

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL HUILA

Dra. Beatriz Teresa Galvis Bustos

Neiva, veinticuatro (24) de abril de dos mil veinte (2020)

Ref. Expediente	:	41001-33-33-002-2014-00085-00
Demandante	:	DIANA MARCELA GARZÓN VALBUENA
Demandada	:	ESE MANUEL CASTRO DE PITALITO Y DEPARTAMENTO DEL HUILA
Asunto	:	FALLA MÉDICA - ERROR DE DIAGNÓSTICO
Acta	:	19

REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide la Sala Quinta del Tribunal Administrativo del Huila, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la decisión proferida el 29 de junio de 2017 por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva, en la que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. Hechos de la demanda

La demanda se fundamenta en los siguientes hechos¹:

1.1.1.- Los señores Diana Marcela Garzón Valbuena y su compañero Miguel Ordóñez Burbano pertenecen al régimen subsidiado en salud y están vinculados a la E.P.S. Asmet Salud, entidad que, para la atención

¹ Folio 1 a 13

de primer nivel a sus afiliados en este municipio, contrata los servicios de la E.S.E Municipal Manuel Castro Tovar de Pitalito.

1.1.2.- Al finalizar el año 2007 la señora Diana Marcela Garzón, se encontraba en estado de embarazo de su primer hijo y acudió a la E.S.E. Municipal Manuel Castro Tovar de Pitalito, entidad que el día 20 de diciembre de 2007 practicó a la demandante los exámenes de rigor, entre ellos el correspondiente al virus VIH, cuyo resultado fue positivo, hallazgo confirmado el 4 de abril de 2008, a través del análisis de la prueba Western Blot, practicada por el Laboratorio de la Secretaría de Salud de Departamental.

1.1.3.- A partir del diagnóstico la vida de la gestante Diana Marcela Garzón Valbuena cambió de manera abrupta, radical y negativa; además de la incertidumbre por su propio estado de salud, tuvo que afrontar el deterioro de su relación sentimental, debido a que la pareja se culpaba mutuamente por la presencia del virus, además, la tensión emocional extrema por las consecuencias que ese diagnóstico traería para su hijo.

1.1.4.- La información sobre la presencia del virus trascendió la intimidad de la familia Ordóñez Garzón, y los jóvenes padres tuvieron que afrontar la discriminación por parte de sus familiares y de sus vecinos, al punto que se vieron obligados a cambiar de lugar de residencia.

1.1.5.- De conformidad a los protocolos respectivos, durante su embarazo, la señora Diana Marcela Garzón fue sometida a tratamiento con retrovirales, programándosele cesárea para el día 15 de mayo de 2008, no obstante, se le prohibió amamantar a su bebé; así mismo, tuvo que suscribir diferentes documentos que contenían su consentimiento para los procedimientos de rigor que incluían también al recién nacido, por tratarse de una gestante con VIH positivo.

1.1.6.- Pese a que le fue prestada toda la asistencia médica, la situación personal de la señora Diana Marcela Garzón se deterioraba ya que no podía trabajar; su esposo debía cambiar constantemente de lugar de trabajo por motivos de discriminación; y se encontraba atemorizada por su vida y la de su bebé, lo que desmejoró su calidad de vida por episodios de depresión, negación, y porque su hogar pasó de la ilusión de consolidarse en virtud de la llegada de su hijo a romperse por tan negativo diagnóstico.

1.1.7.- El 15 de mayo de 2008, en la E.P.S. Hospital Departamental San Antonio de Pitalito, a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena le fue practicada la cesárea, y al recién nacido le fueron administrados los medicamentos Nevirapina y Zidovudina; asimismo, fue alimentado con leche de fórmula y remitido para valoración por pediatría e infectología pediátrica, especialistas que ordenaron los exámenes de rigor descartándose la presencia del virus.

1.1.8.- En el año 2011 la señora Diana Marcela Garzón quedó nuevamente en estado de embarazo, siendo atendida en su primer control prenatal por la E.S.E Municipal Manuel Castro Tovar de Pitalito el 30 de noviembre de ese año, siéndole practicados los exámenes de rigor por su estado y remitida con especialistas.

1.1.9.- El 11 de enero de 2012, la señora Diana Marcela Garzón asiste a consulta externa en la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Pitalito con el Perinatólogo Dr. Javier Andrés Ramírez quien al verificar que en prueba de Elisa tomada a la gestante el 14 de diciembre de 2011, el resultado era negativo para VIH, ordenó la realización los siguientes exámenes: Test de HIV, WESTERN BLOT, FFV y ecografía obstétrica; además, ordena valoración con resultados en una semana de manera prioritaria.

1.1.10.- El 17 de enero de 2012, con 36.3 semanas de embarazo de su segundo hijo, la señora Diana Marcela Garzón asiste a consulta con el Perinatólogo en el Hospital Departamental San Antonio de Pitalito. La

paciente inicia la medicación ordenada por el Dr. Javier Andrés Ramírez y se le toman las muestras de laboratorio para los exámenes ordenados.

1.1.11.- Con 36.4 semanas de gestación, el 25 de enero de 2012, la señora Diana Marcela regresó a consulta con el perinatólogo para el análisis de los resultados de los exámenes y el especialista, momento en el cual la señora Diana Marcela Garzón Valbuena y su compañero Miguel Ordóñez Burbano tuvieron conocimiento que el diagnóstico dado casi cuatro (4) años atrás había sido errado.

1.1.12.- Pese a que se acreditó que los señores Diana Marcela Garzón Valbuena y su compañero Miguel Ordóñez Burbano no padecían HIV, la situación no cambió debido a que los familiares y los vecinos no creyeron que la pareja no estaba contagiada y que todo se debió a un error de la Institución Prestadora de Salud.

1.1.13.- La E.S.E Municipal Manuel Castro Tovar de Pitalito causó daños y perjuicios materiales a los señores Diana Marcela Garzón Valbuena, Miguel Ordóñez Burbano y a sus hijos, los cuales deben ser indemnizados.

1.2.- Pretensiones

Se plasmaron como tales las siguientes²:

“PRIMERO: Que el DEPARTAMENTO DE HUILA y la E.S.E. MUNICIPAL MANUEL CASTRO TOVAR de PITALITO son solidariamente responsables civil y patrimonialmente de la totalidad de los daños y perjuicios de índole material y moral tanto subjetivos como objetivos, y el fisiológico, ocasionados a los aquí demandantes con motivo de la falla en la prestación del servicio médico al suministrar (sic) diagnóstico errado y dar tratamiento desfavorable según hechos ocurridos desde abril de 2008 y hasta el 25 de enero de 2012, en la ciudad de Pitalito Huila.

SEGUNDO: En consecuencia, al reconocimiento anterior, se conmine a los demandados a pagar o cancelar a los demandantes DIANA MARCELA GARZÓN VALBUEN, afectada, MIGUEL ORDOÑEZ BURBANO compañero Permanente, JHON ALEXANDER ORDOÑEZ GARZÓN, hijo y afectado, y

² Folio 3 a 4

BRAYAN ESTIVEN ORDOÑEZ GARZÓN, hijo, el valor de los perjuicios materiales y morales a que por ley tienen derecho en un 100% de su monto real, que es el que a continuación relaciono:

POR PERJUICIOS MORALES
Entiéndase por éste las angustias, preocupaciones, el profundo dolor y resquebrajamiento causado en el seno de su familia, como consecuencia del diagnóstico errado que conllevó al tratamiento equivocado y la discriminación a que ha sido sometida, la señora DIANA MARCELA GARZÓN VALBUENA, su compañero permanente y sus hijos.

Por concepto de daño moral propiamente dicho y por la alteración en las condiciones de vida, páguese a los aquí demandantes los siguientes valores:

Demandante	Relación	Cantidad	Valor
Diana Marcela Garzón Valbuena	Afectada	100SMLM	\$58.950.000
Miguel Ordoñez Burbano	Compañero	100SMLM	\$58.950.000
Jhon Alexander Ordoñez Garzón	hijo	100SMLM	\$58.950.000
Brayan Estiven Ordoñez Garzón	hijo	100SMLM	\$58.950.000

TOTAL: 400 SMLM

FISIOLOGICO o DAÑO EN LA VIDA EN RELACION O AFECTACION EN LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA

Este perjuicio lo reclaman los afectados directos: DIANA MARCELA VALBUENA y JHON ALEXANDER ORDOÑEZ GARZÓN.

Este perjuicio que es la limitación al goce de la vida, como lo ha conceptualizado la jurisprudencia y lo ha aceptado el honorable Consejo de Estado el perjuicio denominado daño en la vida en relación o afectación en las condiciones de existencia a diferencia del moral, es la pérdida y la limitación al goce de los placeres de la vida en el caso Sub examine, la pérdida de la posibilidad de amamantar con leche materna a su primer hijo JHON ALEXANDER ORDOÑEZ GARZÓN, por expresa prohibición de los médicos”

1.3. Trámite procesal - radicación, admisión y notificación de la demanda

La demanda fue presentada ante el Tribunal Administrativo del Huila el 18 de diciembre de 2013 (f. 230 C. principal), siendo remitida por

competencia a los Juzgados Administrativos de Neiva, en virtud de providencia calendada 5 de febrero de 2014 (folio 232-233).

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Segundo Administrativo de Neiva (folio 236), Despacho que mediante el auto 27 de febrero de 2014 la inadmitió por carecer de algunos requisitos formales (fl. 238-239 C. principal). El proceso fue admitido por auto del 24 de abril de 2014 (folio 243-244).

1.4. Contestación de la demanda

1.4.1.- Departamento del Huila

A través de memorial calendado 13 de enero de 2015 (fls. 258-261, 323-324) se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, con sustento en las siguientes excepciones:

- **Falta de presupuestos de responsabilidad** por no existir nexo de causalidad, argumentando que la parte actora no identificó el hecho generador del daño ni formuló imputación de responsabilidad alguna en contra del Departamento del Huila.

Explicó que la demanda no indica cuál es la relación de causalidad entre el daño causado y el hecho generador, indicando que la prueba de VIH fue tomada a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena por la E.S.E Manuel Castro Tovar, y no por el Departamento del Huila, quien como lo ordena el protocolo venía con resultado positivo y el laboratorio de salud se remitió a realizar la prueba dando nuevamente el resultado positivo.

- **Falta de legitimación en la causa por pasiva** sustentada en que de conformidad con la Ley 100 de 1993 y el Decreto 1876 de 1994 las Empresas Sociales del Estado constituyen una entidad pública descentralizada, y sus contratistas son colaboradores de la administración por lo tanto responden por sus propios hechos y actuaciones. Preciso que el Hospital Manuel Castro Tovar de Pitalito se encuentra plenamente habilitado para prestar el servicio de laboratorio y por ende es responsable de las pruebas y su custodia.

- **El hecho generador del daño no es imputable al Departamento**, alegando que en el caso que nos ocupa no se esbozan argumentos directos contra la entidad territorial demandada y en todo caso, el hecho generador no le es imputable por cuanto el Departamento del Huila realizó el análisis de una prueba que llegó positiva desde la E.S.E Manuel Castro Tovar de Pitalito.

1.4.2.- E.S.E Manuel Castro Tovar (fl. 325-327).

No contestó la demanda.

1.5.- Audiencia inicial y etapa probatoria

A través de providencia del 3 de diciembre de 2015 el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva dispuso fijar como fecha y hora para la celebración de la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011, el 17 de junio de 2016 a las 10:00 a.m. (folio 288 C. ppal 1); diligencia en la que se fijó el litigio a partir de los presupuestos fácticos de la demanda y la contestación de la misma. Posteriormente, se dispuso tener como pruebas los documentos allegados con la demanda y la contestación; así mismo se decretaron las solicitadas por las partes, las cuales fueron practicadas en audiencia celebrada el 26 de octubre de 2016 (folio 318-321), data en la cual se cerró el debate probatorio y se concedió a las partes el termino de 10 días para que presentaran sus alegatos de conclusión.

Valga precisar que través de providencia del calendada 7 de abril de 2017 (folio 351), y para mejor proveer, el A quo requirió las siguientes documentales:

- A la E.S.E Hernando Moncaleano Perdomo solicitó la historia clínica de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, y se informara si a la demandante le fueron practicados los exámenes denominados "Carga Viral" y "Conteo CD4"; si fue valorada por la especialidad de infectología, según formato de referencia al nivel III, del 20 de junio de 2008 de la ESE San Antonio de Pitalito; en caso afirmativo, allegara los resultados de la valoración y de los exámenes.

A la ESE Manuel Castro Tovar solicitó la remisión de copia íntegra de la historia clínica de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena y su respectiva transcripción, así como de los resultados de los exámenes de ELISA para VIH que le fueron practicados en el mes de diciembre de 2007 y a comienzos de 2008, y el protocolo que se siguió por parte de esa entidad para la toma de las muestras y el procesamiento de las mismas, allegando los soportes del caso.

- A la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Pitalito para que remitiera copia auténtica de los resultados de los exámenes denominados "Carga Viral" y "Conteo CD4"; ordenados a la paciente Diana Marcela Garzón Valbuena, según formato de referencia al III nivel, del 20 de junio de 2008.

- Al Instituto Nacional de Salud se solicitó que explicara las razones por las cuales las pruebas de ELISA para VIH y Western Blot pueden reportar falsos positivos, cuál es el protocolo para la obtención y procesamiento de dichas muestras; informe en qué consiste los exámenes de carga viral y conteo CD4; luego de confirmado el diagnóstico de VIH con qué periodicidad deben practicarse dichos exámenes (carga viral y conteo CD4) y si los mismos sirven para descartar o confirmar el diagnóstico de VIH. Igualmente, si para los años 2007 y 2008 las pruebas de ELISA GENEDIA VIH de Abbott Laboratorios y Western Blot de la casa comercial Human, se encontraba registradas en el INVIMA, allegando los soportes del caso.

1.6. Alegatos de conclusión de primera instancia

La **parte demandante** en el escrito de alegatos de conclusión radicado el 10 de noviembre de 2016 (folio 328-334), reiteró los argumentos planteados en el libelo, insistiendo que en este caso se presentó un error de diagnóstico al dar a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena como portadora de VIH, calificación que perduró casi cuatro (4) años, causando lesiones a los demandantes de índole moral y daño a la vida de relación.

Trajo a colación los Decretos 559 de 1991 y 1543 de 1997 y precisó que dichos estatutos establecen los protocolos que deben observarse para la atención de pacientes con VIH o sospecha de padecer dicho virus, y fijan como medio de diagnóstico la realización de dos pruebas –una presuntiva y otra confirmativa-, cuyos resultados deben ser entregados directamente al paciente por parte del médico tratante o por el profesional entrenado para el efecto, a lo que se suma a la exigencia de atender al infectado, obligaciones que en su sentir fueron incumplidas por los demandados.

Resaltó que a la demandante y a su núcleo familiar no se le brindó atención psicológica, y que en muchas ocasiones la E.S.E enviaba la droga (sic) que tenía que consumir a través de sus vecinos, violando el protocolo que debía seguir para el tratamiento.

Anotó que por causa del diagnóstico a la demandante se le practicó cesárea con mucho tiempo de anticipación, además que se le prohibió amamantar al recién nacido, todo lo cual causó un daño a los demandantes que debe ser reparado.

Por su parte, el apoderado del **Departamento del Huila** alegó de conclusión mediante escrito radicado el 8 de noviembre de 2016 (folio 323-324); en el que reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda, precisando que esa entidad, a través del Laboratorio de Salud Pública, dio cumplimiento estricto y oportuno a los parámetros exigidos para el asunto, en la medida que verificó, como lo indica el protocolo, las muestras tomadas por la E.S.E Manuel Castro Tovar y custodiadas por la entidad de salud local de Pitalito, y reportó el análisis de los resultados respectivos.

Explicó que la muestra tomada en el laboratorio de la E.S.E Manuel Castro Tovar a la señora Diana Marcela Garzón Balvuela contaba con resultados positivos, y el laboratorio de salud pública procedió a realizar nuevamente estas pruebas como lo dice el protocolo del Instituto Nacional de Salud, resultando positiva.

Agregó que la técnica usada es una Elisa Genedia VIH de Abbott laboratorios, reactivo registrado en el INVIMA, la cual trae dos controles positivos y tres controles negativos que garantizan los resultados del ensayo.

Explicó que la segunda muestra se solicitó a la paciente, la cual es recibida el día 26 de marzo de 2008 y proveniente del laboratorio de la E.S.E Manuel Castro Tovar, por ser esta la entidad competente de la atención de la paciente, la cual es procesada por la técnica de Western-Blot el día 3 del mismo año arrojando un resultado positivo. Señala que dicha prueba es de la casa comercial Human, la cual también está registrada en el INVIMA y trae controles de calidad.

A su turno, la **E.S.E Manuel Castro Tovar de Pitalito**, recorrió el término de traslado mediante memorial calendado 10 de noviembre de 2016 (folio 325-327), indicando que, efectivamente, a la demandante se le practicó el respectivo examen de sangre para verificar la presencia de los anticuerpos – entre otros – el del Virus VIH, obteniéndose como resultado en primera instancia una prueba de Elisa rápida positiva para la referida afectación.

Precisó que para el año 2008, época de la atención de la usuaria, el protocolo establecía la práctica de una prueba rápida en sangre, la cual, de resultar positiva, sería reportada ante los organismos correspondientes y sujeta a nuevas pruebas para su confirmación.

Explicó que de conformidad con los protocolos propios de la temprana detección del virus de inmunodepresión adquirida VIH, para la época y aún lo es, todas las gestantes son objeto de valoración general, por el primer nivel asistencial que para el caso corresponde a la E.S.E demandada.

Indicó que una vez tomada la muestra de rigor, el resultado es basado en instrumentos, todos certificados por el INVIMA, y así se procedió con la paciente, sin que dichos kits sean sujeto de manipulación por parte del personal y los mismos no son elaborados ni adecuados por la

entidad, tan solo son utilizados dentro de su vocación instrumental para que finalmente arroje un resultado.

Manifestó que en el caso de la demandante el resultado fue positivo y por ello, de acuerdo a los protocolos, se procedió a su confirmación a través del Laboratorio de Salud Pública Certificado, en este caso, el adscrito a la Secretaría de Salud Departamental del Huila.

Agregó que no es posible atribuir responsabilidad a la entidad territorial, dada la ausencia de daño, en la medida que lo actuado corresponde al resultado objetivo de una prueba diagnóstica adelantada con instrumentos sellados, propios de casas farmacéuticas y sin previa manipulación, los cuales tienen por característica ofrecer un resultado específico.

Resaltó en razón a la complejidad del tema, a la usuaria se le ordenaron nuevas pruebas con fines confirmatorios, y de la historia clínica de la E.S.E demandada se puede evidenciar que el médico internista Jaime Ruiz Muñoz ordenó a la paciente se adelantara los exámenes como carga viral para determinar el porcentaje de afectación en la sangre de la usuaria y tener mayor precisión sobre la evolución de la enfermedad; así como, el recuento CD4, control con infectología y manejo en 3er nivel asistencial.

Anotó que la paciente nunca se tomó las pruebas de seguimiento a la carga viral, recuento CD4, como tampoco fue valorada por medicina especializada, los cuales habrían podido orientar de manera directa el devenir de la enfermedad, pues habrían evidenciado si efectivamente la enfermedad era o no reactiva en evolución VIH.

Destacó que la única fuente de información reposa en el Laboratorio de Salud Pública facultado para el efecto, cuya versión no fue aportada en el proceso lo que permitiría escudriñar lo relacionado con la técnica de las pruebas, su grado de efectividad, debilidades, virtudes, características y el adecuado cumplimiento protocolar en su manejo y control, la vocación de los kits utilizados de las casas farmacéuticas Abbot y Genedia, entre otros aspectos.

Por último, señaló que los resultados del examen practicado a la demandante únicamente los puede explicar el profesional de la Secretaría de Salud o el encargado del Laboratorio de Salud Pública, respecto del manejo de las pruebas sanguíneas, por lo que se solicita acceder a la recepción de sus testimonios.

1.7.- Sentencia de primera instancia³

Mediante fallo proferido el 29 de junio de 2017, el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva **negó las pretensiones de la demanda**, y condenó en costas a la parte actora (f. 605-614).

Como sustento de lo anterior, el A quo señaló que en el presente asunto se demostró que el día 20 de diciembre de 2007 la E.S.E Manuel Castro Tovar practicó a la señora Diana Marcela Garzon Valbuena exámenes prenatales, entre ellos, el examen de VIH el cual dio positivo el día 16 de enero de 2008, por lo que esa entidad procedió a la realización de la prueba confirmatoria del virus, la cual es practicada por el Laboratorio de Salud Pública, según muestra tomada el día 20 de diciembre de 2007 cuyo resultado también fue positivo.

Indicó que el Decreto 1543 de 1997, aplicable para el momento de los hechos, reglamentó el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y estableció los procedimientos y criterios a seguir por las instituciones públicas y privadas, frente a los posibles portadores de la enfermedad.

Precisó que, según la Organización Mundial de la Salud, el virus de la inmunodeficiencia humana (VIH) infecta a las células del sistema inmunitario, alterando o anulando su función, infección que produce un deterioro progresivo del sistema inmunitario, y que, en lo que atañe al diagnóstico del VIH, las pruebas serológicas, las pruebas diagnósticas rápidas o las pruebas inmunoenzimáticas, detectan la presencia o ausencia de anticuerpos contra el VIH1/2 y/o el antígeno P24 del virus, y que cuando estas pruebas se utilizan en el contexto de una estrategia

³ Folios 710 a 726 C ppal 3

acorde con un algoritmo validado, es posible detectar la infección por el VIH con gran exactitud.

Seguidamente expuso lo establecido por la Guía para el manejo de VIH/sida del Ministerio de Salud y Protección Social, específicamente lo relacionado con el procedimiento para el diagnóstico.

Con base en tal guía de manejo concluyó que las instituciones públicas y privadas están obligadas a observar los protocolos establecidos para atender pacientes con o bajo sospecha de tener VIH, por lo que en caso de existir un resultado positivo se debe hacer un segundo examen para confirmar el inicial y si esa prueba es nuevamente positiva, debe realizarse una tercera, de carácter confirmatorio; así mismo, la entrega del resultado definitivo debe hacerse directamente al paciente por el médico tratante u otra persona del equipo de salud debidamente entrenada en consejería y debe brindarse el tratamiento al paciente en las diferentes etapas de evolución.

Descendiendo al caso concreto, indicó que conforme a la historia clínica de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, la ESE Hospital Manuel Castro Tovar acató la normatividad aplicable y el protocolo de diagnóstico de VIH SIDA del Ministerio de la Protección Social, según el cual, cuando el primer resultado del examen de VIH es positivo, debe realizarse un segundo examen en aras de determinar o descartar la presencia del virus; adicionalmente se le brindó la atención que requería teniendo no solo en cuenta el diagnóstico entregado sino también su estado de gravedad.

Explicó que no puede desconocerse que un diagnóstico de una enfermedad como el VIH suscite en la persona sentimientos de tristeza, duda y preocupación, más aún cuando se encuentra en estado de gravedad, en la medida que la gestante teme por su salud y la del bebe, sin embargo, dicho diagnóstico no puede generar *per se* un daño antijurídico.

Arguyó que, en el caso de la señora Diana Marcela Garzon Valbuena, la entidad demandada ejecutó los recursos disponibles para descartar cualquier error en el diagnóstico, en la medida que implementó el protocolo adecuado para la toma de la prueba para VIH, utilizándose la técnica Elisa Genedia VIH de Abott Laboratorios, reactivo registrado en el INVIMA y como la muestra dio resultado positivo, se procedió a realizar nuevamente la prueba, la cual es procesada por la técnica de Western-Blot, de la casa comercial Human la cual también es registrada por el INVIMA y cuenta con controles de calidad .

Ahora, si bien es cierto, de acuerdo a lo afirmado por el Instituto Nacional de Salud y lo documentado en la literatura médica, los falsos positivos en las pruebas de ELISA para VIH y Western Blot, pueden darse como consecuencia de problemas técnicos de contaminación y manipulación de la muestra (La muestra, conjugado o sustrato no se ha añadido en lo pocillos de la manera adecuada, el sustrato se ha contaminado con el conjugado, contaminación con conjugados de otros ensayos, etc); los resultados falsos positivos también pueden suscitarse por condiciones derivadas del paciente (Personas con Anticuerpos anti HLA-DR4, DQw3, enfermedades reumatoides, poliomielitis, lupus erimatoso, multitransfundidos, etc.).

De lo anterior, dijo que la ciencia médica no es exacta, por lo que pese a producirse un resultado de análisis con sustento científico como es el de VIH, existe la posibilidad que el mismo pueda resultar errado por causas relativas del suero, o por las condiciones del paciente (anticuerpos) y en ese entendido, la existencia de un diagnóstico errado, no implica responsabilidad por parte de la entidad hospitalaria, a menos que se acredite un actuar negligente o la omisión de los protocolos dispuestos para el manejo del VIH; supuesto que no se demostró en este caso.

Reiteró que la ESE Manuel Castro Tovar, en aras de obtener un diagnóstico adecuado, cumplió con el protocolo de detección de anticuerpos VIH, pues luego de obtener el primer resultado positivo,

procedió a ordenar la práctica del examen confirmatorio, el cual también resultó positivo y ante este panorama, lo que debía hacerse por parte de la entidad de salud, era brindar a la paciente el tratamiento antiviral, máxime cuando se trataba de una mujer gestante, que requería mayor atención, con el fin de proteger su vida y la del hijo que estaba por nacer.

Explicó que el Ministerio de Salud y Protección Social ha señalado que las pruebas confirmatorias tienen alta especificidad y sensibilidad, por lo que la frecuencia de falsos positivos con las pruebas confirmatorias es extremadamente rara, del orden de 0.0004% a 0.0007% (34,35) e incluyen autoanticuerpos, vacunas para VIH o resultados ficticios; además que las pruebas confirmatorias más usadas utilizan los métodos de Western Blot o la inmunofluorescencia indirecta, siendo la primera la practicada a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, perteneciente a la casa comercial Human y, según lo informó el Secretario de Salud Departamental, cuenta con el registro del INVIMA.

Por lo anterior, concluyó que nunca existió duda o confusión en el diagnóstico entregado a la demandante, pues tanto el estudio de ELISA como la confirmatoria Western Blot, dieron positivo y es por esta circunstancia que a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena se le brindó el tratamiento antiviral por parte de la entidad demandada.

Explicó que pese a existir dentro del plenario órdenes médicas relacionadas con la práctica de los exámenes de carga viral y conteo de CD4, así como la valoración por médico especialista en infectología, no militan los resultados de los mismos, lo que permite inferir que la señora Diana Marcela Garzón Valbuena nunca se practicó dichos exámenes y no fue valorada por la especialidad a la que fue remitida, pese a existir los correspondientes formatos de referencia y contra-referencia, firmados por los médicos José Alberto Sterling de la E.S.E Manuel Castro Tovar y Jaime Ruiz Muñoz, de la E.S.E Departamental San Antonio de Pitalito.

Señaló que lo anterior se encuentra demostrado con la anotación del día 2 de octubre de 2008, es decir, más de dos (2) meses después, cuando la demandante acudió a la ESE Manuel Castro Tovar para remisión a medicina interna con el fin de solicitar carga viral y conteo de linfocitos, es decir, para ese momento no se había practicado los exámenes pese a que los mismos ya contaban con autorización.

Dijo que luego de esa fecha, no existe registro en la historia clínica de la paciente sobre alguna atención que hubiese recibido en la ESE Manuel Castro Tovar o de los resultados de los exámenes ordenados, de lo cual se desprende que pese a encontrarse autorizado los exámenes y la consulta especialidad en infectología, la demandante nunca asistió para su práctica y posteriormente, tampoco acudió al médico internista para solicitar de nuevo dichos exámenes, pues no de otra manera se explica la ausencia de dicha información; resultados que muy seguramente hubiesen dado una alerta temprana de la ocurrencia de un falso positivo de VIH en el caso de la demandante.

Indicó que el examen denominado carga viral mide la cantidad de VIH en la sangre, lo que permite la adopción del inicio de tratamiento y comprobar el fallo (sic) virológico al régimen antirretroviral en uso, incluso, en situaciones especiales la determinación de la carga viral se pueda usar como diagnóstico de la infección por VIH, conforme lo expresado por el Instituto Nacional de Salud en su informe, precisando que esta técnica se recomienda como tercera prueba de desempate cuando dos técnicas serológicas inmunoenzimáticas (ELISA, ELFA, prueba rápida, etc), son no concordantes, y como prueba obligatoria para confirmar el diagnóstico en mujeres embarazadas, independientemente de si las dos primeras técnicas inmunoenzimáticas son concordantes o no.

Así las cosas, el A quo estimó que en el caso concreto no se encuentra acreditada la causación de un daño antijurídico a los demandantes ni se acredita la existencia de alguna falla médica desplegada por las entidades demandadas, pues para la práctica de los exámenes

realizados a la demandante, tendientes a la formulación del diagnóstico de la enfermedad de VIH, se cumplieron con los protocolos dispuestos para el efecto y pese a que el diagnóstico resultó errado, el mismo tenía soporte científico.

1.8.- El recurso de apelación

La parte demandante a través de memorial radicado el 12 de septiembre de 2017 (f. 345 a 352 C. principal 2), interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia indicando que en el presente caso está demostrada la omisión de la E.S.E Manuel Castro Tovar en el cumplimiento del protocolo establecido por la guía de manejo del VIH /SIDA expedida por el Ministerio de Salud en relación con el procedimiento de diagnóstico, en cuanto señala que si el resultado de la primera prueba es reactivo (positivo), debe repetirse la prueba de tamizaje con una nueva muestra y que en caso que las dos sean reactivas, se debe confirmar mediante una prueba confirmatoria para evitar diagnósticos equivocados.

Estimó que, de conformidad a la guía en comento, se deben realizar dos pruebas que se denominan presuntivas o de tamizaje, y que en caso que ambas sean reactivas, se procede a realizar la prueba confirmatoria Wester Blot, lo cual fue reconocido por la E.S.E. demandada y la Secretaría de Salud Departamental mediante oficio del 18 de noviembre de 2014.

Argumentó que a la señora Diana Marcela Garzón Balvuela solo se le tomó una muestra de sangre para la prueba de tamizaje, y con la misma se procedió a realizar la confirmatoria, cuando en realidad debió tomarse una segunda muestra para tamizaje y la posterior muestra para el Wester Blot.

Aseguró que a partir de la conducta de la E.S.E demandada al no tomar las muestras, y de la Secretaría de Salud Departamental, que no verificó que se trataba de una segunda muestra, se configura el hecho dañino

consistente en un diagnóstico errado, y en consecuencia, una falla en el servicio, en la medida que dichas entidades incumplieron el protocolo establecido para este tipo de diagnósticos.

Señaló que el Consejo de Estado en sentencia del 10 de febrero de 2011 resolvió un caso en el que a la demandante le brindaron un diagnóstico de VIH errado, y que si bien, en esa oportunidad la normatividad vigente era el Decreto 559 de 1991, el cual establecía como procedimiento la práctica de dos pruebas, una presuntiva y otra confirmatoria, esa corporación determinó que existió un incumplimiento del protocolo, haciendo énfasis que en cada caso deben establecerse si se utilizaron todos los procedimientos para llegar al diagnóstico acertado en la medida que la ciencia no es exacta, y con el fin de descartar en la medida posible un falso positivo.

Indicó que, en el caso analizado por el Consejo de Estado, esa corporación concluyó que se presentó una falla en el servicio por vulneración del protocolo por parte de la respectiva entidad al considerar, que si bien el simple hecho de darse un diagnóstico errado no es suficiente para tener por acreditada la falla, en esa oportunidad la conducta fue negligente y descuidada por la omisión en los exámenes médicos necesarios para emitir el diagnóstico definitivo.

Dijo que en la sentencia recurrida se menciona que en tratándose de VIH pueden presentarse falsos positivos, ya sea por causas originadas en el paciente o por situaciones relacionadas con la técnica de laboratorio.

Frente a estas últimas indicó que correspondía a la entidad demandada demostrar que no fue por ellas que se produjo el falso positivo, y en esa medida debió ordenar y practicar todos los exámenes que tuviera a su alcance para descartar en mayor medida un posible falso positivo en el caso de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, tal y como lo establece la guía de manejo emanada del Ministerio de Salud, y como ello no ocurrió se infiere que esa circunstancia se presentó con ocasión

a la técnica de laboratorio, insistiendo en que la entidad demandada ha debido tomar dos muestras distintas a la paciente.

Por último, precisó que en lo relacionado con la prueba para establecer la carga viral y los linfocitos CD4, que solo indican la cantidad de virus en la sangre, lo que puede ser no detectable, y la evolución de la enfermedad, respectivamente, por lo que son exámenes que contribuyen a la decisión de iniciar o no el tratamiento antiviral y no son confirmatorias del diagnóstico.

1.9.- Alegatos de conclusión en segunda instancia

Concedido el recurso de apelación mediante auto proferido el 17 de agosto de 2017 (f. 627 C. principal 3), el Tribunal Administrativo asumió el conocimiento del asunto el 24 de noviembre de esa misma anualidad (f. 4 C. segunda instancia), y el 16 de marzo de 2018 dispuso correr traslado a las partes por el término de ley para que presentaran sus alegatos de conclusión, al cabo del cual se daría el mismo tiempo al representante del Ministerio Público para que emitiera su concepto (folio 9).

La parte demandante guardó silencio, mientras que las entidades demandadas—**E.S.E. Manuel Castro Tovar de Pitalito y Departamento del Huila** - con memoriales del 9 y 10 de abril de 2018, respectivamente (f. 14 a 18 C. segunda instancia), reiteraron los argumentos aludidos en el escrito de contestación para solicitar se confirme la sentencia de primera instancia.

II.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1.- Competencia

De conformidad con el artículo 153 de la Ley 1437 de 2011, los Tribunales Administrativos conocen en segunda instancia de las

apelaciones de las sentencias proferidas en primera instancia por los jueces administrativos.

En cuanto a las facultades del juez de segunda instancia al desatar la apelación, el artículo 328 del Código General del Proceso, norma procedimental general aplicable al proceso contencioso administrativo por remisión del artículo 306 del C.P.A.C.A., dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 328. COMPETENCIA DEL SUPERIOR. El juez de segunda instancia deberá pronunciarse solamente sobre los argumentos expuestos por el apelante, sin perjuicio de las decisiones que deba adoptar de oficio, en los casos previstos por la ley.

Sin embargo, cuando ambas partes hayan apelado toda la sentencia o la que no apeló hubiere adherido al recurso, el superior resolverá sin limitaciones.

(...)”.

En ese contexto es claro que cuando se trata de apelante único el *Ad quem* solo puede revisar la actuación en cuanto tiene que ver con los motivos de la impugnación, valga decir, no puede el Juez de segunda instancia entrar a analizar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo el análisis correspondiente de los presupuestos procesales para decidir.

Teniendo en cuenta tales apreciaciones, es claro que en este caso se debe limitar el estudio a los aspectos que hace referencia el recurso impetrado por el apoderado judicial de la parte demandante.

2.2.- Ejercicio oportuno de la acción

El artículo 164-2 literal i) del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, establece que el medio de control de reparación directa debe instaurarse dentro de los dos años contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho lesivo.

En el presente caso, el fundamento de las pretensiones radica en los perjuicios causados a los aquí demandantes con ocasión al presunto error de diagnóstico de VIH determinado a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, circunstancia de la cual tuvo conocimiento a partir

que le fue informado el resultado negativo de las pruebas que le fueron practicadas con ocasión a su segundo embarazo, confirmándose la no infección por VIH el día 24 de enero de 2012 (folios 101).

En este orden, tenemos que el término para presentar la demanda so pena de operar la caducidad vencía el 24 de enero 2014, presentándose solicitud de conciliación extrajudicial el 24 de julio de 2013 (f. 227), con lo que suspendió el término cuando faltaban 6 meses para que operara la caducidad; diligencia que se declaró fallida, expidiéndose constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad el día 25 de septiembre de 2013 (folio 227-229), fecha a partir de la cual se reanudó el conteo del plazo hasta el 25 de marzo de 2014, siendo radicada la demanda el 18 de diciembre de 2013 (f. 32 C. principal 1), luego, lo fue en tiempo.

2.3.- Legitimación en la causa

2.3.1.- Legitimación por activa

Comparece al proceso la víctima directa, señora Diana Marcela Garzón Valbuena, y en razón del vínculo de consanguinidad con ella se encuentra legitimados Brayan Estiven y John Alexander Ordoñez Garzón (folios 11 y 12), por lo tanto, exhiben la titularidad de la situación jurídica en que se fundamenta lo pretendido en la demanda.

Por su parte, el señor Miguel Ordoñez Urbano, aduce ser el compañero permanente de la Diana Marcela Garzón Valbuena. Al respecto, los testigos María Amparo y Segundo Edilberto Ordoñez Urbano; Edwin Jair Cerón Silva, en su calidad de hermanos y cuñado del señor Miguel Ordoñez Urbano señalaron que el grupo familiar de éste se encontraba integrado por sus hijos Brayan Estiven y John Alexander Ordoñez Garzón y la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, por lo que, a juicio de la Sala, se encuentra acreditada la legitimación de hecho.

2.3.2.- Por pasiva

En el presente asunto la acción se dirige contra del Departamento del Huila y la E.S.E Manuel Castro Tovar de Pitalito, pues la parte demandante realiza imputaciones de responsabilidad relacionadas con la presunta falla en el servicio en que incurrieron dichas entidades a raíz del diagnóstico de VIH que le fue establecido a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena cuando se encontraba embarazada de su primer hijo, y que fue posteriormente descartado cuando gestaba a su segundo bebé. En ese orden, la entidad demandada está legitimada de hecho por pasiva.

Lo que atañe a la participación efectiva de las entidades demandadas en el evento que originó la promoción del presente proceso se definirá en el fondo del asunto.

2.4.- Planteamiento del caso

El **juzgado de instancia**, en sentencia proferida el 29 de junio de 2017, negó las pretensiones de la demanda al considerar que en el presente caso no se causó a los demandantes un daño antijurídico, y en todo caso no se acreditó la existencia de la falla médica alegada, pues estimó que a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena le fueron practicados los exámenes tendientes a la formulación del diagnóstico de la enfermedad de VIH, los cuales se cumplieron en acatamiento de los protocolos dispuestos para el efecto, y pese a que el diagnóstico resultó errado, el mismo tenía soporte científico.

La apoderada de la **parte actora**, como **recurrente**, reprocha que el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva negara las pretensiones de la demanda, pese a que se encuentra demostrado que solo se tomó una muestra de sangre a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena y que en relación a la misma se realizaron todas las pruebas de tamizaje y confirmatorias. Así mismo, indicó que existió una omisión por parte de la Secretaría de Salud Departamental, en cuanto aduce que ésta no verificó que se tratara de una segunda muestra la remitida por la E.S.E. Manuel Castro Tovar.

Señaló, además, que la conducta de las entidades demandadas fue negligente en tanto a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena no se practicó los exámenes médicos necesarios para emitir el diagnóstico definitivo, máxime si, en tratándose del diagnóstico de VIH, pueden presentarse falsos positivos, ya sea por causas originadas en el paciente o por situaciones relacionadas con la técnica de laboratorio.

Por último, en lo relacionado con la prueba para establecer la carga viral y los linfocitos CD4, argumentó que éstas solo indican la cantidad de virus en la sangre, lo que puede ser no detectable, y la evolución de la enfermedad, respectivamente, por lo que son exámenes que contribuyen a la decisión de iniciar o no el tratamiento antiviral y no son confirmatorias del diagnóstico.

2.5.- Problema jurídico

Corresponde a la Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Administrativo de Neiva el día 29 de junio de 2017, y a partir de ahí determinar si en el caso concreto el Departamento del Huila y la E.S.E Manuel Castro Tovar de Pitalito deben responder patrimonialmente por los perjuicios que reclaman los demandantes, cuyo origen deviene del diagnóstico de VIH que le fue establecido a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena cuando se encontraba embarazada de su primer hijo, y que fue posteriormente descartado cuando gestaba a su segundo bebé.

En ese orden, y atendiendo los cargos expuestos en el recurso de alzada, corresponde a la Sala establecer, **cuáles son los protocolos** en materia de pruebas para el diagnóstico del VIH, y **si en el primer embarazo** de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena **los mismos se cumplieron** o no por parte de las entidades demandadas, a fin de analizar si se configura una falla en el servicio que sea atribuible a las

entidades demandadas. En caso afirmativo, deberá dilucidarse si se encuentran probados los perjuicios reclamados en el libelo.

Para resolver el problema jurídico referenciado, se partirá de los hechos probados atendiendo la valoración de los siguientes elementos de convicción obrantes en el plenario.

2.6.1.- Hechos Probados

2.6.1.1.- Documentales

La Sala, atendiendo las precisiones señaladas en la Sentencia de Unificación de fecha 28 de agosto de 2013 del Consejo de Estado, en la medida que no fueron objeto de tacha, valorará las documentales aportadas por las partes con la demanda, su contestación y dentro del traslado de las excepciones propuestas por las entidades demandadas, así como las requeridas por el A quo para mejor proveer, pues se trata de pruebas decretadas y practicadas dentro de las oportunidades procesales.

A partir de los documentos obrantes en el proceso, se establece:

α) Las circunstancias relacionadas con el diagnóstico de VIH en el curso del embarazo de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena para el año 2007 y 2008, conforme a la historia clínica de la ESE Manuel Castro Tovar (fls. 36- y 357-443)

- De la Historia clínica prenatal se desprende que el 23 de noviembre de 2007 la señora Diana Marcela Garzón Valbuena contaba con 13 semanas de gestación, valoración en la que le ordenaron entre otros exámenes diagnóstico, "serología para VIH" (folio 36, 52, 425).

- El día 20 de diciembre de 2007 la señora Diana Marcela Garzón Valbuena acudió a la ESE MANUEL CASTRO TOVAR, con el fin de practicarse exámenes prenatales de primer trimestre de embarazo (fl. 42, 178).

- El 16 de enero de 2008 el Laboratorio de Salud Pública Departamental emitió resultado N° 3586-2008 de la prueba ITS - VIH – ELISA practicado a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena con resultado reactivo: 1,06 (fl. 269).

- El 4 de abril de 2008 fue emitido resultado del Laboratorio de Salud Pública, N° 3942-2008 análisis arroja como resultado: VIH – PRUEBA CONFIRMATORIA (WESTERN BLOT) POSITIVO (fl. 46, 100, 183).

- El 24 de abril de 2008 la paciente es valorada, dejándose la siguiente anotación (folio 382, 579):

“Nota: paciente a quien en controles previos reporte de Elisa HIV (+). Se solicitó prueba confirmatoria la cual es positiva y se decide iniciar y tratamiento antirretroviral, actualmente no trae laboratorios”

- Conforme a Epicrisis vista a folio 550, el 14 de mayo de 2008 la demandante ingresó al Hospital Departamental San Antonio de Pitalito “programada para cesárea por embarazo a término, alto riesgo obstétrico por VIH positivo. Se inician líquidos endovenosos, se ordena infusión de antirretrovirales AZT”.

- El 15 de mayo de 2008 se realiza procedimiento de cesárea a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena (folio 574). En las ordenes medicas se dispone examen de VIH al recién nacido para realizar antes del primer mes de edad. Se indica control por consulta externa ginecología en 8 días, continuar tratamiento antiretroviral en primer nivel, para el recién nacido continuar fórmula I 8x3 onzas. No lactancia materna (fl. 143-145).

- El 12 de junio de 2008 la señora Diana Marcela Garzón Valbuena es valorada por medicina general siendo remitida al Hospital Departamental San Antonio de Pitalito para valoración por "medicina interna - carga viral" (folio 379,549).

- El 20 de junio de 2008 valoración por medicina interna en el Hospital Departamental San Antonio de Pitalito, en el que se refiere WESTERN BLOT positivo desde el 20 de diciembre de 2007, no recibe manejo antiviral. "DX: Enfermedad x HIV no tratada. Plan: remisión a infectología nivel 3 manejo especializado, **carga viral y conteo de CD4** (fl. 547 y 549).

b) Las circunstancias relacionadas con diagnóstico de VIH en el curso del segundo embarazo de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena (2011 a 2012)

- El 22 de noviembre de 2011 a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, quien para esa data se encontraba en el segundo trimestre de embarazo, le fue practicada valoración de riesgo psicosocial para la práctica de prueba de VIH. En la consulta, la gestante, manifestó:

"(...) La señora manifiesta cuando tenía tres meses de gestación de su primer bebe se ordenaron exámenes y salió positivo VIH, se le hizo remisión al médico general para su respectiva valoración y tratamiento. El bebé nació por cesárea al mes y medio empezó a planificar con la inyección mensual durante tres años, pero presentó alteraciones de salud que le hicieron suspender, hace tres años que no se hace el tratamiento para el control del VIH/SDA. Manifiesta sentirse bien de salud, siente temor porque la manifestación de la enfermedad (VIH) la entidad de salud le manifiesta que le quitarían al bebe y ella no quiere que pase lo mismos ahora por eso está de nuevo en embarazo (fl. 59-62). Reconoce que debe cuidar su gestación que deben hacerse el tratamiento entiende que la enfermedad es contagiosa y reconoce los factores de riesgo, refiere que en el primer embarazo cuando se enteró de los resultados del examen por ese momento pensó en el suicidio.

La relación con la pareja es buena, él la apoya la motiva para que continúe con la vida normal porque para ella no es fácil no esperaba quedar embarazada, pero desea dar estabilidad a su relación.

Aceptabilidad de su estado de gestación y al riesgo por tener VIH positivo, conoce los factores de problema y de riesgos.

Se recomienda a la señora que le sugiera a la pareja que se haga la prueba de VIH.

(...) se le hizo consentimiento para se tome la prueba de VIH. se sugiere iniciar el tratamiento para prolongar la vida del bebe y de ella.”

- Reposan formatos de consentimiento informado para la realización de la prueba presuntiva o diagnóstica de VIH y formato de asesoría y post, prueba para VIH del 22 de noviembre de 2011 (43-44, 58, 60-61).

- La señora Diana Marcela Garzón Valbuena, con 29.4 semanas de embarazo, asiste a la E.S.E. Manuel Castro Tovar a control prenatal el 30 de noviembre de 2011, en el que se remite a segundo nivel para valoración por Ginecoobstetricia (folio 67-70).

- El 14 de diciembre de 2011 se expide resultado no reactivo para VIH (folio 78).

- El 11 de enero de 2012 la señora Diana Marcela Garzón Valbuena es atendida por Perinatología en el Hospital San Antonio de Pitalito (folio 156), ordenándose lo siguiente:

“SE TRATA DE UNA PACIENTE DE ALTO RIESGO POR SOSPECHA DE HIV (sic) EL CUAL ALPARECER NUNCA SEW (sic) CONFIRMÓ EN EL MOMENTO TOMARÁ NUEVA PRUEBA DE HIV (sic) Y WESTER BLOOT. SE SOLICITA HISTORIA”

- El 13 de enero de 2012 ASMET SALUD expidió a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena las autorizaciones correspondientes para la toma de muestra para VIH 1 y 2 anticuerpos, orden de servicio a nombre del prestador de servicios Claudia Julissa Falla Villegas, y prueba Western Blot al Laboratorio Surcolabi (folio 24 y 27).

- El 17 de enero de 2012 se expide resultado No. 357 para prueba VIH no reactiva (folio 102). En esa misma fecha la paciente es valorada por Perinatología en la E.S.E. Hospital San Antonio de Pitalito (folio 155) especialidad que establece lo siguiente:

"SE TRATA DE UNA PACIENTE DE ALTO RIESGO HIV (sic) CONFORMADO (sic) OIR W-B EN EL MOMENTO ASINTOMÁTICA, POR TAL MOTIVO SE DECIDE INICIAR MANEJO CON TERAPIA HAAR (AZT+LAMIBUDINA) SE SOLICITA CARGA VIRAL RECuento DE CD4-CD8, SE SOLICITA VALORACION POR INFECTOLOGÍA, SE PROGRAMA CESAREA + POMEROY PARA EL DÍA 30/01/2012, PARA REALIZAR PROCOLO CON TERAPIA ANTIRRETROVIRAL EV. SE SOLICITA VALORACION PO (sic) PSICOLOGÍA, SE DAN RECOMENDACIONES SIGNOS DE ALARMA Y CONSULTA"

- El 24 de enero de 2012 se expide resultado negativo para prueba Wester Blot por el Laboratorio Clínico Médico Colcan (folio 101).

c) Circunstancias posteriores a las atenciones médicas de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena

- Mediante oficio sin número del 18 de noviembre de 2014 (folio 263-264) el Secretario de Salud Departamental informó que en el caso de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, el día 27 de diciembre de 2007 el Laboratorio de Salud Pública recibió muestra proveniente de la ESE Manuel Castro Tovar del Municipio de Pitalito, con el fin de realizar el diagnóstico de infección por VIH.

Seguidamente explicó cuál es el protocolo del Instituto Nacional de Salud, en los siguientes términos:

"El diagnóstico de infección VIH se realiza dos pruebas presuntivas inmunoenzimáticas (IEA). La primera prueba positiva dará lugar a repetir la prueba con una técnica IEA de última generación. Las dos pruebas deben tener principios metodológicos o antigénicos distintos (Lisadoviral para primera generación, antígenos recombinantes, antígenos purificados o péptidos sintéticos en segunda y tercera generación); por lo menos una de las dos pruebas debe detectar anticuerpos HIV 1 y HIV 2. Independiente de la técnica TODOS los kits que se utilicen deben ser aprobados y tener registro Invima. Nunca el diagnóstico confirmatorio se realizará con pruebas de tamizaje. Si la segunda prueba presuntiva es positiva deberá confirmarse siempre con Western Blot. Sólo los laboratorios de Salud pública certificados por el Instituto Nacional de Salud, que en la actualidad participen en el programa de control de calidad del diagnóstico, podrán utilizar como alternativa de confirmación la prueba de inmunofluorescencia indirecta – IFI. (Ver página 26 Protocolo VIH INS 2007)"

Lo que quiere decir con lo anterior, es que ésta muestra venía con resultados positivos de las pruebas realizadas en el Laboratorio de la E.S.E. Manuel Castro Tovar y el laboratorio de salud pública procede a

realizar nuevamente estas pruebas como lo dice el protocolo del INS, resultando positivas. La técnica usada es una Elisa Genedia VIH de Abott laboratorios reactivo registrado en el INVIMA, la cual trae dos controles positivos y tres controles Negativos que garantizan los resultados del ensayo (ver anexo pruebas paciente las muestras número 3586 de enero de 2008).

Por lo anterior, refiere que se solicita segunda muestra de la paciente, la cual es recibida el día 26 de marzo de 2008, proveniente del laboratorio de la ESE Manuel Castro Tovar, y es procesada por la técnica de Western Blot el día 3 de abril del mismo año arrojando un resultado Positivo. Esta prueba Wester Blot es de la casa comercial Human y que cuenta con registro de INVIMA.

Se anexa para mayor información lo enunciado; hoja de llegada de muestra Elisa al laboratorio de salud pública, hoja de laboratorio, hoja de resultado Elisas, hoja de resultado Wester-blot, ficha epidemiológica de la paciente y además el protocolo de Vigilancia del evento VIH del Instituto Nacional de Salud año 2007”.

Con el informe en comento se allegó copia de los siguientes documentos (folio 265 a 274):

- Relación de las pacientes gestantes de la E.S.E Manuel Castro Tovar entre el 19 y el 26 de diciembre de 2007, entre ellas la de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena donde se identifica “Resultado” “3586-22”;
- Hoja de trabajo de laboratorio con fecha 16 de enero de 2008 donde se relaciona en una tabla el resultado “3586”;
- Hoja de resultados de pruebas Elisa donde se relaciona el resultado 3586 “POS”;
- Hoja de resultados del 16 de enero de 2008 expedida por el Laboratorio de Salud Pública de la Gobernación del Huila de prueba Elisa practicada a muestra tomada el 20 de diciembre de 2007 y recibida el 27 de diciembre de 2007 con resultado No. 3586-2008;
- Ficha epidemiológica de la paciente donde se indican los resultados de prueba Elisa No. 3586 y 22913; y,
- Protocolo de vigilancia de casos de VIH del Instituto Nacional de Salud para el año 2007.

- La E.S.E Hernando Moncaleano Perdomo a través de oficio calendado 12 de junio de 2017, allegó certificación expedida por el Coordinador del Área de Archivo de esa entidad, en la que hace constar que, realizada una búsqueda exhaustiva en la base de datos de Gestión Hospitalaria, no se encontró registro de atención a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena (fl. 444-445).

- A través de oficio calendado 15 de junio de 2017, la E.S.E Hospital Departamental San Antonio de Pitalito remitió la historia clínica de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena con su respectiva transcripción. En relación a los exámenes carga viral y conteo CD4 que "Se desconocen los resultados (...) que fueron solicitados, mas no realizados en esta institución" (fl. 472-593).

- El Instituto Nacional de salud a través de oficio remitió por correo electrónico del 14 de junio de 2017 (fl. 447-470), rindió el siguiente informe:

* Frente a las razones por las cuales **las pruebas de ELISA para VIH y Western Blot pueden reportar falsos positivos**, indicó:

"a) Resultados falsos reactivo/positivo para VIH inherente al paciente para la producción exacerbada de anticuerpos inespecíficos o de reacción cruzada en las siguientes situaciones:

- Personas con Anticuerpos anti HLA-DR4, DQw3
- Enfermedades reumatoides.
- Poliomielitis.
- Lupus erimatoso.
- Multitrasfundidos.
- Trasplantados renales.
- Multíparas.
- Infección por otros retrovirus.

b) Resultados falsos reactivo/positivo inherente a la técnica de laboratorio.

- La muestra, conjugado o sustrato no se ha añadido en los pocillos de la manera adecuada.
- El sustrato se ha contaminado con el conjugado.

- Contaminación con conjugados de otros ensayos.
- Las sondas del sistema de lavado están total o parcialmente obstruidas.
- El líquido de lavado no se ha aspirado totalmente y queda líquido en los pocillos.
- El fondo de los pocillos no está limpio y seco y si hay burbujas en la superficie del líquido antes de la lectura de las placas.
- Fallo de la lectura a la longitud de onda adecuada (450 nm) o no se ha utilizado la longitud de onda adecuada (entre 620 y 690 nm)" (fl. 447-448).

* En lo que atañe al **protocolo para la obtención y procesamiento de las muestras para VIH**, refirió que la técnica de Elisa es usada para la detección de anticuerpos (prueba de tercera generación) o antígeno o anticuerpos (prueba de cuarta generación) contra el VIH-1 del grupo M y O y VIH-2; mientras que la técnica de Western Blot para VIH-1 y 2, detecta anticuerpos de origen humano contra cada una de las proteínas del virus, siendo una prueba más específica que la técnica de Elisa.

Explicó que el uso previsto de la técnica de Western Blot para VIH es confirmar los resultados reactivos de los test del tamizaje para detección de anticuerpos de ELISA, ELFA, prueba rápida, etc. Al igual que la técnica de ELISA el resultado positivo se evidencia a través de reacciones enzimáticas produciendo la aparición de bandas en una membrana de nitrocelulosa.

Indicó que el tipo de muestra utilizada para la realización de dichas pruebas, es sugerida por el estuche de reactivos a utilizar con la que la casa comercializadora realizó un proceso de validación y las muestras o matrices más utilizadas son: suero, plasma, sangre seca en papel filtro, sangre total.

* En cuanto a la **validación de los resultados de la prueba Elisa**, señaló:

"Los resultados del ensayo son válidos si los controles cumplen con los siguientes criterios:

Control negativo: el promedio de las observancias del control negativo debe ser menor a 0.3. s. Si uno de los controles negativos es mayor de 0.150, exclúyalo y calcule la media a partir de los 2 replicados restantes.

Control Positivo: La observancia debe ser mayor a 0.8 por encima del valor del promedio de los controles negativos.

Si no se cumplen estos criterios el ensayo debe repetirse (...)” (fl. 448).

* Respecto al examen de **carga viral para VIH**, explicó:

“Es la detección de un segmento de ARN genómico viral del VIH tipo 1, en su mayoría, esta técnica se realiza a través de Reacción en Cadena Polimerasa en tiempo real (rt-PCR) lo que permite cuantificar el número de copias de ARN por ml de plasma... **esta técnica se recomienda como tercera prueba de desempate cuando dos técnicas serológicas inmunoenzimáticas (ELISA, ELFA, prueba rápida, etc), son no concordantes, es decir una es reactiva y la otra no, siendo muy útil en el diagnóstico durante el periodo de ventana inmunológica en la infección por VIH de tipo 1**, es decir cuando la persona infectada no ha producido la concentración suficiente de anticuerpos en sangre para su detección por técnicas serológicas inmunoenzimáticas (Elisa y Western blot). **También se ha incluido como tercera prueba obligatoria para confirmar el diagnóstico en mujeres embarazadas, independientemente de si las dos primeras técnicas inmunoenzimáticas son concordantes o no...**” (Destacado del despacho) (fl. 451).

Afirma que según la Guía de práctica clínica (GPC) basada en la evidencia científica para la atención de la infección por VIH/Sida en adolescentes (con 13 años de edad o más) y adultos del año 2014, las pruebas de carga viral se realizan al paciente cuando ingresa al programa de atención integral para VIH, cada seis meses antes del tratamiento antirretroviral, a los dos meses de inicio del tratamiento antirretroviral o cuando se modifique el tratamiento, cada seis meses después del inicio del tratamiento antirretroviral o según criterio médico ante sospecha de fracaso virológico para descartar viremas transitoria (blip).

* En relación al **conteo de células CD4**, señala lo siguiente:

“... son aquellas que expresan una proteína receptora llamada CD4 en la membrana celular. En el torrente sanguíneo estas células corresponden en su mayoría a los linfocitos T ayudadores. El recuento de estas células en una persona no infectada por VIH oscila entre 450 Y 1600 células por ml. Por ser blanco de replicación viral los linfocitos T CD4 sufren un proceso de muerte celular por lo cual su número se ve reducido cuando los pacientes se encuentran en fase de SIDA. Esta técnica se utiliza para establecer la evolución y estadio clínico del paciente y no se recomienda para el tamizaje y confirmación de la infección por VIH” (fl. 451 vto.).

Aduce que, según la Guía de práctica clínica (GPC) basada en la evidencia científica para la atención de la infección por VIH/Sida en

adolescentes (con 13 años de edad o más) y adultos del año 2014, cuando el paciente ingresa al programa de atención integral para VIH, el conteo de linfocitos T CD4 se realiza cada seis meses antes del tratamiento antirretroviral; al inicio del tratamiento antirretroviral; cuando se modifique el tratamiento o según criterio médico.

* En cuanto a la **idoneidad de las pruebas ELISA GENEDIA VIH de Abbot Laboratorios y Western Blot de la casa comercial Human**, y si las mismas se encontraban registradas en el INVIMA, indicó que en la página web de esta entidad no figura información frente a la prueba Western Blot, no obstante, en relación a la prueba Elisa para diagnóstico de VIH –GENEDIA-, señala que reposa la página web del Invima www.invima.gov.co, la siguiente información:

“3.2. A solicitud de la Subdirección de Registro Sanitario, proceder a la revisión del reactivo de diagnóstico in vitro GENEDIA HIV Ag/Ab ELISA con expediente número 199773192 realizada mediante oficio con radicado No. 2006076882 de fecha 08/11/2006 por ICOSAN INTERNACIONAL LTDA” “CONCEPTO: La sala especializada APRUEBA el producto GENEDIA HIV Ag/Ab ELISA, para su uso en banco de sangre y laboratorio clínico”.

2.6.1.3.- Pruebas testimoniales

En la instancia procesal correspondiente se decretó la recepción de los testimonios de los señores María Amparo y Segundo Edilberto Ordoñez Urbano; Edwin Jair Cerón Silva, en su calidad de hermanos y cuñado del demandante Miguel Ordoñez Urbano; (fl. 318-322)

Bajo estas precisiones, y teniendo en cuenta que los testimonios no fueron tachados por la entidad demandada, la prueba testimonial será valorada, por lo que a continuación se precisarán las circunstancias expuestas por cada uno de los testigos y relevantes para la solución del caso concreto, así:

La testigo **María Amparo Ordoñez Urbano** comentó que luego de su primer control de embarazo su cuñada Diana Marcela Garzón Valbuena regresó del Hospital llorando, y al preguntarse los motivos a su hermano - Miguel Ordoñez Urbano- éste le respondió que el hijo que estaba por nacer tenía VIH SIDA.

Afirmó que durante la gestación la señora Diana Marcela Garzón Valbuena debía tomarse unas pastas muy fuertes que le provocaban debilidad y le hacían expectorar sangre. Además, indicó que le hicieron cesárea y no pudo dar de lactar al niño.

Aseguró que fue una tragedia muy dura, que su hermano Miguel Ordoñez Urbano intentó quitarse la vida; la familia y las demás personas, luego que se enteraron de la situación, comenzó a rechazar a la pareja, quienes trabajaban recogiendo café pero que después de la enfermedad no les daban trabajo.

Afirmó que Miguel Ordoñez Urbano y Diana Marcela Garzón Valbuena se separaron por unos días, aproximadamente un mes o mes y medio, porque se recriminaban mutuamente por el diagnóstico entregado, incluso su hermano negó el niño y se fue por un tiempo porque no le daban trabajo.

Indicó que cuatro (4) años más tarde Diana Marcela Garzón Valbuena quedó nuevamente en embarazo, momento en el que se enteró que no tenía VIH.

Al preguntarle si tenía conocimiento que a Diana Marcela Garzón Valbuena se le hubieren ordenado nuevos exámenes para el manejo de la enfermedad, refirió que no, que la demandante no contó asistencia o colaboración por parte de EMCOSALUD o de la ESE Manuel Castro Tovar, mucho menos asistencia psicológica para el manejo de la enfermedad.

Señaló que la señora Diana Marcela Garzón Valbuena iba a los controles prenatales y eran los vecinos quienes le llevaban los medicamentos parte del centro de salud.

Por su parte, el testigo **Segundo Edilberto Ordoñez Burbano** explicó que, aproximadamente unos ocho (8) o nueve (9) años atrás, una hermana le informó llorando que Diana Marcela Garzón Valbuena tenía SIDA, momento en el que comenzó su rechazo hacia su hermano y su cuñada por la enfermedad.

Señaló que en una oportunidad su hermano Miguel Ordoñez Urbano le pidió que lo matara, o él mismo lo hacía, porque no quería sufrir; y que Diana Marcela Garzón Valbuena también le expresaba que quería quitarse la vida.

Expresó que antes de enterarse de la enfermedad, Miguel Ordoñez Urbano y Diana Marcela Garzón Valbuena vivían muy bien pero que después que recibieron la noticia todo cambió, el salía y tomaba y la trataba mal; los vecinos los rechazaban y que a su hermano le tocó irse a trabajar a otro lugar.

Al cuestionarle si tenía conocimiento que la señora Diana Marcela Garzón Valbuena comenzó tratamiento para la enfermedad, refirió que las doctoras bajaban hasta la escuela y la citaban para entregarle unos medicamentos.

Anotó que tres (3) años después, Diana Marcela Garzón Valbuena resultó otra vez embazada y fue cuando se enteró que no tenía la enfermedad.

El testigo **Edwin Jair Cerón Silva** afirmó que a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena le dieron medicamentos y fue muy duro porque le sentó mal, porque eran unas pastas grandes.

Indicó que cuando nació el niño, la demandante no podía amamantarlo que fue su señora quien amamantó al hijo de Diana Marcela Garzón Valbuena; que el señor Miguel Ordoñez Urbano dijo que le cerraban las puertas de trabajo, y que la pareja estuvo separada varios días.

El testigo afirmó que la señora Diana Marcela Garzón Valbuena nuevamente quedó embarazada, y que con miedo acudió a hacerse los exámenes, momento en que se enteró que no tenía esa enfermedad.

Refirió que los vecinos los hacían a un lado después que se enteraron de la enfermedad de Diana Marcela Garzón Valbuena. Recuerda que unas enfermeras de nombres Amparo y Marina, visitaban y asistían a la demandante durante su enfermedad, y que a través de la comunidad le hicieron llegar unas para tratar su enfermedad.

2.7.- Los elementos de la responsabilidad

Conforme lo ha enseñado el Consejo de Estado⁴, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En efecto, para que proceda la responsabilidad del Estado, deben concurrir los elementos demostrativos de la existencia de **i)** un daño o lesión de naturaleza patrimonial o extra patrimonial, cierto y determinado –o determinable–; **ii)** una conducta activa u omisiva, jurídicamente imputable a la administración; y **iii)** una relación o nexo de causalidad entre ambas, es decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción u omisión de la autoridad pública de que se trate.

La responsabilidad extracontractual del Estado, entonces, se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación, tanto desde el ámbito fáctico, como desde el punto de vista jurídico, aspectos que serán tenidos en cuenta por la Sala para resolver el presente caso concreto. La antijuridicidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, respecto a la cual, una vez verificada su existencia, se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada. Así que una vez constatado el daño como violación a un interés legítimo y determinada su antijuridicidad, se analiza la posibilidad de imputación a las entidades demandadas

2.7.1.- El Daño Antijurídico en el caso concreto

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional señala que la "(...) *antijuridicidad del*

⁴ Ver, entre otras, sentencia proferida el 16 de mayo de 2016, por la Subsección “C” de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, al interior del proceso 2003-01360 (31327) C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

*perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima*⁵. Dicho daño, además, tiene como características que debe ser **i) cierto, ii) presente o futuro, iii) determinado o determinable, iv) anormal** y que se trate de una **v) situación jurídicamente protegida**.

En el presente caso la parte demandante hizo consistir el daño antijurídico en el deterioro moral que sufrieron el señor Miguel Ordoñez Urbano y la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, como consecuencia del diagnóstico de VIH que le fue establecido a esta última durante los controles prenatales de su primer embarazo en el año 2007 a partir de las pruebas de tamizaje y confirmatoria para dicha patología, lo cual, se dice en la demanda, condujo a la alteración de las condiciones de pareja en la familia Ordoñez Garzón; conllevó a un trato discriminatorio por parte de la comunidad y de la familia de la pareja; y produjo un grave deterioro en la salud de la gestante en razón de episodios de depresión y negación a raíz del diagnóstico, el cual fue posteriormente descartado durante el curso del embarazo de su segundo hijo en el año 2012.

Tal y como se desprende de la prueba documental obrante en el proceso, se acredita que en los resultados de las pruebas de tamizaje y confirmatoria practicadas a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena durante su primer y segundo embarazo muestran diferencia, pues en el primero se detectó la presencia del virus de inmunodeficiencia adquirida en la gestante, y en el último evento, dicho diagnóstico fue descartado.

Ahora bien, a partir de la historia clínica allegada al expediente y de la prueba testimonial recepcionada en el curso del proceso, se encuentra demostrado que la víctima directa, esto es, la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, padeció de manera directa la angustia de saber que era portadora del virus del VIH y la posibilidad de transmitir dicha patología a su primer hijo por nacer, lo que, además de causarle cuadro

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

depresivo, produjo la alteración de su relación de pareja con su compañero permanente - Miguel Ordoñez Urbano-.

Al respecto, los testigos señalaron que la señora Diana Marcela Garzón Valbuena-, una vez tuvo conocimiento del resultado positivo para VIH a partir de las muestras tomadas el 20 de diciembre de 2007, sufrió gran tristeza, que en términos del declarante Segundo Edilberto Ordoñez Burbano, conllevó a que la gestante manifestara su intención de no querer vivir más, circunstancia que ésta puso de presente en la valoración del 22 de noviembre de 2011 por psicología, para la práctica de la prueba Elisa en el curso de su segundo embarazo, al indicar que en el primero “cuando se enteró de los resultados del examen, para ese momento pensó en el suicidio” (folio 59).

Así mismo, la aquí demandante y su pareja padecieron el deterioro temporal de su relación, pues luego de conocer los resultados de la prueba de VIH se separaron dado que se culpaban mutuamente de la situación. En tal sentido, los testigos son coincidentes en señalar que la relación entre la señora Diana Marcela Garzón Valbuena y el señor Miguel Ordoñez Urbano cambió desde la noticia de la enfermedad, al punto que éste último dejó el hogar por espacio de un mes aproximadamente.

De igual manera, la prueba testimonial da cuenta del rechazo a que fueron sometidos los señores señora Diana Marcela Garzón Valbuena y el señor Miguel Ordoñez Urbano por parte de familiares y vecinos, luego se tiene por acreditada la afectación moral derivada de la discriminación a que fueron sometidos en virtud de la condición médica de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena⁶.

⁶ Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que las personas portadoras de VIH/SIDA se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, lo que implica la necesidad de brindarles una protección especial, toda vez que es una enfermedad que, por una parte, pone a quienes la padecen en la mira de la sociedad, exponiéndolos a discriminación a partir de los prejuicios existentes alrededor de este padecimiento y, por otra parte, se traduce en un estado permanente de deterioro médico, de tal forma que son merecedores de un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Ver Sentencias T-513 de 2015 y T-033 de 2018.

De ahí que, a criterio de la Sala el daño moral sufrido por los demandantes se vislumbra acreditado, en la medida que están demostradas las afecciones en el ámbito moral y de las condiciones familiares y sociales que tuvo que padecer la señora Diana Marcela Garzón Valbuena y su compañero permanente una vez tuvieron conocimiento que la gestante estaba infectada por el virus del VIH, diagnóstico que a la postre, resultó descartado tres años después, en el curso de su segundo embarazo.

2.7.1.- Análisis de imputación en el caso concreto

Ahora bien, es menester establecer si el daño a que se acaba de hacer referencia es imputable a la entidad demandada, y en tal sentido debe precisar la Sala que en relación a los casos que giran en torno a la responsabilidad extracontractual del Estado por error en el diagnóstico, el Consejo de Estado⁷ ha sostenido, que *"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"*⁸

Es así que la jurisprudencia del órgano cierre de esta jurisdicción ha precisado que en los eventos en los que se demanda la reparación de un daño derivado de la actividad médica por error de diagnóstico, la parte actora tiene la carga de demostrar que el servicio médico no se prestó adecuadamente porque⁹ *"i) El profesional de la salud omitió interrogar al paciente o a su acompañante sobre la evolución de los*

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Sentencias del 2 de mayo de 2016. Exp.36.517 y 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub sección B, sentencia de 31 de mayo de 2013, radicación interna 31724, C. P. Dr. Danilo Rojas Betancourth.

⁹ Sentencia del 18 de mayo de 2017, Radicación número: 76-001-23-31-000-2003-03842-01 (35.613), Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

síntomas que lo aquejaban”; “ii) El médico no sometió al enfermo a una valoración física completa y seria”; “iii) El profesional omitió utilizar oportunamente todos los recursos técnicos y científicos a su alcance para determinar con precisión cuál es la enfermedad que sufre el paciente”¹⁰; “iv) El médico 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”¹¹; “v) El galeno interpretó indebidamente los síntomas que presentó el paciente”¹²; “vi) Existe una omisión de la práctica de los exámenes que resultaban indicados para el caso concreto”¹³.

Lo anterior, en razón a que la importancia del diagnóstico radica en que a partir del mismo se plantea el tratamiento a seguir, de manera que una equivocación cometida en esta etapa, la mayoría de las veces tiene como consecuencia también un error en el tratamiento¹⁴, por lo tanto, la falla en el servicio por error del diagnóstico de una enfermedad, patología u anomalía, que afecte la salud de las personas, surge a partir de la falta, precariedad o insuficiencia del servicio médico prestado.

De ahí 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

¹⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816. Posición reiterada en sentencia del 3 de octubre de 2016. Exp. 40.057

¹¹ Al respecto, la doctrina ha señalado que el error inexcusable no es cualquier error, sino aquél “objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase. En consecuencia, si el supuesto error es de apreciación subjetiva, por el carácter discutible del tema o materia, se juzgará que es excusable y, por tanto, no genera responsabilidad”. Alberto Bueres, citado por Vásquez Ferreyra, Op. Cit., p. 121.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia de 22 de enero de 2014. Exp. 28.816

¹³ Ibídem.

¹⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000 Exp.11878: “Puede afirmarse que el diagnóstico es uno de los principales momentos de la actividad médica, pues a partir de sus resultados se elabora toda la actividad posterior conocida como tratamiento propiamente dicho. De allí que el diagnóstico se termina convirtiendo en un elemento determinante del acto médico, ya que del mismo depende el correcto tratamiento o terapéutica. Cronológicamente el diagnóstico es el primer acto que debe realizar el profesional, para con posterioridad emprender el tratamiento adecuado. Por ello bien podría afirmarse que la actividad médica curativa comprende dos etapas. La primera constituida por el diagnóstico y la segunda por el tratamiento. (...)” Tesis reiterada en reiterada en las sentencias de 27 de abril de 2011, exp.19.846; 10 de febrero de 2011, exp.19.040; 31 de mayo de 2013, exp.31724; 9 de octubre de 2014, exp.32348; y 2 de mayo de 2016. Exp.36.517

del servicio de salud, que conduzca, sin asomo a duda, al error en el diagnóstico de la enfermedad y en la valoración del paciente.

Descendiendo al caso concreto, la parte demandante pretende derivar responsabilidad del Departamento del Huila y de la E.S.E Manuel Castro Tovar por los daños y perjuicios de índole material, moral y daño a la vida de relación, ocasionados a los demandantes como consecuencia del diagnóstico positivo para VIH informado a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena en el año 2007 cuando se encontraba embarazada de su primer hijo, el cual fue descartado en el año 2012 durante su segunda gestación, pues los resultados en esta oportunidad no fueron reactivos para el virus en comento.

Al respecto, es preciso señalar que el Decreto 1543 de 1997 (junio 12), "Por el cual se reglamenta el manejo de la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH), el Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA) y las otras Enfermedades de Transmisión Sexual (ETS)" establece los principios y las normas pilares sobre el manejo del VIH, tales como el consentimiento informado, la confidencialidad y la no discriminación. Adicionalmente, regula todo lo relativo con el diagnóstico, las pruebas de VIH, la entrega de resultados, entre otros puntos de la atención en VIH en Colombia.

En materia de pruebas diagnósticas para VIH, el artículo 2º del citado Decreto 1543 de 1997 define la prueba presuntiva como el examen de laboratorio que indica posible infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) en una persona, y cuyo resultado en caso de ser reactivo, requiere confirmación por otro procedimiento de mayor especificidad. Así mismo, la norma en comento puntualiza que la prueba diagnóstica suplementaria, consiste en el examen de laboratorio de alta especificidad aceptado por la autoridad competente, mediante el cual se confirma la infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH).

El artículo 4° del mismo decreto establece los objetivos de las pruebas de laboratorio para el apoyo diagnóstico de la infección por el Virus de la Inmunodeficiencia Humana (VIH), entre otros, para “a) Confirmación de sospecha clínica de la infección por VIH por parte de un profesional de la medicina, con el consentimiento informado de la persona”, y el artículo 5° ibídem, menciona que las pruebas presuntiva y suplementaria de infección por el Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) previa consejería, se realizarán en laboratorios públicos o privados que cumplan los requisitos y normas de calidad establecidas por la Red Nacional de Laboratorios.

Por otra parte, de conformidad a la “GUÍA PARA EL MANEJO DE VIH/SIDA BASADA EN LA EVIDENCIA COLOMBIA”¹⁵ del Ministerio de Salud adoptada mediante Resolución No. 3442 de 2006 (septiembre 22), en lo que atañe a la interpretación de pruebas, la guía explica el flujograma para el diagnóstico de la enfermedad en los siguientes términos:

“Si el resultado de la prueba de tamizaje para VIH es no reactivo (negativo) se considera que el individuo no está infectado, salvo en los casos en que se sospeche una infección reciente por posible exposición de riesgo en los seis meses previos a la prueba. Dada la altísima sensibilidad, no necesita repetirse las pruebas en individuos sin posible exposición reciente.

En individuos con una historia reciente de exposición a VIH o exposición de riesgo, no se puede excluir la infección sin hacer seguimiento hasta seis meses después de ocurrida dicha exposición.

Si el resultado es reactivo (positivo) se repite la prueba de tamizaje, con nueva muestra.

Si las dos pruebas de tamizaje son reactivas se debe confirmar el resultado mediante la realización de una prueba confirmatoria.

Si la prueba de tamizaje repetida es no reactiva (negativa), se debe repetir nuevamente la prueba de tamizaje.

Si la tercera prueba de tamizaje es reactiva (es decir, dos de tres pruebas reactivas/positivas) se debe confirmar el resultado mediante una prueba confirmatoria.

¹⁵<https://www.minsalud.gov.co/Documentos%20y%20Publicaciones/GUIA%20PARA%20EL%20MANEJO%20DE%20VIH%20SIDA.pdf>

Si la tercera prueba resulta no reactiva (negativa), el paciente se puede manejar como presuntivo negativo y no requiere prueba confirmatoria.

Si la prueba confirmatoria es positiva se considera al individuo como infectado por VIH.

Algunas veces, individuos doblemente reactivos/positivos por pruebas de tamizaje tienen pruebas confirmatorias indeterminadas debido a una respuesta incompleta ante la infección por VIH o reacciones inespecíficas en personas no infectadas.

La mayoría de personas con Western Blot indeterminado e infectadas con VIH desarrollan anticuerpos detectables al mes. En estos casos se debe recolectar una segunda muestra después de unos tres meses para repetir la prueba de Western Blot.

Si la prueba continúa indeterminada después de uno a tres meses es muy poco probable que el individuo tenga infección por VIH y se debe considerar como no infectado a menos que haya tenido exposiciones recientes de riesgo.

Para evitar diagnósticos equivocados como resultado de errores en el manejo de la muestra, se recomienda que se hayan tomado al menos dos muestras de sangre diferente del mismo paciente a lo largo del proceso diagnóstico (v.g. una muestra para prueba de tamizaje inicial, una segunda muestra para prueba de tamizaje repetida y prueba confirmatoria; o una muestra para prueba de tamizaje inicial y repetida y una segunda muestra para prueba confirmatoria).

Solamente en circunstancias excepcionales (neonato-lactante, síndrome retroviral agudo o agamaglobulinemia, excepcionalmente en la gestante) se debe utilizar como alternativa un método de detección de ácido nucleico (ARN viral ó método de amplificación de ADN proviral), teniendo en cuenta la frecuencia alta de falsos positivos y el costo (ver indicaciones).

No se recomienda realizar Western Blot sin haber hecho antes las pruebas de tamizaje."

Así mismo, la guía en comento establece que la infección por VIH en pacientes embarazadas tiene varias particularidades que la hacen una entidad en sí misma, así, su principal característica es la transmisión perinatal del VIH, esto es, la posibilidad de afectar al producto de la gestación con el virus propiamente dicho o con efectos tóxicos y/o teratogénicos derivados de los medicamentos antirretrovirales, de ahí que los objetivos del manejo de la mujer embarazada con infección por VIH son el control de la infección para prevenir progresión en la madre y transmisión al producto, minimizando el riesgo de toxicidad en la madre y en el que está por nacer, y el riesgo de malformaciones de éste último.

La precitada guía dispone que, en materia de gestantes, las instituciones prestadoras de servicios, deben seguir las siguientes recomendaciones:

"1. El prestador debe realizar sin excepción la asesoría y ofrecer la prueba de tamizaje (ELISA o prueba rápida), en el primer trimestre de embarazo o durante el primer control prenatal a todas las mujeres (IA).

2. La estrategia de ofrecimiento y realización de la prueba recomendada es la siguiente: el profesional de la salud efectúa la asesoría pre-prueba, mencionando que se recomienda realizar la prueba toda gestante y que ella tiene la opción de aceptar o rehusar, firmando un documento. Aquellas que acepten realizarse la prueba deben firmar el consentimiento informado. Aquellas que no acepten deben firmar el documento de no aceptación (ver anexo). Lo anterior implica que el 100% de las mujeres embarazadas deben tener documentación escrita en la historia clínica del proceso de asesoría y el ofrecimiento de la prueba, así como del desenlace de dicho proceso (aceptación o rechazo) (IIIB).

3. La prueba debe repetirse en el tercer trimestre en las siguientes circunstancias: historia de ITS, presencia de signos y síntomas sugestivos de infección aguda por VIH, uso de drogas intravenosas o sustancias psicoactivas, trabajo sexual, varios compañeros sexuales durante el embarazo, compañero sexual VIH positivo. Adicionalmente, la prueba debe ofrecerse en el tercer trimestre a mujeres que no hayan aceptado en el primer trimestre o durante controles prenatales previos (IIB).

4. En mujeres que se presentan en trabajo de parto y no tienen prueba de tamizaje previa durante el embarazo, se debe realizar asesoría y ofrecer una prueba rápida de tamizaje (IIA).

5. Las pruebas rápidas utilizadas para diagnóstico deben tener una sensibilidad superior al 99% y una especificidad superior o cercana al 98% (IIIB), idealmente corroborada por estudios con iniciativa externa a las compañías fabricantes

6. Excepto cuando el parto sea inminente, confirme el diagnóstico (con Western Blot o IFI) antes de decidir iniciación del tratamiento (ver indicaciones de tratamiento en la sección de terapia antirretroviral y embarazo)."

Según la misma guía, el objetivo primordial de la terapia antirretroviral durante la gestación es reducir los niveles de ARN viral para disminuir el riesgo de transmisión vertical (transmisión perinatal), siendo el esquema de profilaxis más aceptado el empleo de zidovudina (AZT) ante, intra y postparto, tratamiento que debe iniciarse "luego de terminar el primer trimestre en todas las pacientes gestantes independientemente del

recuento de CD4, del nivel de carga viral y de la presencia o ausencia de síntomas”.

Por otro lado, señala que una manera de reducir la transmisión perinatal es la cesárea electiva, esto es, la realizada antes del inicio del trabajo de parto o de una ruptura de membranas, y que ésta se practique a las 38 semanas, pues disminuye significativamente la transmisión vertical en comparación con la cesárea de urgencia o el parto vaginal, particularmente en pacientes con carga viral > 1.000 copias/ml cerca al tiempo del parto. Agrega que tres horas antes de la cesárea electiva debe iniciarse AZT intravenosa y si la paciente está tomando medicación antirretroviral durante el embarazo, ésta no debe interrumpirse en el momento de la cirugía.

Descendiendo al caso concreto la parte actora cuestiona que en el curso del primer embarazo de la señora Diana Carolina Garzón Valbuena no se cumplieron los protocolos establecidos para el diagnóstico de VIH, pues afirma que a la paciente solo se le tomó una muestra para la práctica de la prueba de tamizaje, a pesar de que el resultado de la primera prueba es reactivo (positivo), por lo tanto, debió repetirse la prueba de tamizaje con una nueva muestra, para luego, y que en caso que las dos sean reactivas confirmarse mediante una prueba confirmatoria para evitar diagnósticos equivocados.

Por lo que, se hace necesario partir de lo expresado en la GUÍA PARA EL MANEJO DE VIH/SIDA BASADA EN LA EVIDENCIA COLOMBIA” del Ministerio de Salud adoptada mediante Resolución No. 3442 de 2006 analizada en precedencia, de la cual puede concluir la Sala que el protocolo para practicar las pruebas de VIH, en términos generales es el siguiente:

- Prueba inicial de tamizaje, si es reactiva, se repite la prueba de tamizaje, con nueva muestra, y si esta última también es reactiva, se debe practicar la prueba confirmatoria.

- Si la prueba de tamizaje repetida es no reactiva (negativa), se debe repetir nuevamente la prueba de tamizaje (tercera prueba).

A) Si el resultado de la tercera prueba es reactiva para VIH, se debe practicar la prueba confirmatoria, que de ser positiva se considera al individuo como infectado por VIH.

B) Si la tercera prueba de tamizaje es negativa, no requiere prueba confirmatoria y el paciente debe manejarse como presuntivo negativo.

- Si la prueba de tamizaje inicial es positiva y la repetida también, pero la prueba confirmatoria es indeterminada, se debe recolectar una segunda muestra después de uno a tres meses para repetir la prueba de Westen Blot.

Así mismo, de la guía se extrae que el protocolo para practicar las pruebas de VIH y el inicio de tratamiento antirretroviral cuando se trata de mujeres gestantes, es el siguiente:

- Prueba de tamizaje en el primer trimestre de embarazo o durante el primer control prenatal.
- La prueba debe repetirse en el tercer trimestre en las siguientes circunstancias: historia de ITS, presencia de signos y síntomas sugestivos de infección aguda por VIH, uso de drogas intravenosas o sustancias psicoactivas, trabajo sexual, varios compañeros sexuales durante el embarazo, compañero sexual VIH positivo; y en el evento que la mujer embarazada no haya aceptado la práctica de la prueba en el primer trimestre o durante controles prenatales previos.
- En mujeres que se presentan en trabajo de parto y no tienen prueba de tamizaje previa durante el embarazo, se debe realizar

asesoría y ofrecer una prueba rápida de tamizaje (IIA).

- Antes de decidir el inicio del tratamiento antirretroviral debe practicarse prueba confirmatoria.
- Luego de terminar el primer trimestre debe iniciarse el tratamiento antirretroviral en todas las pacientes gestantes independientemente del recuento de CD4, del nivel de carga viral y de la presencia o ausencia de síntomas

Precisado lo anterior, y respecto del caso concreto observa la Sala que de acuerdo a la historia clínica de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, y conforme el protocolo antes descrito, esta asistió al primer control prenatal en el primer trimestre del embarazo, y el 20 de diciembre de 2007 (folios 42,178), le fue tomada una muestra para la práctica de los exámenes respectivos, entre ellos, la prueba de tamizaje Elisa, presuntiva para VIH; pues a las mujeres embarazadas se les debe practicar la prueba de tamizaje en el primer trimestre, luego se encuentra demostrado que frente a la este primer aspecto, se cumplieron los parámetros respectivos.

Según informe rendido por el Secretario de Salud Departamental del Huila el 18 de noviembre de 2014 (folio 263-264), la muestra tomada a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena el 20 de diciembre de 2007 en la E.S.E Manuel Castro Tovar, contaba con resultados positivos de las pruebas de tamizaje Elisa realizadas por esa entidad, siendo remitidas al Laboratorio de Salud Pública Departamental el 27 de diciembre de 2007, por lo que fue expedido resultado No. 3586-2008, el cual fue positivo para VIH bajo la técnica ELISA (prueba de tamizaje) el día 16 de enero de 2008, tal y como se vislumbra a folio 269.

Atendiendo el protocolo para la práctica de pruebas diagnósticas de VIH, cuando la prueba de tamizaje es positiva debe realizarse, con una nueva muestra, una segunda prueba de esa misma índole (ELISA), sin embargo, revisado el expediente no se encuentra demostrado que a la

señora Diana Marcela Garzón Valbuena le hubieren practicado una segunda muestra para prueba de tamizaje tal y como lo disponen los protocolos de diagnóstico de VIH, es decir, que con una nueva muestra se realizará la segunda prueba de tamizaje, pues conforme lo manifestado por el Secretario de Salud Departamental, la practicada por el Laboratorio de Salud Pública Departamental se realizó respecto de la muestra tomada el 20 de diciembre de 2007.

Pese a que el Secretario de Salud es enfático en señalar que las muestras recibidas de la señora Diana Marcela Garzón y tomadas el 20 de diciembre de 2007 contaban con controles positivos para VIH, tal aseveración no tiene la entidad suficiente para tener acreditado que a la paciente se le tomó una nueva muestra para ser procesada bajo la técnica ELISA como segunda prueba para verificar el diagnóstico reactivo inicial, toda vez que dentro del proceso no se encuentra demostrado que efectivamente a la paciente se le hubiere tomado una muestra posterior a la del 20 de diciembre de 2007 y que a partir de esa segunda muestra se realizará la segunda prueba de tamizaje.

Igualmente, si bien el citado funcionario afirma que el Laboratorio de Salud Pública Departamental requirió a la E.S.E Manuel Castro Tovar una nueva muestra de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, y que fue recibida el 26 de marzo de 2008, lo cierto es que dentro del proceso no obra prueba de la cual se pueda advertir dicha circunstancia y en todo caso, pese a que asegura que tal muestra fue procesada el día 3 de abril del mismo año, no señala que se hiciera bajo la técnica ELISA como segunda prueba de tamizaje, sino como prueba Western Blot de la casa comercial Human, como confirmatoria.

Conforme a lo señalado en precedencia, la prueba Wester Blot constituye una prueba confirmatoria, y ésta se practica en el evento que tanto la prueba inicial de tamizaje como la repetida sean reactivas.

En consecuencia, al no haberse probado que se llevó a cabo una segunda muestra para tamizaje, luego de que la primera resultó

reactiva, se desconoce el protocolo para el manejo del VIH y se manifiesta la errada actuación en la que incurrieron las entidades demandadas al tener por confirmado un diagnóstico de VIH sin adelantar el procedimiento indicado por los protocolos del caso, que precisan que la prueba de tamizaje inicial con resultado positivo debía verificarse con una segunda prueba de tamizaje sobre una nueva muestra, y a partir del resultado respectivo, de haber sido reactivo para el virus en los dos eventos, proceder a la prueba confirmatoria Wester Blot.

De lo antes expuesto, puede concluir la Sala que le asiste razón a la parte demandante y recurrente en cuanto afirma que a partir de los hechos probados puede señalarse que la E.S.E. demandada solo le tomó una muestra de sangre a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena y que en relación a la misma se le realizó una prueba inicial de tamizaje por parte de esa entidad, sin que se vislumbre que la práctica de la segunda prueba de tamizaje se haya realizado sobre **una segunda muestra, distinta a la tomada el 20 de diciembre de 2007**, ya que si bien se realizó una segunda prueba de tamizaje por salud pública, esta precisa que lo fue con respecto a la muestra tomada el 20 de diciembre de 2007, misma que sirvió de base para la primera prueba de tamizaje en la respectiva ESE.

En efecto, en el presente caso, lo que surge del material probatorio es que una vez se realizó la toma de sangre inicial, la siguiente prueba de tamizaje fue practicada sobre la misma muestra del 20 de diciembre de 2007 y que dio resultado reactivo para VIH por medio de la prueba de tamizaje ELISA, el cual se constituyó en un falso positivo teniendo en cuenta que en el curso del segundo embarazo de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, los resultados de las pruebas de tamizaje y confirmatoria, arrojaron no reactivo para el virus, tal y como se desprende de la documental vista a folios 78 y 101 del expediente.

Al respecto, el Instituto Nacional de salud en el informe rendido en el curso del proceso y obrante de folio 447 a 470, señaló que si bien las

pruebas de laboratorio son bastante confiables, algunos resultados podrán ser “Falsos Positivos”, por causas inherentes al paciente, por ejemplo cuando se trata de personas con Anticuerpos anti HLA-DR4, DQw3; con enfermedades reumatoides, poliomielitis o con lupus erimatoso; y en pacientes multitrasfundidos, trasplantados renales, multíparas o con Infección por otros retrovirus; circunstancias que no se encuentran demostradas en el sub lite.

Así mismo la autoridad en salud señala que los “Falsos Positivos” también pueden presentarse por causas atribuibles a la técnica de laboratorio empleada en el manejo de las muestras, y en ese sentido, debe precisar la Sala que en el presente asunto el resultado inexacto obtenido en el caso de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena tampoco radica en esta circunstancia, pues no obra prueba que lo corrobore.

Sin embargo, lo que se encuentra probado es que los protocolos para el diagnóstico de VIH en aras de obtener resultados exactos y confiables, no fueron seguidos como corresponde para la práctica de la prueba Elisa, pues debe recalcarse que ante el primer resultado de tamizaje reactivo para la demandante se hacía necesaria la práctica de un segundo examen de tamizaje, el que si bien se cumplió, no lo fue con respecto a una nueva muestra distinta a la tenida en cuenta para la primera, por lo que a criterio de la Sala se encuentra demostrada la falla en el servicio alegada por la parte demandante, pues a partir del diagnóstico inexacto que arrojó un mal procedimiento en la realización de pruebas de laboratorio, la señora Diana Marcela Garzón Valbuena fue tratada como una verdadera portadora de la enfermedad.

Conforme lo expuesto, en el subjudice se encuentra acreditada la actuación negligente de la E.S.E Manuel Castro Tovar y del Laboratorio adscrito al Departamento del Huila para el diagnóstico del VIH en el curso de la primera gestación de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, comoquiera que en el proceso está probado que tales entidades no siguieron los protocolos para establecer y descartar el

diagnostico de VIH que arrojó la prueba de tamizaje inicial que le fue practicada, luego, existe mérito para endilgarles responsabilidad por falla en el servicio en la realización de las pruebas y en los resultados que estas arrojaron, y siendo ello así la Sala revocará la sentencia del 29 de junio de 2017, proferida por el Juzgado Segundo Administrativo en cuanto negó las pretensiones de la demanda.

En consecuencia, se pronunciará sobre la indemnización de perjuicios que se reclaman.

2.7.2.- Indemnización de perjuicios

En el presente caso la parte actora reclama indemnización de perjuicios por concepto de daño moral en cuantía de \$235.800.000 y por concepto de daño fisiológico, vida en relación o afectación de las condiciones de existencia, en la suma de \$58.950.000, cuya acreditación pasa la Sala a verificar.

2.7.1.- Perjuicio moral

En sentencia del 28 de agosto de 2014, la Sala de Sección tercera unificó su jurisprudencia en cuanto al reconocimiento y tasación de los perjuicios morales¹⁶, en donde dijo que el concepto del perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo.

A criterio de la Sala el error en el diagnóstico entregado a la señora Diana Marcela Garzón Valbuena produjo unas consecuencias negativas para la paciente, pues si bien le fueron brindados los servicios médicos

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Exp. 31.172

necesario para la culminación de su primer embarazo, los mismos estaban dirigidos a atender una patología que ella no padecía.

Además, otro aspecto negativo del resultado errado establecido durante el primer embarazo de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena, se traduce en la discriminación y/o autorrechazo que pudieron experimentar la paciente, como víctima directa, y su esposo, lo anterior en razón a que cuando a una persona se le diagnostica que ha sido infectada por el virus del VIH, ello genera un gran dolor al paciente como a sus familiares más cercanos, no sólo por la reducción de su expectativa de vida y la posibilidad de transmisión del virus al menor que estaba por nacer y por tratarse de una enfermedad que genera rechazo social y marginación por parte de quienes temen contagiarse del virus¹⁷.

En tal sentido, encuentra la Sala que los testigos María Amparo y Segundo Edilberto Ordoñez Urbano; y Edwin Jair Cerón Silva, en su calidad de hermanos y cuñado del demandante Miguel Ordoñez Urbano; (fl. 318-322), dieron cuenta del rechazo a que fueron sometidos los señores Diana Marcela Garzón Valbuena y Miguel Ordoñez Urbano por parte de familiares y vecinos, luego se tiene por acreditada la afectación moral derivada de la discriminación a que fueron sometidos en virtud de la condición médica de la señora Diana Marcela Garzón Valbuena.

También fueron coincidentes en señalar que, una vez tuvo conocimiento del resultado positivo para VIH a partir de las muestras tomadas el 20 de diciembre de 2007, la señora Diana Marcela Garzón Valbuena sufrió gran tristeza, incluso presentó ideas suicidas, tal y como lo precisó el declarante Segundo Edilberto Ordoñez Burbano. Adicionalmente, la prueba testimonial da cuenta que la aquí demandante y su pareja

17 Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que las personas portadoras de VIH/SIDA se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, lo que implica la necesidad de brindarles una protección especial, toda vez que es una enfermedad que, por una parte, pone a quienes la padecen en la mira de la sociedad, exponiéndolos a discriminación a partir de los prejuicios existentes alrededor de este padecimiento y, por otra parte, se traduce en un estado permanente de deterioro médico, de tal forma que son merecedores de un trato igualitario, solidario y digno ante las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Ver Sentencias T-513 de 2015 y T-033 de 2018.

(Miguel Ordoñez) padecieron el deterioro temporal de su relación, pues luego de conocer los resultados de la prueba de VIH se separaron de manera temporal –un mes – dado que se culpaban mutuamente de la situación.

Asimismo, frente al nasciturus, encuentra la Sala que las reglas de la experiencia permiten considerar que la salud emocional de la madre podría influir en el desarrollo del feto y en su salud, y en esa medida la Sala estima acreditado el daño moral sufrido por el menor Jhon Alexander Ordoñez Garzón.

De ahí que la Sala considera pertinente otorgar una indemnización de carácter pecuniario con fundamento en el *arbitrio juris*, y en esa medida condenará a las entidades demandadas a cancelar el valor correspondiente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cada uno de los señores Diana Marcela Garzón Valbuena (víctima directa) y Miguel Ordoñez Burbano (esposos), y al menor Jhon Alexander Ordoñez Garzón (hijo).

En cuanto al menor Brayan Estiven Ordoñez Garzón, estima la Sala que en su caso no se encuentra demostrado el daño moral, máxime si se tiene en cuenta que fue precisamente durante su gestación que se corroboró el diagnóstico errado.

2.7.1.- Daño fisiológico

Sobre el daño a la vida en relación solicitado en la demanda, la jurisprudencia del Consejo de Estado, recientemente, señaló que éste junto con las demás categorías de daño inmaterial se ven desplazados por el daño a la salud –categoría autónoma-. A continuación, se transcriben los términos de tal pronunciamiento¹⁸:

“En otros términos, un daño a la salud desplaza por completo a las demás categorías de daño inmaterial como lo son la alteración grave

¹⁸ Ver los siguientes pronunciamientos del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencias No. 19.031 y No. 38.222, ambas del 14 de septiembre 2011. Otro pronunciamiento que se puede consultar es la Sentencia de fecha 24 de julio de 2013, Exp. No. 26.250 con ponencia del Magistrado Enrique Gil Botero.

a las condiciones de existencia -antes denominado daño a la vida de relación- precisamente porque cuando la lesión antijurídica tiene su génesis en una afectación negativa del estado de salud, los únicos perjuicios inmatrimiales que hay lugar a reconocer son el daño moral y el daño a la salud.

(...)

"En consecuencia, se adopta el concepto de daño a la salud, como perjuicio inmaterial diferente al moral que puede ser solicitado y decretado en los casos en que el daño provenga de una lesión corporal, puesto que el mismo no está encaminado al restablecimiento de la pérdida patrimonial, ni a la compensación por la aflicción o el padecimiento que se genera con aquél, sino que está dirigido a resarcir económicamente – comoquiera que empíricamente es imposible– una lesión o alteración a la unidad corporal de la persona, esto es, la afectación del derecho a la salud del individuo.

"(...)

"Es decir, cuando el daño antijurídico radica en una afectación psicofísica de la persona, el daño a la salud surge como categoría autónoma y, por lo tanto, desplaza por completo denominaciones o tipos de perjuicios abiertos que han sido empleados en otras latitudes, pero que, al igual que en esta ocasión, han cedido paso al daño corporal como un avance jurídico que permite la reparación efectiva y objetiva del perjuicio proveniente de la lesión al derecho constitucional y fundamental a la salud(...)"

Teniendo en cuenta los lineamientos jurisprudenciales precitados, se concluye que el daño a la salud surge como **categoría autónoma** cuando el daño se deriva de una afectación psicofísica que hubiere podido sufrir la persona.

No obstante haberse señalado en apartes de la historia clínica de la demandante Diana Marcela Garzón Valbuena, y de las declaraciones vertidas que esta se hallaba afectada psicológicamente, al punto de tener ideas suicidas; lo cierto es que no se allegó el concepto médico en el que se diera cuenta de la verdadera afectación en la salud mental o del comportamiento de la misma, por lo tanto, no habrá lugar a tal reconocimiento.

2.8. Conclusión. El problema jurídico se resolverá en el sentido de revocar la sentencia de primera instancia, para en su lugar, acceder parcialmente a las súplicas de la demanda, en cuanto se declarará a las entidades demandadas responsables administrativamente por los daños morales sufridos por los demandantes en razón del error de diagnóstico

de VIH a que se ha hecho alusión en la presente decisión, y se condenará al pago de perjuicios morales, en cuantía de 10 s.m.l.m.v. para cada uno de los demandantes Diana Marcela Garzón Valbuena (víctima directa) y Miguel Ordoñez Burbano (esposo), y al menor Jhon Alexander Ordóñez Garzón (hijo). Frente a los perjuicios reclamados en favor del menor Brayan Estiven Ordoñez Garzón y en lo relacionado al daño a la salud deprecado en la demanda, serán negados.

III.- COSTAS

3.1.- Costas en primera instancia

Se advierte que con fundamento en el artículo 188 del C.P.A.C.A., el *A quo* condenó en costas a la parte demandante y vencida en primera instancia, pero al revocarse la decisión que negó las pretensiones de la demanda por razón de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, la Sala revocará la condena en costas en primera instancia.

3.2.- Costas en segunda instancia

En relación con la procedencia de emitir condena en costas en segunda instancia, es preciso señalar que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011, el legislador abandonó el criterio subjetivo que venía imperando en materia de condena en costas¹⁹ para acoger, en principio, la valoración objetiva frente a su imposición, liquidación y ejecución, tal y como se advierte de lo dispuesto en el artículo 188 de dicho estatuto²⁰, preceptiva que remite a las normas del Código General del Proceso, normativa que en su artículo 365²¹ consagra los elementos que

¹⁹ Erogaciones económicas que se constituyen en los gastos en que incurre una parte a lo largo del proceso en aras de sacar adelante la posición que detenta, tales como gastos ordinarios, cauciones, honorarios a auxiliares de la justicia, publicaciones, viáticos, entre otros; que encuadran en lo que se denomina como expensas. Así mismo, se comprenden los honorarios del abogado, que en el argot jurídico son las agencias en derecho. (Artículos 361 y ss. CGP).

²⁰ “ARTÍCULO 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil.”

²¹ Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda- Subsección B, sentencia del 27 de enero de 2017, Radicación: 54001-23-33-000-2012-00053-01(2400-14), C.P. Carmelo Perdomo Cuéter; Sección Cuarta, Consejero Ponente: Julio Roberto Piza Rodríguez, providencia del 21 de junio de 2018, radicación número: 05001-23-33-000-2012-00148-01(21898); Sección Cuarta, Consejero Ponente: Milton Chaves García, sentencia de 21 de junio de 2018, radicación

determinan la imposición de costas así: i) objetivo en cuanto a que toda sentencia decidirá sobre las costas procesales, bien sea para condenar total o parcialmente o, en su defecto, para abstenerse y ii) valorativo en el entendido de que el juez debe verificar que las costas se causaron con el pago de gastos ordinarios y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso.

El artículo 365 del C.G.P. (Ley 1564 de 2012), señala las reglas para la determinación de la condena en costas, así:

"(...) 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva de desfavorablemente el recurso apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.

(...) 3. En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará en costas al recurrente en las costas de segunda.

4. Cuando la sentencia de segunda instancia revoque totalmente la del inferior, la parte vencida será condenada a pagar las costas en ambas instancias.

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

(...) 8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación.

(...)” (Resaltado por la Sala).

De lo anterior cabe resaltar que, según el citado numeral 8 del artículo 365 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012), *"Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Precisado lo anterior, se advierte que, en el presente caso, una vez examinado el expediente, que no observan elementos de prueba que demuestren o justifiquen que efectivamente se hayan ocasionado erogaciones que hagan procedente a la imposición de costas en segunda instancia.

En efecto, al expediente no se allegaron medios de prueba que acrediten que con ocasión del presente proceso fueron asumidos gastos, o cualquier otra expensa susceptible de ser reconocida. Tampoco se allegó contrato de prestación de servicios profesionales o algún otro documento que acredite la causación de agencias en derecho, razón por la cual, no resulta procedente la imposición de costas en esta instancia.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Administrativo del Huila Sala Quinta de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

REVOCAR la sentencia del 29 de junio de 2017, proferida por Juzgado Segundo Administrativo de Neiva que negó las pretensiones de la demanda, conforme a las razones expuestas. En su lugar, se dispone:

PRIMERO: DECLARAR que la E.S.E. Manuel Castro de Pitalito y el Departamento del Huila son administrativamente responsables por los daños irrogados a los aquí demandantes, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a la E.S.E. Manuel Castro de Pitalito y al Departamento del Huila al pago de perjuicios morales en cuantía de 10 s.m.l.m.v. para cada uno de los señores Diana Marcela Garzón Valbuena (víctima directa) y Miguel Ordoñez Burbano (esposos), y del menor Jhon Alexander Ordóñez Garzón (hijo), conforme lo expuesto en precedencia.

TERCERO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: NO CONDENAR en costas en esta instancia.

QUINTO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al juzgado de origen, una vez realizadas las anotaciones del software de gestión, esto es previas las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Se hace constar que la anterior providencia fue discutida y aprobada por la Sala Quinta de Decisión en la sesión de la fecha.



BEATRIZ TERESA GALVIS BUSTOS
Magistrado



JOSÉ MILLER LUGO BARRERO
Magistrado



GERARDO IVÁN MUÑOZ HERMIDA
Magistrado con salvamento de voto