO MACHADO, era impreciso, corto en sus respuestas y en su intervención, *“se la pasó señalando que su conocimiento fue por “rumor”, de los empleados del Hospital, sin indicar, concretamente, de donde venía la información, para solo al final señalar, que lo escuchó ese rumor, de la señora MARÍA CARRIAZO enfermera del Hospital, sin que se hubiere probado la existencia y vínculo laboral de esta persona, con el Hospital.*

Manifestó, que si verdaderamente se quería probar la violación de la reserva de la historia clínica de IRINA VERGARA, debió traerse el testimonio de esta enfermera e interrogarla, pero se limitó a una declaración, que no tenía la fuerza de convencimiento, para probar la violación de tal reserva.

Indicó, que teniendo en cuenta que el examen del VIH, le fue practicado a la paciente IRINA VERGARA, en otro centro asistencial (IPS Guacarí Indígena), no se probó que la violación de la cadena de

---

<sup>12</sup> Folios 20 - 25, cuaderno de 2ª instancia.

custodia, fuera del Hospital, en tanto, que los otros centros asistenciales que le precedieron, también conocieron del examen, pues, fue en aquella donde se le practicó.

Señaló, que se encontraba demostrada la diligencia del Hospital de San Marcos, que envió el mismo día en que recibió a la paciente, a un centro hospitalario de mayor nivel, que contara con la infraestructura y servicios propios, para el manejo de la situación. En ese sentido, conceptuó, que le asistía razón a la Juez de primera instancia, para afirmar, no haber encontrado probado el nexo causal entre el daño y la actividad desplegada por entidad demandada, dando al traste con la pregonada falla del servicio.

## **2.- CONSIDERACIONES**

### **2.1. Competencia.**

Presentes los presupuestos procesales y no existiendo causal que invalide lo actuado, el Tribunal es competente, para conocer en **segunda instancia**, de la presente actuación, conforme lo establecido en el artículo 153 del Código de procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

### **2.2. Problema jurídico**

Vista la postura o la tesis medular del recurrente, el problema jurídico a desatar en el presente asunto, consiste en determinar: ¿Es la ESE Hospital Regional de II Nivel de San Marcos, administrativa y patrimonialmente responsable, de los perjuicios acaecidos a los actores, como consecuencia de haber omitido verificar el diagnóstico del virus V.I.H. SIDA, realizado a la señora Irina de JESÚS VERGARA MUNIVE, lo cual, se dice, condujo a un trato discriminatorio y a la filtración del resultado del examen, en toda la comunidad del Municipio de San Marcos?

## 2.3.- Análisis de la Sala.

### 2.3.1.- Responsabilidad extracontractual del Estado – presupuestos de configuración.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia<sup>13</sup>, establece una cláusula general de responsabilidad en cabeza del Estado, por aquellos daños antijurídicos, causados por la acción u omisión imputable a sus agentes.

Dentro de dicha disposición de orden constitucional, la jurisprudencia del Consejo de Estado, ha encuadrado, dos elementos de responsabilidad a tener en cuenta, tales como el daño antijurídico y la imputación<sup>14</sup>.

Por *daño antijurídico* se ha definido, que el mismo “*consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. En este sentido, el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado, impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas*”<sup>15</sup>. Para que el daño sea del talante antijurídico, tiene que tener unos condicionamientos, que permitan esta categorización, esto es, que el daño irrogado debe ser cierto, actual o personal.

Sobre el carácter cierto, como elemento *sine qua non*, para declarar la responsabilidad administrativa del Estado, el Honorable Consejo de Estado, ha decantado:

---

<sup>13</sup> Constitución Política de Colombia. “Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

*En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste”.*

<sup>14</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sub sección C. Sentencia del 9 de mayo de 2012. Expediente con radicación interna 23300. C. P. Dra. Olga Mérida Valle de la Hoz.

<sup>15</sup> *Ibíd.*

*“... el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública”<sup>16</sup>. (Subrayas de la Sala).*

Asimismo, la doctrina ha expuesto sobre el tema lo siguiente:

*“... es claro entonces que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de señalar que el daño para que pueda ser reparado debe ser cierto, esto es, no un daño genérico o hipotético sino un específico, cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio.”*

(...)

*Para que el perjuicio se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente ya se produjo, bien sea probando que, como lo enuncia una fórmula bastante utilizada en derecho colombiano, el perjuicio ‘aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual’. Pero debemos subrayar que no debe confundirse perjuicio futuro con perjuicio eventual e hipotético, puesto que aquél es indemnizable, siempre y cuando se demuestre oportunamente que se realizará”<sup>17</sup>. (Subrayas de la Sala)*

Atendiendo lo expuesto por la jurisprudencia y la doctrina, se colige, que el daño cierto, se erige como aquél objeto de reparación o indemnización económica, indistintamente, si es presente o futuro, que aparece como la prolongación cierta y directa, del estado de cosas que lo produjo, de tal manera, que se descarta de plano, que éste pueda ser hipotético o eventual, pues, esta modalidad, no está prevista para ser objeto de resarcimiento.

---

<sup>16</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13186.

<sup>17</sup> Henao Pérez, Juan Carlos, *El daño*, U. Externado, segunda reimpresión 2007, p. 131.

Por su parte, el carácter personal del daño, se refiere a la titularidad jurídica o derechos, que tiene la persona afectada sobre el bien que sufrió un desmedro, dicho de otra manera, apunta a que quien efectivamente sufrió un perjuicio, como consecuencia de una acción u omisión del Estado, ostenta el interés jurídico para acudir a la reclamación e indemnización de los perjuicios causados<sup>18</sup>.

De otro lado, en relación a la segunda arista de la responsabilidad extracontractual, es decir la **imputación**, ésta se instituye como la “atribución de la respectiva lesión”; en consecuencia, “la denominada imputación jurídica (*imputatio iure* o *subjetiva*) supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, y allí es donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida tal como lo ha dicho la jurisprudencia en el artículo 90 de la Constitución Política”<sup>19</sup>, con la advertencia de que en atención del principio *iura novit curia*, “corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la *causa petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión”<sup>20</sup>.

La imputación debe estudiarse bajo dos esferas, a saber: (i) desde un ámbito fáctico y (ii) jurídico. Este presupuesto, es de suma importancia, para poder endilgarse a la administración, una eventual responsabilidad, cuando exista un sustento fáctico y una atribución jurídica, esto es, un hecho generador de un daño antijurídico y un

---

<sup>18</sup> Como lo sostiene el Dr. Hugo Andrés Arenas Mendoza: “Este problema, denominado individualización del daño, se concreta en lograr determinar, quién puede reclamar los daños sufridos, es decir, en encontrar la verdadera víctima o, en otros términos, al titular del interés”. Libro Régimen de Responsabilidad Objetiva, editorial Legis, edición 2013, página 163.

<sup>19</sup> *Ibíd.*

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 3 de octubre de 2007. Expediente con radicación interna 22655. C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacios.

título jurídico, que se erija como herramienta de imputabilidad de ese hecho generador del daño, los cuales a la luz de la jurisprudencia contenciosa administrativa, estriban en falla del servicio – responsabilidad subjetiva – o la teoría de imputación objetiva; cada uno de estos títulos de endilgación jurídica, va tener una aplicación, dependiendo del caso particular y del precedente jurisprudencial, que se haya establecido para cada situación, donde resulte comprometida la responsabilidad del Estado.

Al respecto, el Consejo de Estado determinó<sup>21</sup>:

*“La Imputabilidad es la atribución jurídica que se le hace a la entidad pública del daño antijurídico padecido y que por el que en principio estaría en la obligación de responder, bajo cualquiera de los títulos de imputación de los regímenes de responsabilidad, esto es, del subjetivo (falla en el servicio) u objetivo (riesgo excepcional y daño especial)”.*

### **2.3.2.- Régimen de responsabilidad en actividades médicas – error de diagnóstico – título de imputación.**

La jurisprudencia contenciosa administrativa, en casos de responsabilidad extracontractual del Estado por falla del servicio médico, ha desplegado una serie de títulos de imputación, que a lo largo de los años ha venido aplicando, desde la falla presunta del servicio, donde se invierte la carga de la prueba, esto es, que la entidad de salud, debe acreditar que no generó ningún tipo de falla, que genere responsabilidad, pasando por la carga dinámica de la prueba, es decir, quien esté en mejor condiciones de probar, le corresponderá probar o desvirtuar, según sea el caso, el reproche extracontractual que se endilga, hasta aplicar hoy día, el título de imputación, rotulado falla probada del servicio, que apunta a ***“que en materia de responsabilidad médica, deben estar acreditados en el proceso, todos los elementos que la configuran, esto es, el daño, la***

---

<sup>21</sup> Sentencia del 8 de junio de 2011, Sección Tercera, Subsección A, expediente 19360, C. P. Dr. Hernán Andrade Rincón.

**actividad médica y el nexo de causalidad entre ésta y aquel**<sup>22</sup>, sin perjuicio de que para la demostración de este último elemento, las partes puedan valerse de todos los medios de prueba legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria<sup>23</sup>.

La falla probada del servicio médico, se puede fundar en: i) no recibir atención oportuna y eficaz por parte de centros hospitalarios y asistencias; ii) no suministrar, o suministrar tardía o ineficazmente los medicamentos, tratamientos, procedimientos médicos – quirúrgicos necesarios para atender la salud del paciente; iii) incumplimiento en el deber de ejecución, vigilancia e información del servicio médico; iv) error en el diagnóstico y valoración del paciente, entre otros.

En relación al error en el diagnóstico, relevante para el caso que ocupa la atención de este Tribunal, el Honorable Consejo de Estado ha sostenido, que “la responsabilidad de la administración no resulta comprometida sólo porque se demuestre que el demandante sufrió un daño como consecuencia de un diagnóstico equivocado, pues es posible que pese a todos los esfuerzos del personal médico y al empleo de los recursos técnicos a su alcance, no logre establecerse la causa del mal, bien porque se trata de un caso científicamente dudoso o poco documentado, porque los síntomas no son específicos de una determinada patología o, por el contrario, son indicativos de varias afecciones”<sup>24</sup>.

En los escenarios donde se demanda la reparación de un daño, derivada de la actividad médica, que erró al diagnosticar y valorar una patología, la *“parte actora tiene la carga de demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque, por ejemplo, el*

---

<sup>22</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 31 de agosto de 2006, exp. 15.772, C. P. Ruth Stella Correa Palacio; y de 30 de julio de 2008, Exp. 15.726, C. P. Myriam Guerrero de Escobar, entre otras.

<sup>23</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección B, sentencia de 31 de mayo de 2013, radicación interna 31724, actor: Luis Alberto Guerrero, Demandado: Instituto de los Seguros Sociales, C. P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

<sup>24</sup> *Ibíd.*

*profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los síntomas que lo aquejaban; no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria<sup>25</sup>; omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos a su alcance para confirmar o descartar un determinado diagnóstico<sup>26</sup>; dejó de hacerle el seguimiento que corresponde a la evolución de la enfermedad, o simplemente, incurrió en un error inexcusable para un profesional de su especialidad"<sup>27</sup>.*

En ese orden de ideas, no basta que la parte demandante, acredite la producción y generación de un daño, proveniente del error en el diagnóstico y valoración de un padecimiento de salud, sino que debe acreditar que el servicio médico, no se prestó adecuadamente, en el sentido, que se omitieron o realizaron tardíamente, las valoraciones físicas y científicas claras, completas y precisas, para establecer el dictamen o no utilizaron todas las herramientas adecuadas (exámenes, procedimientos), para descartar o acertar el correspondiente diagnóstico.

En ese orden de cosas, la falla del servicio médico, soportado en el error del diagnóstico de una enfermedad, patología u anomalía, que afecte la salud de las personas, surge a partir de la falta, precariedad

---

<sup>25</sup> En la sentencia de 10 de febrero de 2000, la Sección Tercera del Consejo de Estado, imputó responsabilidad a la Universidad Industrial de Santander, por la muerte de un joven universitario, como consecuencia de un shock séptico, causado por apendicitis aguda, tras encontrar demostrado que el paciente, ingresó al servicio médico de la entidad, con un diagnóstico presuntivo de esta enfermedad, que constaba en la historia clínica y que el médico de turno, no solo omitió ordenar los exámenes necesarios para confirmarlo o descartarlo, sino que realizó una impresión diagnóstica distinta, sin siquiera haber examinado físicamente al paciente. Exp. 11.878, C. P. Dr. Alier Eduardo Hernández.

<sup>26</sup> En la sentencia de 27 de abril de 2011, se imputó responsabilidad al ISS por el daño a la salud de un menor de edad, afectado por un shock séptico en la vesícula, en el hígado y en el peritoneo, luego de constatar que éste ingresó a la unidad programática de la entidad con un fuerte dolor abdominal, y que los médicos le formularon un tratamiento desinflamatorio y analgésico, sin practicarle otros exámenes o pruebas adicionales, que confirmaran que la enfermedad que lo aquejaba, en realidad no era de gravedad y que podía controlarse con tales medicamentos. Exp. 19.846, C. P. Dra. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de Agosto 24 de 1992C. P.: Dr. CARLOS BETANCUR JARAMILLO. Radicación No.: 6754. Actor: HENRY ENRIQUE SALTARIN MONROY.

o insuficiencia del servicio médico prestado, es por ello, que el error en el diagnóstico, no es causal autónoma y suficiente, para determinar la falla del servicio médico, pues, para que se configure, se debe avizorar la ineficiencia o ausencia de la prestación del servicio de salud, que conduzca, sin asomo a duda, al error en el diagnóstico de la enfermedad y en la valoración del paciente, *verbi gracia*, que la realización de procedimientos y exámenes inadecuados, produjo el error en el diagnóstico.

*Contrario sensu*, sino se demostrase la precariedad de la atención y prestación del servicio, no es posible hablar de falla del servicio médico, pues, no todo error en el diagnóstico de determinada enfermedad o patología, arroja una falla del servicio y eventual responsabilidad extracontractual, en tanto, existen varios motivos por los cuales, se puede generar esa equivocación, pero que de alguna manera, se vuelve excusable, dada la complejidad de los síntomas, la poca documentación que se tiene sobre las manifestaciones adversas a la salud, el poco desarrollo científico, médico, farmacéutico que se ha desplegado, entre otras circunstancias, de modo que las consecuencias que puedan surgir de aquellas, se tiene el deber de soportarlas.

Ahora bien, para lograr avizorar este tipo de fallas médicas, el operador judicial, debe realizar una valoración acuciosa y exhaustiva de los soportes probatorios, particularmente, de la historia clínica del paciente, las experticias rendidas por galenos, con conocimiento en el tema y las declaraciones que estos mismos, otorguen sobre el procedimiento que se desplegó, a efectos de dictaminar el diagnóstico, para que examinadas en conjunto e integralmente, se concluya, la ausencia o no del error en el diagnóstico de la enfermedad y de la valoración del paciente, previa demostración de inasistencia adecuada, de la prestación del servicio médico, que puede materializarse a través de la realización o no, de los

procedimientos médicos – científicos, pertinentes para colegir el dictamen.

Lo anterior, sin perjuicio de la actividad probatoria de quien demanda, en la medida que la labor demostrativa de aquel, debe ser proactiva, dinámica y lo suficientemente clara, para irrogar la responsabilidad a los centros médicos asistenciales, cuando se evidencie un error en el diagnóstico, capaz de convertirse ese hecho, en una falla del servicio, generadora de un daño antijurídico.

### **2.3.3. Vulneración a la reserva legal de las historias clínicas.**

Otro tanto, debe predicarse de los daños derivados de la vulneración a la reserva legal, para el caso específico, de la presunta filtración de la historia clínica de la señora IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE, en tanto, debe demostrarse que tal vulneración efectivamente ocurrió y que la misma, es atribuida a la entidad demandada, al fallar en el protocolo de protección a datos sometidos a reserva, incluido el propio concepto médico.

No debe olvidarse, que frente a la información que atañe a una persona, la misma puede clasificarse como pública, privada, semiprivada y reservada o secreta, lo que en tratándose de historias clínicas, responde al concepto de información privada, tal y como lo afirmó la Corte Constitucional, cuando dijo:

*“Además, una segunda tipología, dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo, en función de su publicidad y la posibilidad legal de acceder a la misma, clasifica la información en (i) pública o de dominio público, (ii) semiprivada, (iii) privada, y (iv) reservada o secreta.*

*La información pública es aquella que, según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si se trata de información general, privada o personal. Se trata por ejemplo de los documentos públicos, las providencias judiciales*

debidamente ejecutoriadas, los datos sobre el estado civil de las personas o sobre la conformación de la familia. Este tipo de información se puede solicitar por cualquier persona de manera directa y no existe el deber de satisfacer algún requisito para obtenerla.

La información semiprivada, refiere a los datos que versan sobre información personal o impersonal que no está comprendida en la regla general anterior, porque para su acceso y conocimiento presenta un grado mínimo de limitación, de tal forma que sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social y al comportamiento financiero de las personas.

La información **privada**, es aquella que por versar sobre información personal y por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, los documentos privados, **las historias clínicas**, y la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

La información reservada, versa sobre información personal y guarda estrecha relación con los derechos fundamentales del titular a la dignidad, a la intimidad y a la libertad, motivo por el cual se encuentra reservada a su órbita exclusiva y "(...) no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los llamados "datos sensibles" o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc."

De ahí que, la vulneración de la privacidad, bien puede constituir daño, en perjuicio de los intereses de quien se ha revelado una información, dada la prohibición de ser publicitada, que protege el art. 34 de la ley 23 de 1981, cuando dice:

**“ARTÍCULO 34.** La historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”.

## **2.4.- Caso concreto.**

Abordando el caso *sub examine*, se tiene que **la parte demandante** afirma, que la E.S.E. Hospital Regional de II Nivel de San Marcos, es responsable de los daños sufridos por: (i) no confirmar el examen del virus V.I.H. SIDA, que fue diagnosticado a la señora Irina de Jesús Vergara Munive; (ii) haberla tratado de manera discriminatoria, al asumir que padecía esa enfermedad; (iii) filtrar la información del resultado del examen; y (iv) no haber seguido los protocolos establecidos, para informar a la paciente de tal diagnóstico.

Por su parte, **el A-quo**, negó las súplicas de la demanda, al considerar que no se acreditó que el personal médico-asistencial del ente hospitalario demandado, hubiese dado a conocer el aludido diagnóstico; el resultado del examen de VIH, no fue realizado por la entidad demandada, ya que sólo fue conocido al ingreso de la paciente, por remisión de la IPS Guacari Indígena al servicio de urgencias; y durante la permanencia de la paciente en el hospital, le fueron practicados exámenes físicos y ginecológicos, dejándola en observación a la espera del traslado a un centro asistencial de III nivel.

Advirtió, que no existía prueba que acreditara la situación de aislamiento y el trato discriminatorio y consideró, que la omisión de la entidad demandada consistió, en no realizar la confirmación del resultado del examen de VIH, con que había ingresado la paciente; sin embargo, adujo, que pese a tal omisión, ello no conllevaba a la existencia de una relación de causalidad, entre el daño alegado, esto es, el error en el resultado del examen de VIH y la falla en el servicio, representada en el trato discriminatorio y humillante, consecuente con la publicación del resultado de VIH, por parte de los trabajadores del centro asistencial.

**Los actores** recurren dicha decisión, alegando que no se realizó un análisis integral de las pruebas recaudadas legalmente; así, afirman

que con el testimonio de Ricardo Machado, quedaba claro que la información, se filtró por el personal del Hospital de San Marcos, porque el testigo manifestó, que escuchó de la enfermera MARÍA CARRIAZO, quien trabajaba en el centro asistencial, el rumor de que la paciente, era portadora del virus de VIH SIDA.

Señaló, que estaba probado la omisión en que incurrió el Hospital, respecto a la verificación y confirmación del resultado de los exámenes de VIH, acorde a lo indicado por el protocolo, establecido para el manejo de un diagnóstico de esta clase. También estaba probado, el trato humillante y discriminatorio que recibió la paciente y la demora en la remisión al Hospital Universitario de Sincelejo.

Analizado el caso puesto a consideración, estima la Sala, que la entidad demandada, no es patrimonialmente responsable del daño padecido por los demandantes, toda vez, que no se logró acreditar en su totalidad, que la entidad hospitalaria, hubiera incurrido en las conductas endilgadas. Esta conclusión se obtiene, del siguiente análisis:

Se denota, con base en los hechos demandados, que los actores, circunscriben el **daño** a (i) la falta de confirmación del errado diagnóstico del virus VIH SIDA, dado a la señora IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE, que condujo a un trato discriminatorio y a la filtración de la información del resultado del examen, en toda la comunidad del Municipio de San Marcos – Sucre.

Al expediente, se allegó prueba del resultado positivo del virus V.I.H. SIDA, que le fue realizada a la paciente por el Laboratorio Clínico - Clínica San Marcos, el día 20 de mayo de 2011<sup>28</sup>.

Copias de la Epricrisis<sup>29</sup> y de la hoja de evolución de consulta externa<sup>30</sup> del Hospital Regional de II Nivel de San Marcos y copias del

---

<sup>28</sup> Folio 38 del C.1

trámite de la orden de remisión de la paciente IRINA, al Hospital Universitario de Sincelejo.

Según la Epicrisis del Hospital Universitario de Sincelejo, la señora VERGARA MUNIVE, ingresó el 4 de julio de 2011, por remisión para trabajo de parto, con un estado general bueno, evolución favorable, parto por cesárea por ruptura prematura de membrana, con VIH descartado, dada de alta el 7 de julio de 2011.

Se allegó, copias de los exámenes de Inmunología realizado en esta última entidad, a la señora IRINA VERGARA, los cuales dieron un resultado negativo del virus V.I.H.<sup>31</sup>

Como se observa, el examen inicial de laboratorio realizado a la señora IRINA VERGARA, arrojó un resultado positivo de la prueba de VIH, el cual, luego fue descartado por el Hospital Universitario de Sincelejo, entidad que le realizó las pruebas confirmatorias.

Los testimonios allegados al sub examine, dan cuenta que la noticia del contagio del virus de V.I.H., que padecía la señora IRINA DE JESÚS, fue de conocimiento público en el Municipio de San Marcos, lo cual causó gran afectación a los demandantes.

Al respecto, debe decirse, que cuando a una persona se le diagnostica que ha sido infectada por el virus del VIH, ello genera, indubitablemente, a la paciente como a sus familiares más cercanos, un gran dolor, no sólo por la reducción de su expectativa de vida, sino por tratarse de una enfermedad que genera rechazo social y, por lo tanto, señalamiento y marginación por parte de quienes temen contagiarse del virus.

---

<sup>29</sup> Folio 121 del C.1

<sup>30</sup> Folio 103 y 126 del C.1

<sup>31</sup> Folios 32 - 35 del C.1

Siendo así, a partir de tal premisa, debe determinarse si existe algún daño, que deba imputarse al Hospital Regional de II Nivel de San Marcos.

Frente al supuesto de **imputación**, considera la Sala, con fundamento en las pruebas que obran en el expediente, que no se acreditaron en su totalidad, las fallas que se atribuyen a la E.S.E. Hospital Regional de II Nivel de San Marcos.

Al efecto, se observa que el día 6 de mayo de 2011, el médico tratante de Guacarí IPS Indígena, ordena a la paciente IRINA VERGARA MUNIVE, la realización de los exámenes: Toxoplasma, VIH y Hepatitis B (fl. 39 del C.1).

La prueba del virus V.I.H. SIDA, le fue realizada a la paciente por el Laboratorio Clínico - Clínica San Marcos, el día 20 de mayo de 2011, arrojando un resultado positivo (fl.38 del C.1).

Acorde con la Historia Clínica allegada, la paciente gestante, ingresó al entidad Guacarí I.P.S. Indígena de San Marcos – Sucre<sup>32</sup>, el día 4 de julio de 2011, siendo valorada con la siguiente impresión diagnóstica<sup>33</sup>:

- “1. Embarazo de 36.4 semanas por Ecografía de I Trimestre.*
- 2. RPM+/-1 hora de evolución más trabajo de parto en fase latente*
- 3. V.I.H. ??*
- 4. Feto único vivo cefálico.*

*- Se ordena remisión a un hospital de segundo nivel”.*

Según la Epricrisis<sup>34</sup> del Hospital Regional de II Nivel de San Marcos, la paciente ingresó al servicio de urgencias, el 4 de julio de 2011, a las 9:30 a.m., por remisión de primer nivel, para valoración ginecobstetra,

---

<sup>32</sup> Folio 101 – 102 del C.1

<sup>33</sup> Ver folio 122 – 123 del C.1

<sup>34</sup> Folio 121 del C.1

buen estado general, cuadro de más o menos cuatro horas, consistente en salida de líquido claro, abundante, por genitales.

Según evolución de consulta externa<sup>35</sup> del Hospital Regional de II Nivel de San Marcos, la paciente presentó la siguiente:

**“04/07/2011 hora: 10:00 am**

*Femenina de 21 años de edad. G ii P0 AI (ectópico). FUM:?. VIH: positivo?*

*Embarazo de 36 semanas por ecografía con RPM +/- 5 horas de evolución.*

*FCF: 140/min AU: 30cm. Cefálico longitudinal izquierdo al tacto cuello intermedio blando, membranas rotas, LA claro, embarazo de 36 semanas RPM. No contamos con pediatra ni UCIN en caso de ameritar finalización del embarazo.*

**04/07/2011 hora: 15:40**

*Paciente con diagnósticos anotados con orden de remisión, no se ha podido ubicar en III nivel por no disponibilidad de camas, paciente estable, sin dolor, continua con salida de líquido claro. Se revisa eco realizada el día de hoy embarazo de 36.5 semanas/FUV en cefálico/oligohidramnios moderado. Se explica a familiares, se continúa comentando paciente, vigilar FCF y signos vitales.*

**04/07/2011 hora: 4:00 pm**

*Paciente de 21 años de edad con dx: 1. embarazo de 36.6 semanas por eco de I trimestre y 36.2 por eco de trimestre. 2. trabajo de parto en fase latente. 3. ruptura de membranas ovulares mayor de 6 horas. 4. secundigestante con embarazo parcial controlado. 5. VIH. 6. feto único vivo cefálico.*

*Refiere sentirse asintomática, refiere movimientos fetales normales, fetocardia 127/min. Continuar vigilancia. Pendiente ubicación”.*

También se observa de las pruebas allegadas por el Hospital de San Marcos, que se ordenó la remisión de la paciente IRINA VERGARA, a una institución de salud de III nivel y según las notas de enfermería allegadas<sup>36</sup>, se procedió a realizar tal trámite, el mismo día 4 de julio de 2011, haciendo varios llamados a las instituciones de salud, entre las que se observa al Hospital Universitario de Sincelejo, Clínica Unión

---

<sup>35</sup> Folio 103 y 126 del C.1

<sup>36</sup> Folios 115 – 118 del C.1.

de la Ciudad de Montería, Clínica Sabana, sin que se pudiera, inicialmente, atender a lo pedido.

En llamada reiterativa al HUS, manifiestan recibir a la paciente, quien sale siendo las 05:50 de la tarde, en ambulancia, acompañada de médico y auxiliar de enfermería.

Ingresada la paciente gestante al Hospital Universitario de Sincelejo, se le realizó examen de VIH, el cual arrojó un resultado negativo, según consta en el resultado de laboratorio realizado el día 5 de julio de 2011<sup>37</sup>.

Del anterior recuento probatorio, queda claro, que no fue el Hospital de San Marcos, la entidad que realizó el primer examen de VI.H., sino el Laboratorio Clínico – Clínica San Marcos.

De igual forma, (ii) se aprecia que la paciente gestante, fue observada y valorada en la E.S.E. de San Marcos, le practicaron exámenes físicos y ginecológicos y finalmente fue trasladada al centro asistencial de III nivel, Hospital Universitario de Sincelejo. No se observa prueba alguna, de haberse realizado en este hospital, examen alguno para confirmar el resultado del examen de VIH, con el cual fue remitida la paciente, desde la IPS Guacarí Indígena.

Ahora bien, frente a esto último, se considera que tal omisión, no es suficiente para condenar a la entidad al pago de los perjuicios, que alegan los actores les fueron ocasionados, pues, si bien argumentan que el ente hospitalario, no tuvo en cuenta el protocolo establecido para esta clase de enfermedad, lo cierto es, que se echa de menos en el presente caso, la prueba idónea, que ilustre al juez con conocimientos científicos, sobre si el procedimiento adoptado por la entidad fue o no, el adecuado, pues, a simple vista, lo que salta a conocimiento, es que la atención fue la adecuada.

---

<sup>37</sup> Folios 32 – 35 del C.1.

No desconoce la Sala, la aflicción que debieron sufrir, tanto el paciente, como sus parientes más cercanos, por la enfermedad erradamente diagnosticada a la señora IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE y no confirmada por la E.S.E. Hospital Regional de II Nivel de San Marcos; por lo que resulta comprensible, que ese diagnóstico generara para ellos, una actitud de angustia y zozobra razonable; sin embargo, a juicio de la Sala, la ausencia de dicha confirmación, no puede calificarse por sí sola, como una falla en la prestación del servicio médico, pues, a más de no haber realizado la primera prueba, la misma fue desvirtuada al día siguiente de internada la paciente, por el H.U.S., llevándose a feliz término la atención médica requerida.

También señalan los demandantes, que la señora IRINA DE JESÚS, mientras estuvo en el Hospital de San Marcos, (iii) fue aislada de los demás pacientes y del personal médico y que luego de ello, se generó una serie de comentarios y rumores internos, por parte de los trabajadores del Hospital, referentes a que la paciente era portadora del virus V.I.H. SIDA, rumores que después, trascendieron a toda la comunidad.

Sobre estas afirmaciones, se allegaron como prueba los siguientes testimonios:

El señor RICARDO ANTONIO MACHADO, manifestó que el día 4 de julio, estuvo en el Hospital de San Marcos y se enteró, a eso de las once de la mañana a doce del mediodía, de unos rumores por parte de los trabajadores del hospital regional, que se referían a que la señora IRINA, era portadora del V.I.H. Sida, rumores que trascendieron en el pueblo, porque los mismos trabajadores, se encargaron de manifestar algo que no era real.

Declaró, que los papás se enteraron por los rumores; la familia lloraba, gritaban, se quisieron volver locos, hasta pensaron que los hijos se iban a matar.

Señaló, que los esposos recibieron un trato muy feo del personal del Hospital de San Marcos, porque los miraban y hacían comentarios a sus espaldas. El día siguiente cuando ya la niña nació, el llamó y se enteró que era falso lo del V.I.H. Afirmando, que actualmente, la gente de San Marcos dice que ellos, todavía son portadores de dicha enfermedad.

En el contrainterrogatorio, manifestó, que los rumores salieron del hospital y que los oyó decir a la señora MARÍA CARRIAZO, quien trabajaba como enfermera profesional en el hospital.

El señor MOISÉS MENDOZA ANGULO, manifestó, que nadie quería atender a la paciente en el hospital y solo se escuchaban los comentarios. Que no la querían trasladar a Sincelejo y siempre sacaban la excusa, que no tenían ambulancia, que esperaran; que tuvieron que hacer muchas cosas, para que pudieran hacer el traslado hasta esta ciudad. Afirma, que ellos se sintieron muy mal, al escuchar que tenían SIDA, que nadie esperaba esa respuesta de los exámenes que le hicieron. Agrega, que el esposo de IRINA, en el momento en que se enteró, pensó mucho en quitarse la vida y los abuelos de la niña, se pusieron muy mal.

En el contrainterrogatorio, manifestó que vivía cerca del hospital y en el momento, llamó al esposo de la señora y este le dijo, que nadie los quería atender, que todo el mundo los miraba mal. Declaró, que había una enfermera que era la que más hablaba de eso, la señora MARÍA CARRIAZO y que los padres, se enteraron por los rumores que se sabían en la calle, por lo que se decía en el hospital.

Del análisis de la declaración del señor Ricardo Machado, se señala, que pese a indicar que el rumor lo escuchó de la señora MARÍA CARRIAZO enfermera del Hospital, lo cierto es, que ello no es suficiente para endilgar responsabilidad a la entidad, pues, como lo sostiene el Ministerio Público, no se tiene certeza que dicha señora, sea realmente una empleada vinculada al servicio del hospital, ya que no se cuenta con algún documento que así lo certifique, como tampoco se trajo a declarar a la citada enfermera, ni a ningún personal médico / asistencial del ente hospitalario y tal supuesto, tampoco fue corroborado por la misma entidad.

Sobre las declaraciones del señor Moisés Mendoza Angulo, se señala, que las mismas no arrojan información suficiente, como quiera que no presencié, directamente, los hechos, sino que tuvo conocimiento de ellos, por lo manifestado por el esposo de la víctima; además que no explicó con precisión, porque tenía conocimiento de que fue la enfermera MARÍA CARRIAZO, quien filtró la información.

Aunado a lo anterior, se tiene, que el examen de VIH, le fue practicado a la paciente IRINA VERGARA en el Laboratorio Clínico - Clínica San Marcos, luego fue enviado su resultado al centro asistencial IPS Guacarí Indígena y posteriormente, fue trasladada la historia clínica de la paciente a la E.S.E Hospital Regional de II Nivel de San Marcos; por lo tanto, no hay certeza de en cuál de los centros asistenciales, se pudo haber filtrado información, como quiera que en los tres, se tuvo conocimiento del resultado del examen del virus de VIH Sida, practicado a la señora IRINA DE JESÚS VERGARA.

Del mismo modo refieren los actores, (iv) que la entidad hospitalaria no informó a la paciente de tal diagnóstico, que los familiares de la víctima conocieron la noticia, por fuentes externas al hospital y fueron quienes le contaron a ésta.

Sostiene que la información prematura, precipitada y sin confirmación, a más del comportamiento negligente de la entidad, en el manejo de la paciente sospechosa de V.I.H., fueron las causas del daño producido.

Frente a esta afirmación debe decirse, que tampoco obran en el expediente, suficientes pruebas que la acrediten, pues, se desconoce cómo la paciente IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE y por quién o quiénes, se enteró de la inoportuna situación y cuál fue, el trato recibido por parte de la E.S.E. Hospital de II Nivel de San Marcos. Por el contrario, la historia clínica lo que demuestra, es que se atendió, debidamente, el protocolo de atención, tan así, que no hay señales en el expediente, de detrimento en las condiciones físicas o psicológicas de la paciente o en el de sus allegados, pues, una vez sorteado el mal diagnóstico<sup>38</sup>, la rutina continuó su curso.

Es de recordarse, que conforme el artículo 167 del C. G. del P., *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*. Siendo así, queda claro que la carga de probar los hechos demandados, en cuanto a la falla en la prestación del servicio se refiere, la tenían los actores y no lo

---

<sup>38</sup> Mal diagnóstico que además queda en entredicho, pues, la literatura que existe al respecto, señala, como muy posible, que el resultado de laboratorio de positivo para VIH, en personas que se encuentran en estado de gravidez, lo que podría ser ocurrió en el caso de la señora IRINA DE JESÚS VERGARA MUNIVE. Al efecto, se dice: *“Los tests más usados comúnmente (Elisa y Western Blot) son llamados Tests de anticuerpos. Estos tests no buscan si tienes el VIH, sino que buscan si tu sangre tiene altos niveles de las mismas proteínas que tiene la sangre de la mayoría de pacientes de SIDA en los primeros estadios de la enfermedad. Esto viene a ser interpretado como que dichas proteínas son anticuerpos que sirven de prueba de que hay un virus que afecta directamente al sistema inmunitario. Pero no es una prueba del virus mismo.*

**El problema es que las proteínas de estos tests se encuentran también en personas que están o han estado embarazadas**, han sido vacunados (por ejemplo de gripe), por transfusiones de sangre, en aquellos que han consumido drogas o que han tenido infecciones por herpes, viruela o sarampión. El simple hecho de haber estado en alguna de estas circunstancias puede hacer que des positivo al test de VIH” (Subrayado fuera de texto). EN: <https://lamatrixholografica.wordpress.com/2011/12/01/la-trampa-del-sida-un-resultado-positivo-en-un-test-de-vih-cambiara-tu-vida-para-siempre-podrias-perder-amigos-relaciones-de-pareja-trabajo-tu-seguro-medico-la-custodia-de-tus-hijos-inc/>

hicieron, por tanto, deberán correr con las consecuencias del incumplimiento de esa carga.

Ahora bien, en gracia de discusión, esto es, que se encontrara demostrado una defectuosa prestación del servicio médico de la ESE HOSPITAL REGIONAL II NIVEL DE SAN MARCOS, que se tradujese en una falla del servicio, en el plenario, no existen medios o elementos de convicción, que acrediten la imputación del daño alegado, esto es, la afectación al buen nombre derivado del error del diagnóstico del virus VIH SIDA, con su consecuente filtración y la falla del servicio, representada en la vulneración de la reserva correspondiente.

En consecuencia, como no se advierte en el presente asunto la responsabilidad de la ESE HOSPITAL REGIONAL II NIVEL DE SAN MARCOS, se confirmará la sentencia apelada.

### **3. Condena en costas - Segunda instancia.**

En virtud de lo anterior, siendo consecuentes con lo dispuesto en los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 365 del Código General del Proceso, condénese en costas a la parte demandante y liquídense, de manera concentrada, por el juez *a quo*, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 de la norma referenciada, disponiendo así mismo lo concerniente a las agencias en derecho.

En mérito de lo expuesto la Sala Segunda de Decisión Oral del Tribunal Administrativo de Sucre, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **FALLA:**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, el 3 de diciembre de 2015, según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte demandante. En firme la presente providencia, por el *A quo*, de manera concentrada, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente, de conformidad con lo preceptuado en el Art. 366 C.G.P.

**TERCERO:** Ejecutoriado este proveído, envíese el expediente al Juzgado de origen para lo de su resorte. **CANCÉLESE** su radicación, previa anotación en el Sistema Informático de Administración Judicial Siglo XXI.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Estudiado y aprobado en sesión de la fecha, Acta No. 0096/2016

Los Magistrados,

**RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY**

**CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS**

**MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ**  
(Ausente con permiso)