

## **ACCION DE REPARACION DIRECTA - Condena**

**SINTESIS DEL CASO:** Dos menores de edad, presentan daños fisiológicos irreversibles por intoxicación con mercurio como consecuencia de la transferencia transplacentaria que recibieron de la madre durante el periodo de gestación, mientras ésta prestaba sus servicios en calidad de servidor público como ayudante de odontología al departamento de Sucre.

**ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Accede. Caso: Daño a menores de edad por intoxicación congénita derivada de la madre gestante por la manipulación de mercurio en ejercicio de sus labor como auxiliar de odontología / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Se configuró / MANIPULACIÓN DE SUSTANCIAS PELIGROSAS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD - Actividad riesgosa**

“[La Sala revoca] la decisión de primera instancia, pues la imprecisión en que se incurre en uno de los dictámenes según la cual, la madre de las menores se habría contaminado con anterioridad a su vinculación al Servicio Seccional de Salud del Departamento de Sucre, no tiene ningún respaldo probatorio dentro del plenario; por el contrario, obra prueba que en el momento que se designó le fue practicado un examen médico que la calificó como apta para desempeñar sus labores. En consecuencia se declarará la responsabilidad del Departamento de Sucre, por la intoxicación congénita sufrida por las menores”. **NOTA DE RELATORÍA:** Con salvamento de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque; al respecto ver las consideraciones expresadas en el voto disidente de los expedientes: 35796 numeral 2 y 3, 34158 numeral 3 y 38039 numeral 4.

## **COMPETENCIA FUNCIONAL DEL CONSEJO DE ESTADO EN SEGUNDA INSTANCIA – Factor objetivo**

“La Sala es competente para conocer del recurso de apelación toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado”.

**CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Término. Cómputo / CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA – No operó: demanda presenta en tiempo.**

[L]a Sala observa que (...) la parte actora, (...) tuv[o] conocimiento de la consumación efectiva del supuesto hecho dañoso el **10 de junio de 1998**, fecha en la que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Regional de Trabajo Sucre – Junta regional de Calificación de Invalidez de Bolívar – dictaminó la pérdida de capacidad laboral de las jóvenes (...) atendiendo a los síntomas y signos de trastorno orgánico cerebral crónico secundario a la intoxicación congénita por mercurio. Como la demanda se radicó el **29 de noviembre de 1999**, es palmario que la acción se ejerció dentro del término de caducidad previsto (...).

**FUENTE FORMAL:** DECRETO 01 DE 1984 - ARTICULO 136

**ACTIVIDAD ODÓNTOLÓGICA - Riesgos inherentes a su ejercicio / ACTIVIDAD MEDICA HOSPITALARIA – Régimen objetivo de responsabilidad**

“[E]se riesgo, que empezó a manifestarse en 1986, tuvo un despliegue en el tiempo, que vino a tener su concreción específica en las menores (...) , con una agravación de su condición médica en el 2004, y que denota que tanto la actividad como la exposición a los riesgos y las situaciones inherentes a la misma siguieron estando presentes antes de su concepción, durante su niñez y aun con posterioridad a su adolescencia, sin que ante la creación e incremento de dicho riesgo se hubiese demostrado por parte de la entidad demandada que operó alguna causal eximente o una exposición autónoma de la madre de las mismas, con lo que el origen riesgoso por la creación e incremento de la situación, seguía estando en la esfera de dicha entidad, sin que se haya demostrado lo contrario.”

### **RÉGIMEN OBJETIVO DE RESPONSABILIDAD POR LA ACTIVIDAD ODONTOLÓGICA / RESPONSABILIDAD POR RIESGO / MANIPULACIÓN**

[Frente a la manipulación del] (...) mercurio, resulta evidente que en las actividades en las que se requiera su manipulación hace que estas sean definidas como peligrosas, respecto de lo cual, si bien es posible examinarla desde el régimen subjetivo de responsabilidad, en este caso no encuentra la Sala desde esa perspectiva el incumplimiento de algún deber normativo por parte de las entidades demandadas, con base en las pruebas obrantes en el proceso. (...) desde la óptica del régimen objetivo de responsabilidad, dado el carácter peligroso que comporta la actividad de manipulación del mercurio, se dispone la Sala estudiar si se encuentra configurado un riesgo excepcional que permita atribuirle responsabilidad a las entidades demandadas.

**NOTA DE RELATORIA:** Frente al régimen subjetivo de responsabilidad consultar la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera de 19 de abril de 2012, expediente 21515 y de 23 de agosto de 2012, expediente 23492

### **TASACION DE PERJUICIOS MORALES POR LESIONES PERSONALES - Procedencia. Acreditación de la prueba del parentesco**

“Aplicando los parámetros de la sentencia de unificación, se tiene que en el presente caso los perjuicios morales se presumen hasta los parientes en segundo grado; aquellos que se encuentren en el tercero y cuarto grado, deberán demostrar el sufrimiento o la aflicción. Se observa que respecto de los tíos de las víctimas, (...) no se encuentra prueba, por lo tanto a estos demandantes se les negará el reconocimiento de tales perjuicios.”

**FUENTE FORMAL:** CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 42

### **MEDIDAS DE SATISFACCIÓN – Concepto. Finalidad**

“Las medidas de satisfacción buscan la reparación integral y proceden, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, I. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados.”

**FUENTE FORMAL:** CONVENCION INTERAMERICANCA DE DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 8.1 Y 63.1

### **PRINCIPIO DE REPARACIÓN INTEGRAL O RESTITUTIUM IN INTEGRUM - Medidas de reparación no pecuniarias / GRAVE AFECTACIÓN O VIOLACIÓN**

**A BIEN CONVENCIONAL Y CONSTITUCIONALMENTE AMPARADO /  
MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS - Procedibilidad. Finalidad /  
MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS - Modalidades / MEDIDAS  
SIMBÓLICAS / MEDIDAS CONMEMORATIVAS / MEDIDAS DE  
REHABILITACIÓN / MEDIDAS DE NO REPETICIÓN / MEDIDAS DE  
SATISFACCIÓN**

“En el sub judice se solicitó como medida de reparación que se ordenará a las entidades demandadas a prestar el servicio médico asistencial requerido por el estado de discapacidad de las entonces menores (...). La Sala, atendiendo a las consideraciones precedentemente expuestas encuentra procedente esta pretensión, puesto que uno de los dictámenes médicos da cuenta que las víctimas de la intoxicación congénita por mercurio requieren de una persona que las asista para atender las necesidades básicas de la vida.”

**AFECTACION RELEVANTE A BIENES O DERECHOS CONVENCIONAL Y  
CONSTITUCIONALMENTE AMPARADOS – Principio de interés superior de  
los menores**

“(…) [L]a Sala destaca la necesidad de adopción de las medidas que resulten necesarias y pertinentes en cada caso concreto, cuando estemos ante una situación en la cual quienes se ven afectados en sus derechos son menores, razón por la cual el análisis del caso debe darse desde una óptica especial; así en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta pertinente analizar el interés superior de las menores atendiendo al caso concreto y no de manera abstracta , de igual manera se razonará en el punto de la reparación y a las víctimas.”

**NO SE CONDENA EN COSTAS POR DAÑOS OCASIONADOS POR  
MANIPULACIÓN DE SUSTANCIAS PELIGROSAS / SIN CONDENA EN  
COSTAS**

**CONSEJO DE ESTADO**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**SECCIÓN TERCERA**

**SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

Bogotá, D.C., treinta (30) de julio de dos mil dieciocho (2018)

**Radicación número: 70001-23-31-000-1999-01878-01(41602)**

**Actor: RUTH DÍAZGRANADOS VERGARA Y OTROS**

**Demandado: NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y OTROS**

**Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA**

**Descriptor:** Se revoca la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda, pues se encontró acreditado el daño, y también se determinó que el mismo le era atribuible a una de las entidades demandadas bajo el criterio de riesgo excepcional.

**Restrictor:** Presupuestos procesales previos / Competencia / Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado / Daño antijurídico / La imputación del daño antijurídico y su fundamento. Control de Convencionalidad/ El principio del interés superior de los menores.

Decide la Sala en segunda instancia la apelación<sup>1</sup> interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 14 de diciembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Sucre –Sala Cuarta-<sup>2</sup>, mediante la cual declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por la Nación – Ministerio de Salud; desestimó las excepciones de inexistencia de la demanda, caducidad de la acción, y de haberse notificado a personas distintas a la demandada; y también negó las pretensiones.

## **ANTECEDENTES**

### **1. La demanda.**

Fue presentada el **09 de noviembre de 1999** por Ruth Diazgranados Vergara y Nelson de Jesús Lastre Galván, en nombre propio y en representación de sus menores y comunes hijas: Nelsa de Jesús Lastre Díazgranados y Azalia José Lastre Diazgranados; por Edita Vergara Castro, en su condición de abuela de las menores víctimas; además por Yolima del Carmen Diazgranados Vergara, Mariano del Cristo Diazgrandos Vergara y Antonia María Diazgrandos Vergara, en su condición de tios de las mismas menores; quienes mediante apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa contenida en el artículo 86 del C.C.A, solicitaron que se declare administrativamente responsable a la Nación – Ministerio de Salud y al Servicio Seccional de Salud de Sucre por los *“daños fisiológicos irreversibles que presentan en sus cuerpos por intoxicación con mercurio a las niñas AZALIA JOSÉ LASTRE DIAZGRANADOS y NELSA DE JESUS LASTRE DIAZGRANADOS, como consecuencia de transferencia transplacentaria que recibieron de su madre RUTH DIAZGRANADOS VERGARA, quien se desempeñó por la época de gestación de sus hijas en el cargo de ayudante odontología al servicio del departamento de Sucre”*.

---

<sup>1</sup> Fls.365 al 374 del C.P

<sup>2</sup> Fls 325 al 363 del C.P

**1.2 Como consecuencia de la anterior declaración, la parte actora solicitó condenar a la Nación – Ministerio de Salud – y al Servicio Seccional de Sucre, a pagar a cada uno de los demandantes las siguientes sumas<sup>3</sup>:**

1.2.1 Por concepto de **perjuicios morales** para Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados, en su calidad de víctima y de hermana de Azalia José, la suma de 1500 gramos oro fino; para Azalia José Lastre Diazgranados, en calidad de víctima y de hermana de Nelsa de Jesús, la suma de 1500 gramos oro fino.

Para cada uno de sus padres, Ruth Diazgranados Vergara y Nelson de Jesús Lastre Galván, la suma de 2000 gramos oro fino; asimismo, para la señora Edita Vergara Castro en su calidad de abuela de las víctimas, la suma de 2000 gramos oro fino y para cada uno de sus tíos Yolima del Carmen, Mariano del Cristo y Antonia María Diazgranados 2000 gramos oro fino, respectivamente.

1.2.2. Por concepto de **daño fisiológicos** se solicitó, para Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados y Azalia José Lastre Diazgranados la suma de 2000 gramos oro fino, respectivamente.

1.2.3. Por concepto de **perjuicios materiales** (daño emergente y lucro cesante) a favor de Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados y Azalia José Lastre Diazgranados *“por la incapacidad permanente irreversible que sufren por la intoxicación con mercurio por transferencia trasplacentaria, que se expresa en frustración, por la imposibilidad de lograr un desarrollo armónico en sus vidas físicas, intelectuales y productivas, por la incapacidad (el índice se fijará por experto, que no será inferior al aportado del 60%), a partir de un salario mínimo, capitalizando su valor a la fecha de fijación de incapacidad y llevado al valor actual, junto con el interés, en la fecha de la ejecutoria de la sentencia definitiva, teniendo en cuenta la evolución del Índice Nacional de Precios al consumidor de bajos ingresos. Se liquidarán dos periodos, el debido o consolidado y el futuro o anticipado”*.

1.2.4. Condenar a las demandadas a *“prestar el servicio médico asistencial requerido por las niñas NELSA DE JESÚS LASTRE DIAZGRANADOS y AZALIA JOSÉ LASTRE DIAZGRANADOS, a través de una Entidad Prestadora de Servicios de Salud”*.

**1.3 Como fundamento de sus pretensiones la parte actora expuso los hechos que la Subsección sintetiza así:**

Que el Ministerio de Salud Pública – Jefe del Servicio Seccional de Salud de Sucre, por resolución N° 0341 del 21 de marzo de 1974, nombró a la señora Ruth Milena

---

<sup>3</sup> Fl. 26 del C.1

Diazgranados como ayudante de odontología en el centro de Salud de Galeras. Mientras ejercía labores propias de su cargo, la señora Diazgranados quedó en embarazo, producto del cual nacieron Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados y de Alzalia José Lastre Diazgranados; en cumplimiento de tales funciones manipuló *“sin protección mercurio, en su lugar de trabajo que accede a región cálida, sin ningún tipo de instrucción”*.

Esgrime el apoderado de la parte actora que durante el periodo de gestación de las menores Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados, 20 de septiembre de 1981 al 20 de mayo de 1982; y de Alzalia José Lastre Diazgranados, 20 de marzo de 1984 al 20 de noviembre siguiente; el ion mercurioso, oxidado en sangre y tejidos se depositó en el cuerpo de la señora Ruth Diazgranados Vergara, pero en especial y en mayor concentración, en los fetos en formación, afectando el sistema nervioso, cerebro, hígado, riñón, glándulas tiroides, entre otros, de las neonatas, por transferencia placentaria; situación que les ocasionó a las menores, enfermedades que sólo se evidenciaron a partir del mes de diciembre de 1997, fecha en que se reflejó la magnitud del daño causado en ellas, sin descartar factores de malformación genética, por la intoxicación de mercurio, situación que concientizó a la familia de la gravedad de la enfermedad.

Expresa el abogado de los demandantes que para el año 1998, las niñas Nelsa de Jesús y Alzalia José Lastre Diazgranados, presentaron serios problemas de aprendizaje que hicieron imposible su vida académica, ya que en forma constante perdían el autocontrol, la memoria y la confianza en sí mismas; padecían irritabilidad, excitabilidad, ansiedad, depresión, etc...; hasta el punto que por su seguridad era necesaria la compañía de algún familiar en el centro de estudios, por ello suspendieron sus compromisos académicos regulares.

Manifiesta el apoderado de la parte actora, que la salud de las niñas Nelsa de Jesús y Alzalia José Lastre Diazgranados cada día empeoró, lo cual se demostró con la decisión adoptada por el Médico de Trabajo del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional de Trabajo Sucre, División de Empleo y Seguridad, que les calificó un grado de invalidez de un 60%, atendiendo a las secuelas orgánico cerebrales.

Señala el abogado de la parte demandante, que las menores nunca estuvieron expuestas en forma directa al mercurio y por ello su intoxicación no se produjo por vía pulmonar, digestiva o cutánea, sino por trasplacentaria durante los periodos de sus gestaciones.

Por otra parte, indicó el mismo apoderado que con el transcurso del tiempo se agudiza el cuadro clínico de Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados y de Alzalia José Lastre Diazgranados, además, que dicha situación es irreversible por el diagnóstico tardío de intoxicación aguda o crónico con mercurio por transferencia placentaria, que se refleja en

pérdida de autocontrol, melancolía, temblores, tartamudeo, agresividad, estomatitis, gingivitis, cefaleas, náuseas, vómitos, dolores abdominales y articulares, pérdida de sensibilidad en manos y pies, prurito en cara y brazos, etc.

Señaló el abogado de la parte actora que las condiciones familiares de las demandantes son lamentables; pues, de un lado, madre e hijas requieren cuidados especiales y acompañamiento constante; y de otro, las menores poco a poco han presentado el cuadro clínico de la madre, agravado por la falta de atención médica. En este sentido, convirtieron a la madre, abuela, hermana y tía, también en accionantes, pues son las únicas personas que pueden brindar una existencia digna a quienes por omisión perversa de la Nación – Ministerio de Salud y el Servicio Seccional de Salud de Sucre, padecen por transferencia placentaria intoxicación con mercurio, que constituye una enfermedad irreversible.

## **2. Actuación procesal en primera instancia**

2.1 El **25 de enero del 2000** el Tribunal Administrativo de Sucre admitió la demanda<sup>4</sup>, la cual fue notificada a la Nación – Ministerio de Salud – Departamento Administrativo de Salud de Sucre<sup>5</sup>.

2.1.1 La Nación – Ministerio de Salud, mediante escrito del **23 de julio de 2000** contestó la demanda, en el sentido de oponerse a que se efectúen las declaraciones y condenas solicitadas por la parte actora en contra de esa entidad. En relación con los hechos señalados que se atendería a lo que resultare probado en el proceso; asimismo, indicó que la señora Ruth Milena Díazgranados no fue nombrada por ese Ministerio, sino por un organismo del orden Departamental; propuso las excepciones de: i) inexistencia de la obligación, pues esa entidad no fue su nominadora, además, las funciones propias de su cargo las desempeñó como funcionaria del Servicio Seccional de Salud de Sucre; y ii) falta de legitimidad en la causa pasiva<sup>6</sup>.

2.1.2 El **11 de julio de 2000** el apoderado del Departamento Administrativo de Seguridad Social de Salud Sucre contestó la demanda en los siguientes términos: primero se pronunció respecto de los hechos, con relación con unos señaló que se requería que se probaran, y respecto de otros indicó que no eran hechos que sirvieran como fundamento de las pretensiones de la demanda. Seguidamente, propuso las excepciones de: i) caducidad de la acción respecto de la señora Ruth Díazgranados Vergara, por cuanto esta conoció del hecho dañoso, respecto de su intoxicación con mercurio desde el año 1992; ii) inexistencia del demandado, toda vez que el servicio seccional de Sucre no

---

<sup>4</sup> Fls. 59-60 del C.1

<sup>5</sup> Fls. 63-64 del C.1

<sup>6</sup> Fls. 66-79 del C.1

existe, pues este desapareció con ocasión de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; iii) indebida notificación a la parte demandada, aduciendo que se notificó a persona distinta a la que fue accionada; y iv) no vincular la demanda a todos los Litisconsortes necesarios, comoquiera la señora Ruth Diazgranados Vergara prestó sus servicios en el Hospital Regional Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal, entidad que debió ser demandada. Por último, indicó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda<sup>7</sup>.

2.2 Vencido el término de fijación en lista, el **19 de diciembre de 2001** el Tribunal Administrativo de Sucre dio inicio a la etapa probatoria<sup>8</sup> y una vez culminada, mediante auto del **21 de octubre de 2004**, corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión<sup>9</sup>.

2.2.1 El **09 de noviembre de 2004** la parte actora radicó sus alegatos de conclusión, en estos indicó que se encontraba demostrada la falla en el servicio en que incurrió a la Nación – Ministerio de Salud Pública, hoy de Seguridad Social; y el Servicio Seccional de Salud de Sucre, hoy Departamento Administrativo de Seguridad Social de Salud de Sucre; la cual hace consistir en la omisión en que incurrieron estas entidades, al no haber suministrado instrucción o información sobre el manejo de sustancias peligrosas para la salud a la señora Ruth Diazgranados Vergara. Asimismo, sostiene que es claro que está probada la culpa de las demandadas, toda vez que ninguna pudo probar la diligencia y cuidado en instruir o dar información a sus trabajadores de los riesgos que se presentaba al manipular el mercurio, lo que ocasionó que Nelsa de Jesús y Azalia José Lastre Diazgranados padecieran una enfermedad desde su concepción por intoxicación con mercurio por transferencia placentaria de su madre, cuando está laboraba como auxiliar de odontología en el Centro de Salud Galeras<sup>10</sup>.

2.3 El Tribunal Administrativo de Sucre, el **01 de noviembre de 2007**, encontrándose el asunto para decisión final, observó que se configura una indebida representación por parte de DASSSALUD, por ser éste un ente sin personería jurídica que debe comparecer al proceso a través del Departamento de Sucre, situación que le puso en conocimiento a dicho Departamento<sup>11</sup>. A su vez, mediante auto del 18 de junio de 2009 ordenó la práctica oficiosa de pruebas<sup>12</sup>.

### **3. Sentencia de primera instancia**

---

<sup>7</sup> Fls. 66-79 del C.1

<sup>8</sup> Fls. 106-114 del C.1

<sup>9</sup> Fl. 249 del C.1

<sup>10</sup> Fls. 248-265 del C.1

<sup>11</sup> Folios. 268-271 del C.1

<sup>12</sup> Folios. 277-278 del C.1



El **14 de diciembre de 2010** el Tribunal Administrativo de Sucre – Sala Cuarta, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por la Nación – Ministerio de Salud y desestimó las excepciones de inexistencia de la demandada, caducidad de la acción; y negó las pretensiones de la demanda.

En primer lugar, analizó la caducidad de la acción, requisito de procedibilidad que declaró superado, toda vez que el momento en que los aquí demandantes conocieron el hecho dañoso fue el 10 de junio de 1998, y la demanda se presentó el 29 de noviembre de 1999; por lo que estaba demostrado que la demanda fue incoada dentro de los términos establecidos en la ley.

En segundo lugar, indicó que no puede atribuirse a las demandadas responsabilidad alguna por los perjuicios acaecidos en contra de la Salud de las hermanas Lastre Diazgranados, ya que ello no se acreditó con el grado de certeza necesario; es decir, no se probó que la causa eficiente de la contaminación con mercurio de estas hermanas haya estado relacionada con la vinculación que como ayudante de odontología del Centro de Salud del municipio de Galeras tuvo la señora madre de aquellas; sino que, por el contrario, resultó acreditada la contaminación antecedente a dicha vinculación laboral, de la señora Ruth Milena Díazgranados Vergara, pues tal contaminación se produjo, según la nota especial resaltada, en el año 1971, por lo que está probada la ausencia de nexos causal entre el daño y las conductas omisivas de ciudadanos especiales para la manipulación del mercurio, que fueron atribuidas a los entes demandados. Con base en todo ello, el Tribunal concluye que no es posible endilgar fáctica ni jurídicamente responsabilidad en contra de éstos respecto de la intoxicación con mercurio que hoy padecen las hermanas Azalia José y Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados<sup>13</sup>.

#### **4. Recurso de Apelación**

4.1 El **26 de enero de 2011** el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación<sup>14</sup>, en este solicitó que se revoque la sentencia de primera instancia y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda; pues, a su juicio, es claro que el *a quo* incurrió en un defecto fáctico al señalar que la señor Ruth Diazgranados Vergara se contaminó con mercurio desde 1971, ya que si bien en la calificación de invalidez se evidencia esa fecha, lo cierto es que es una imprecisión, pues se encuentra probado que ella empezó a laborar como ayudante de odontología para el año 1974, época en que le hicieron un examen de ingreso, en el que quedó registrado que se encontraba en buen estado de salud. Además, la prueba que tuvo el *a quo* no se encuentra incorporada en forma legal y oportuna al proceso, transgrediéndose así el debido proceso.

---

<sup>13</sup> Fls. 325-363 del C.P

<sup>14</sup> Fl. 365-374 del C.P

El recurrente aportó varias copias simples, con las que pretende demostrar que no es cierto que la intoxicación por la exposición a la manipulación de mercurio de la señora Ruth Díazgranados Vergara se produjera antes de ser vinculada al Ministerio de Salud e iniciar sus labores como auxiliar de odontología en el Centro de Salud Galeras.

4.2 El **30 de marzo de 2011** el Tribunal Administrativo de Sucre no concedió el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante<sup>15</sup>, decisión que el **06 de abril siguiente** fue recurrida; el recurso lo desató el Tribunal el **26 de julio de 2011** revocando la decisión; en consecuencia, se concedió la alzada en el efecto suspensivo ante esta Corporación<sup>16</sup>.

## **5. Trámite de la segunda instancia**

El **29 de agosto de 2011** esta Corporación admitió el recurso interpuesto<sup>17</sup>, a su vez, el **05 de diciembre de del mismo año** profirió el auto por medio del cual concedió el mérito probatorio que la ley le asigne a los documentos allegados por la parte demandante junto al escrito de sustentación del recurso de apelación<sup>18</sup>.

Seguidamente, el **23 de enero de 2012**, se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, y al Ministerio Público para que rindiera el concepto de rigor<sup>19</sup>. Las partes y el agente del Ministerio Público guardaron silencio en instancia de alegatos.

Finalmente, el **15 de febrero de 2012** el proceso entró al Despacho para que se elaborara el respectivo fallo<sup>20</sup>.

## **CONSIDERACIONES**

### **1. Competencia**

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación toda vez que de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio

---

<sup>15</sup> Fl. 385-387 del C.P

<sup>16</sup> Fl. 404-408 del C.P

<sup>17</sup> Fl. 413 del C.P

<sup>18</sup> Fls. 415 -416 del C.P

<sup>19</sup> Fl. 418 del C.P

<sup>20</sup> Fl. 419 del C.P.

de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado<sup>21</sup>.

## 1.2. Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la “*calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso*”<sup>22</sup>, o en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparecen al proceso en calidad de **demandantes** Ruth Diazgranados Vergara y Nelson de Jesús Lastre Galván, en calidad de padres de las pretendidas víctimas, estas son: Nelsa de Jesús Lastre Díazgranados y Azalia José Lastre Diazgranados; por otra parte, acuden Edita Vergara Castro abuela de las víctimas; Yolima del Carmen Diazgranados Vergara, Mariano del Cristo Diazgrandos Vergara y Antonia María Diazgrandos en su calidad de tíos: quienes se encuentra legitimados en la causa por activa<sup>23</sup>.

Por otra parte, la demanda fue dirigida contra la Nación – Ministerio de Salud y el Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre – DASSSALUD, frente a lo cual debe tenerse en cuenta que la señora Ruth Diazgranados laboró como auxiliar de odontología según resolución N° 0341 del 21 de marzo de 1974 expedida por el Servicio Seccional de Sucre, quien como bien lo advirtió el A quo carece de personería jurídica, razón por la cual puso en conocimiento del Departamento la nulidad por indebida representación, entidad territorial que convalidó tal nulidad al guardar silencio. En consecuencia, quien se encuentra legitimado por pasiva es el Departamento de Sucre. Sin embargo, la demanda también se dirige contra el Ministerio de Salud, hoy de Ministerio de Salud y Protección social, entidad que nada tiene que ver con la vinculación de las señora Diazgranados a su trabajo como auxiliar de odontología. Por lo expuesto, el Ministerio de Salud y Protección Social carece de legitimación en la causa por pasiva.

---

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.: 2008-00009. En este sentido véase también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2010, Exp.: 39085, C.P.: Ruth Stella Correa; Auto de 21 de octubre de 2009, Exp.: 36913, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; y Auto de 28 de marzo de 2012, Exp.: 42864, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

<sup>22</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

<sup>23</sup> Los parentescos invocados fueron demostrados con los registros civiles obrantes entre los folios 28 y 35 del cuaderno 1. El parentesco de Edita Vergara Castro se acreditó con la partida eclesiástica de bautismo, obrante a folio 36 del mismo cuaderno, toda vez que esta persona nació en 1923.

### 1.3.- Caducidad de la acción de reparación directa

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados por el artículo 136 del C.C.A., que en su numeral 8º dispone que la acción *“de reparación directa caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”*.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 640 de 2001<sup>24</sup>, y sólo se interrumpe, de acuerdo con el artículo 143 del Código Contencioso Administrativo, con la presentación de la demanda que cumpla los requisitos y formalidades previstas en el Código Contencioso Administrativo<sup>25</sup>. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez<sup>26</sup>.

Ahora bien, tratándose de la responsabilidad del Estado el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho u omisión, o desde el momento en el que razonablemente la víctima o los demandantes tuvieron o han debido tener conocimiento de la consumación del daño; así las cosas, en el caso concreto la Sala observa que los integrantes de la parte actora, como se señaló en la demanda y en el recurso de apelación, tuvieron conocimiento de la consumación efectiva del supuesto hecho dañoso el **10 de junio de 1998**, fecha en la que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Regional de Trabajo Sucre – Junta regional de Calificación de Invalidez de Bolívar – dictaminó la pérdida de capacidad laboral de las jóvenes Nelsa y Azalia Lastre Díaz Granados, en un 60%, atendiendo a los síntomas y signos de trastorno orgánico cerebral crónico secundario a la intoxicación congénita por mercurio<sup>27</sup>. Como la demanda se radicó el **29 de noviembre de 1999**, es palmario que la acción se ejerció dentro del término de caducidad previsto en el numeral 8º del artículo 136 del C.C.A. (Decreto 01 de 1984).

## 2. Análisis de la impugnación.

<sup>24</sup> **ARTICULO 21. SUSPENSIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN O DE LA CADUCIDAD.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. (Subrayado fuera de texto)

<sup>25</sup> Consejo de Estado, Auto de fecha 2 de marzo de 2001, Rad. 10909, M.P. Delio Gómez Leyva.

<sup>26</sup> Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

<sup>27</sup> FL. 55 C. 1.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandante en su escrito de apelación oportunamente presentado [siguiendo la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060]. Por lo cual, la Sala procederá a analizar si existe prueba de que la contaminación se produjo con anterioridad al momento en que la señora RUTH DIAZGRANADOS fue vinculada por el Departamento de Sucre, a través de su Departamento Administrativo de Seguridad Social y Salud – DASSSALUD, como auxiliar de enfermería, tal como lo afirmó el a quo; o por el contrario, si como la alega recurrente, esa contaminación se produjo con posterioridad a su posesión en el centro de salud Galeras en la ciudad de Sincelejo.

Para resolver lo pertinente, la Sala en primer lugar reseñará las pruebas que obran en el expediente; a continuación, examinará los presupuestos para configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; por existir menores de edad en los hechos que dieron lugar al asunto que aquí se resuelve, se examinará el interés superior de estos sujetos de especial protección conforme al régimen convencional y constitucional; finalmente se realizará el análisis del caso concreto,

### **3. Del acervo probatorio.**

-Copia auténtica del registro civil de nacimiento de Nelsa de Jesús y Azalia José Lastre Diazgranados<sup>28</sup>.

-Copia del registro civil de nacimiento de Yolima Diazgranados Vergara<sup>29</sup>, Mariano del Cristo Díazgranados Vergara<sup>30</sup>, Antonia María Diazgranados Vergara<sup>31</sup> y Ruth Diazgranados Vergara<sup>32</sup> con los que se acreditan que son tíos de las hermanas Nelsa de Jesús y Azalia José Lastre Diazgranados.

-Partida de Bautismo de la señora Edita Vergara Castro<sup>33</sup>.

-Copia del acta de posesión N° 826, según la cual la señora Ruth Díazgranados Vergara tomó posesión del cargo de ayudante de odontología centro de salud de Galeras el 27 de marzo de 1974<sup>34</sup>.

---

<sup>28</sup> Folios. 28-29 y 30 y 31 del C.1

<sup>29</sup> Folios. 32 del C.1

<sup>30</sup> Folios. 33. del C.1

<sup>31</sup> Folios. 34 del C.1

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

<sup>33</sup> Folios. 36 del C.1

<sup>34</sup> Folios. 38 del C.1

-Copia del certificado médico expedido por el doctor Arístides Sotomayor Herazo, del 14 de julio de 1986<sup>35</sup>

-Copia del certificado médico expedido por el doctor Eduardo E. Gómez Ruíz el día 4 de abril de 1986<sup>36</sup>, en el que se consignó que la señora Ruth Diazgranados, *“presenta alopecia en la región occipital... por el oficio de la paciente maneja mercurio desde hace 13 años, por lo que se tendría que descartar un proceso de intoxicación por lo tanto recomiendo cambiar de oficio a la paciente por el tiempo de tratamiento”*.

- Copia del Certificado médico expedido por el doctor Guillermo Borja González, en el que se hace constar que Ruth Diazgranados *“padece secuelas de intoxicación por mercurio, por lo cual se recomienda continuar laborando en sitios poco calurosos y con responsabilidades mínimas”*

-Copia del resumen de la historia clínica de la señora Ruth Diazgranados Vergara, expedida el 06 de septiembre de 1990 por el médico hospitalario de neurocirugía de la Caja Nacional de Previsión Social<sup>37</sup>.

-Copia del resumen de la historia clínica de la señora Ruth Diazgranados Vergara, expedida el 06 de septiembre de 1990 por el médico hospitalario de neurocirugía de la caja nacional de previsión social<sup>38</sup>.

-Copia simple del dictamen médico laboral sobre la invalidez por enfermedad común realizado a la señora Ruth Diazgranados Vergara por la Caja Nacional de Previsión<sup>39</sup>.

-Copia simple de la Resolución N° 000779 del 25 de febrero de 1993, por la cual se reconoció y ordenó el pago de una pensión mensual por invalidez a favor de la señora Ruth Diazgranados Vergara<sup>40</sup>.

-Copia simple del documento del 24 de julio de 1997, mediante el cual el presidente del sindicato nacional de la salud y seguridad social, manifestó su preocupación ante Cajanal, de cómo esa entidad estaba tramitando el caso de la señora Diazgranados Vergara *“quien no necesita ser valorada para determinar su intoxicación por Mercurio; debido a que su caso particular, ya está definido al igual que el de sus hijas. Lo que nos extraña y no acabamos de entender, son las razones que tiene Cajanal para excluir a las niñas, cuando estas también están intoxicadas y su problema es congénito. (...) debido a que en*

---

<sup>35</sup> Folios. 39 del C.1

<sup>36</sup> Folios. 40-41 del C.1

<sup>37</sup> Folios. 43-44 del C.1

<sup>38</sup> Folios. 45 del C.1

<sup>39</sup> Folios. 46-47 del C.1

<sup>40</sup> Folios. 48-51 del C.1

*estos momentos se encuentran sin los controles médicos periódicos que deben tener y sin los medicamentos que deben ingerir permanente para contrarrestar la intoxicación y sus secuelas, lo que ha ocasionado un grave perjuicio a la salud de estas, con las consecuencias finales que puede llegar a tener tal descuido. (...) Queremos dejar constancia que de asistir la compañera y sus hijas a quienes también se deben citar, solo será para control y no para valoración<sup>41</sup>.*

-Copia simple del documento del 23 de diciembre de 1997, dirigido a la Defensora del Pueblo por el director seccional de la Caja Nacional de Protección Social en el que señaló que: *“ a Ruth Milena Diazgranados y a sus niñas, la entidad a mi cargo, nunca ha negado, como tampoco descuidado su atención, como prueba de ello y para su conocimiento, adjunto le estoy enviando copias de documentos relacionados al caso, y en los cuales usted puede observar el manejo dado a esta paciente, así como también el grado de colaboración de ella para su tratamiento”*<sup>42</sup>.

-Oficio del 10 de junio de 1998 expedido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Regional de Trabajo de Sucre, división de empleo y seguridad social, mediante el cual señala que las jóvenes Nelsa y Asalaia Lastre Díaz Granados, presentaron examen médico laboral apoyado en la Historia Clínica de cada una de ellas, síntomas y signos relacionados con trastorno orgánico cerebral crónico secundaria por intoxicación congénita por mercurio; para el efecto les calificó el grado de invalidez en un 60% atendiendo a las secuelas orgánicas cerebrales. Este documento está suscrito por el médico Hernando Domínguez Montes<sup>43</sup>.

-Testimonios rendidos el 19 de diciembre de 2001 por los señores Armando del Carmen Barreto Ríos, Wilson Lagares Vides, Purificación Álvarez Vda de Pacheco; quienes manifestaron conocer a las menores Lastre Díazgranados, a su madre Ruth Díazgranados Vergara, y que conocía de la enfermedad que estas padecían por la intoxicación con mercurio; asimismo, señalaron que los familiares de estas, abuela y tíos las cuidaban y le colaboraban económicamente<sup>44</sup>.

-Certificación del 07 de marzo de 2002 expedida por el Hospital II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes Empresa Social del Estado Corozal – Sucre, en la que indica que la señora Ruth Diazgranados laboró en el centro de salud Galeras, desempeñando las funciones de auxiliar de higiene Oral, durante el periodo comprendido del 1° de marzo de 1974 al 31 de diciembre de 1996<sup>45</sup>.

---

<sup>41</sup> Folios. 52-53 del C.1

<sup>42</sup> Folios. 54 del C.1

<sup>43</sup> Folios. 55 del C.1

<sup>44</sup> Folios 133 -145 del C.1

<sup>45</sup> Folios. 150 del C.1

-Certificación del 15 de abril de 2002 expedida por el Departamento Administrativo de Seguridad Social en Salud de Sucre, la cual reza que *“la señora RUTH DIAZ GRANADOS VERGARA; ingreso a laborar como ayudante de odontología en el Centro de Salud de Galeras, nombrada en propiedad, desde el 1° de marzo de 1974 y estuvo a cargo de esa entidad hasta el 30 de Abril de 1.977; fecha en la cual paso a cargo del Hospital Regional Nuestra Señora de las Mercedes de Corozal con la Regionalización. (...) A partir del 1° de Enero de 1.996 fue asumido nuevamente por DASSSALUD Sucre al Centro de Salud de Galeras hasta el 30 de Diciembre de 1998. La mencionada funcionaria se encontraba vinculada pero no ejercía sus funciones; en esa situación fue transferida a esta Entidad. (...) En lo que se refiere si la señor DIAZ GRANADOS recibió inducción al ingresar al servicio; le manifestó que haciendo una revisión a su hoja de vida no reposa Acto Administrativo alguno que así lo determinen. (...) Sobre la dotación de uniforme esta le fue suministrada anualmente, los demás elementos de trabajo necesarios para ejercer sus funciones le fueron suministrados según las necesidades del laboratorio donde laboraba. (...) Se ha podido comprobar por documentos que reposan en su historia laboral que a la señora le fueron practicados exámenes los cuales confirman al alto grado de niveles de mercurio en la sangre y la orina, según dictamen médico expedido por la Caja Nacional de Previsión y desde el año 1.986 se encuentra en tratamiento. (...) Así mismo la mencionada señora durante el tiempo que estuvo a cargo de esta entidad, no solicito cambio de actividad”*<sup>46</sup>

-Oficio del 26 de marzo de 2002, expedido por la Dirección General de Desarrollo de la Prestación de Servicios de Salud, en el cual relacionó la normativa relevante respecto a las funciones de los empleados; y se señaló que *“las instrucciones y equipos de seguridad propias de la dotación de ayudantes de odontología, le corresponde suministrar esta información a la entidad en la cual se desempeñaba la señora Ruth Diazgranados. (...) Finalmente, revisada la información enviada por los servicios seccionales de salud, no existe reporte alguno sobre intoxicación de personal adscrito al servicio Seccional de Salud de Sucre”*<sup>47</sup>.

-Resumen de toxicidad metil mercurio, preparado por sección de toxicología del Ministerio de Salud<sup>48</sup>.

-Certificación expedida el 25 de abril de 2002 por la Coordinadora del grupo de gestión del recurso y del talento humano del Ministerio de Salud, mediante la cual indicó que no se encontró en el archivo central, hoja de vida ni documento alguno que permitiera señalar que Ruth Diazgranados Vergara prestó sus servicios en esa entidad<sup>49</sup>

---

<sup>46</sup> Folio. 156 del C.1

<sup>47</sup> Folios. 159-161 del C.1

<sup>48</sup> Folios. 162-170 del C.1

<sup>49</sup> Folios. 171-175 del C.1



-Escrito expedido el 06 de mayo de 2002 por la Gerente del Hospital Regional II Nivel Nuestra Señora de las Mercedes Empresa Social del Estado Corozal – Sucre en la cual señala que: *“El auxiliar de higiene oral y todo el personal odontológico por razones de su labor se encuentra expuesto a las emanaciones de los gases que se desprenden de la manipulación del mercurio odontológico para la preparación de las calzas en amalgama, razón por la cual existen medidas de seguridad y recomendaciones sobre el manejo del mercurio las cuales deben ser aplicadas por las auxiliares de higiene oral y el personal odontológico”*<sup>50</sup>

-Declaraciones rendidas el **25 de abril de 2002** por Emilce Núñez, Orlando Coley Hernández, quienes manifestaron conocer a los demandantes, y saber de la situación de salud de la madre e hijas, y las consecuencias que esto ha generado en el entorno diario de su vida. La primera de las declarantes señaló que ella distinguió a la señora Ruth Diazgranados Vergara desde la época que trabajó como auxiliar de odontología, manifestó que esta no usaba ningún tipo de protección para ejercer su trabajo, pues no se lo suministraba la entidad donde está laboraba<sup>51</sup>.

-Dictamen N° 132 /04 del **30 de marzo de 2004** de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en el cual calificó a Azalaia José Lastre Diazgranados, quien nació el 21 de noviembre de 1983; en este se señaló como diagnóstico motivo de calificación, la intoxicación congénita por mercurio, de origen común; como fecha de estructuración se señaló la de su nacimiento; se consignó que la enfermedad comporta trastornos mentales incurables, la pérdida de capacidad laboral 100% y que la paciente requiere de otra persona para realizar sus funciones<sup>52</sup>.

-Dictamen N° 183 /04 del 15 de marzo de 2004 de la Junta Regional de Calificación de Invalidez en el cual calificó a Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados, quien nació el 21 de mayo de 1981 con una pérdida de capacidad laboral del 100%; en este se estableció que su diagnóstico fue de intoxicación congénita por mercurio, de origen común, como fecha de estructuración de la enfermedad se señaló la de su nacimiento, por último indicó que sufría de trastornos mentales incurables por lo que la paciente requería de otra persona para realizar sus funciones<sup>53</sup>.

-Diligencia de audiencia pública del 07 de julio de 2009, mediante la cual rindió testimonio de Hernando Alberto Domínguez Montes, quien manifestó que sí expidió el certificado del 10 de junio de 1998, como médico del Trabajo del Ministerio de Protección Social, el cual realizó de conformidad con las historias clínicas suministradas por la señora madre de las

---

<sup>50</sup> Folio. 178 del C.1

<sup>51</sup> Folios. 188-191 del C.1

<sup>52</sup> Folios. 241 -242 del C.1

<sup>53</sup> Folios. 244 del C.1

menores Lastre Diazgranados; indicó que para la fecha que se expidió ese certificado la madre y sus familiares conocieron de la gravedad de la enfermedad de Azalia de José y Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados<sup>54</sup>.

## **2. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.**

Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización”<sup>55</sup> de la responsabilidad del Estado<sup>56</sup> y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados<sup>57</sup> y de su patrimonio<sup>58</sup>, sin distinguir su condición, situación e interés<sup>59</sup>. De esta forma se reivindica el sustento doctrinal según el cual la “acción administrativa se ejerce en interés de todos: si los daños que resultan de ella, para algunos, no fuesen reparados, éstos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el

---

<sup>54</sup> Folios. 284-289 del C.1

<sup>55</sup> En la jurisprudencia constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>56</sup> La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

<sup>57</sup> Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49. La “responsabilidad es, desde luego, en primer lugar una garantía del ciudadano, pero, coincidiendo en esto con otros autores (sobre todo franceses: Prosper Weil, André Demichel), creo que la responsabilidad es también un principio de orden y un instrumento más de control del Poder”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.308.

<sup>58</sup> “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

<sup>59</sup> La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sección Tercera, sentencia de 26 de enero de 2006, expediente AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d'une théorie générale de la responsabilité civile considérée en sa double fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

equilibrio roto en detrimento de ellos”<sup>60</sup>. Como bien se sostiene en la doctrina, la “responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad<sup>61</sup>; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”<sup>62</sup>.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, la cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>63</sup> tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública<sup>64</sup> tanto por la acción, como por la omisión de un deber normativo<sup>65</sup>, argumentación que la Sala Plena de la Sección Tercera

---

<sup>60</sup> RIVERO, Jean. Derecho administrativo. 9ª ed. Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1984, p.293. Puede verse también esta construcción doctrinal en: BERLIA. “Essai sur les fondements de la responsabilité en droit public francais”, en Revue de Droit Public, 1951, p.685; BÉNOIT, F. “Le régime et le fondement de la responsabilité de la puissance publique”, en JurisClasseur Publique, 1954. T.I, V.178.

<sup>61</sup> “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

<sup>62</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., pp.120-121.

<sup>63</sup> “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

<sup>64</sup> Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

<sup>65</sup> “Toda acción administrativa concreta, si quiere tenerse la certeza de que realmente se trata de una acción administrativa, deberá ser examinada desde el punto de vista de su relación con el orden jurídico. Sólo en la medida en que pueda ser referida a un precepto jurídico o, partiendo del precepto jurídico, se pueda derivar de él, se manifiesta esa acción como función jurídica, como aplicación del derecho y, debido a la circunstancia de que ese precepto jurídico tiene que ser aplicado por un órgano administrativo, se muestra como acción administrativa. Si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico

acogió al unificar la jurisprudencia en las sentencias de 19 de abril de 2012<sup>66</sup> y de 23 de agosto de 2012<sup>67</sup>.

## 2.1. Daño antijurídico.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual<sup>68</sup> y del Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, “*el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio*”<sup>69</sup>; o la “*lesión de un interés o con la alteración “in pejus” del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa*”<sup>70</sup> y; b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”<sup>71</sup>,

---

que prevé semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, pp.212 y 213.

<sup>66</sup> Sección Tercera, sentencia 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>67</sup> Sección Tercera, sentencia 23 de agosto de 2012, expediente 23492. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>68</sup> “(...) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185. Martín Rebollo se pregunta: “¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión”. MARTIN REBOLLO, Luis. “La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas”, en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279.

<sup>69</sup> LARENZ. “Derecho de obligaciones”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>70</sup> SCONAMIGLIO, R. “Novissimo digesto italiano”, citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

<sup>71</sup> “(...) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, ob., cit., p.186.

en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos<sup>72</sup> y; iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o consideración del interés general<sup>73</sup>, o de la cooperación social<sup>74</sup>.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la “antijuridicidad del 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”<sup>75</sup>. Así pues, y siguiendo la jurisprudencia constitucional, se ha señalado “que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del

---

<sup>72</sup> “Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? (...) el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación”. MILL, John Stuart, *Sobre la libertad*, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153.

<sup>73</sup> SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. “La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción”, próximo a publicación.

<sup>74</sup> Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: “la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado (...) El otro elemento corresponde a “lo racional”: se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas”. RAWLS, John, *Liberalismo político*, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales “debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM. No.4, 2000, p.168.

Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”<sup>76</sup>.

De igual manera, la jurisprudencia constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (art. 1º) y la igualdad (art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”<sup>77</sup>.

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”<sup>78</sup>. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable<sup>79</sup>, anormal<sup>80</sup> y que se trate de una situación jurídicamente protegida<sup>81</sup>.

---

<sup>76</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. Sin embargo, cabe advertir, apoyados en la doctrina iuscivilista que “no puede confundirse la antijuridicidad en materia de daños con lesiones de derechos subjetivos y, menos todavía, una concepción que los constriña, al modo alemán, a los derechos subjetivos absolutos, entendiendo por tales los derechos de la personalidad y la integridad física, el honor, la intimidad y la propia imagen y los derechos sobre las cosas, es decir, propiedad y derechos reales”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. 1ª ed. Navarra, Aranzadi, 2011, p.297.

<sup>77</sup> Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001. Cabe afirmar, que en la doctrina del derecho civil se advierte que “la antijuridicidad del daño no se produce porque exista violación de deberes jurídicos”, definiéndose como “violación de una norma especial o de la más genérica alterum non laedere”. DÍEZ-PICAZO, Luis. Fundamentos del derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual., ob., cit., p.298.

<sup>78</sup> Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente 9550.

<sup>79</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

<sup>80</sup> “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166.

<sup>81</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

En casos, como el que ocupa la atención de la Sala, se precisa advertir que en la sociedad moderna el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva, y no sujeta o anclada al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta, vulnera, aminora, o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece<sup>82</sup>.

Ahora bien, los elementos constitutivos del daño son: i) la certeza del daño; ii) el carácter personal y; iii) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual<sup>83</sup>. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto<sup>84-85</sup>, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, cierto: el que

---

<sup>82</sup> "(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiere reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en *VVAA, Daño ambiental*, T.II, 1ª ed, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

<sup>83</sup> CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.507.

<sup>84</sup> Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

sufre una persona determinada en su patrimonio: “(...) *tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, es indispensable que el daño sea cierto; es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas; aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia*<sup>86</sup>”.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero si la existencia del daño es la singularidad de su certeza, no se debe, sin embargo, confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización<sup>87</sup>. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que, efectivamente, se produjo o, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual<sup>88</sup>.

## **2.2. La imputación de la responsabilidad.**

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico y; b) la imputación jurídica<sup>89</sup>, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en

---

<sup>85</sup> Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

<sup>86</sup> Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

<sup>87</sup> CHAPUS. “Responsabilité Publique et responsabilité privée”., ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado “*lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta*”.

<sup>88</sup> HENAO, Juan Carlos, *El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

<sup>89</sup> “La imputación depende, pues, tanto de elementos subjetivos como objetivos”. SANCHEZ MORON, Miguel. Derecho administrativo. Parte general., ob., cit., p.927.



cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene que la “superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”<sup>90</sup>.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad<sup>91</sup>, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe atribuirla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica<sup>92</sup>. Debe quedar claro que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”<sup>93</sup>.

En cuanto a esto, cabe precisar que, la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “parte de los límites

---

<sup>90</sup> Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

<sup>91</sup> En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)”. KANT, I. La metafísica de las costumbres. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>92</sup> El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

<sup>93</sup> “Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas”. MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”<sup>94</sup>. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “atribución”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”<sup>95</sup>.

Sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”<sup>96</sup>. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no<sup>97</sup>. Es más, se sostiene doctrinalmente “que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de

---

<sup>94</sup> “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

<sup>95</sup> MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>96</sup> LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

<sup>97</sup> JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culposa o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005. Exp.14170.

actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”<sup>98</sup>.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad<sup>99</sup> es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación<sup>100</sup> que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”<sup>101</sup>.

---

<sup>98</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.171.

<sup>99</sup> “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...) En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

<sup>100</sup> “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

<sup>101</sup> ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

En ese sentido, la jurisprudencia constitucional indica que “el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar si el sujeto era competente para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección<sup>102</sup> frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible<sup>103</sup>. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

<sup>103</sup> Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Gruñd der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

<sup>104</sup> A lo que se agrega por el mismo precedente: “En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber: 1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de deberes de seguridad en el tráfico, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados deberes de salvamento, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por asunción de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro. Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son deberes negativos porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás. 2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al

En una teoría de la imputación objetiva construida sobre las posiciones de garante, predicable tanto de los delitos de acción como de omisión, la forma de realización externa de la conducta, es decir, determinar si un comportamiento fue realizado mediante un curso causal dañoso o mediante la abstención de una acción salvadora, pierde toda relevancia porque lo importante no es la configuración fáctica del hecho, sino la demostración de si una persona ha cumplido con los deberes que surgen de su posición de garante”<sup>105</sup>.

Dicha formulación no debe suponer, lo que debe remarcar por la Sala, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal<sup>106</sup>, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a *“una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la*

---

ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y protegerlo contra los peligros que lo amenacen, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso. Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de deberes positivos, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos (Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss)”. Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001. En la doctrina se afirma que la “posición de garantía” debe modularse: “(...) todos deben procurar que su puño no aterrice violentamente en la cara de su congénere, o que su dedo índice no apriete el gatillo de un arma de fuego cargada apuntada sobre otra persona, etc. Sin embargo, también aparecen sin dificultad algunos fundamentos de posiciones de garantía referidas a supuestos de omisión: quien asume para sí una propiedad, debe procurar que de ésta no emanen riesgos para otras personas. Se trata de los deberes de aseguramiento en el tráfico, deberes que de modo indiscutido forman parte de los elementos de las posiciones de garantía y cuyo panorama abarca desde el deber de aseguramiento de un animal agresivo, pasando por el deber de asegurar las tejas de una casa frente al riesgo de que caigan al suelo hasta llegar al deber de asegurar un carro de combate frente a la posible utilización por personas no capacitadas o al deber de asegurar una central nuclear frente a situaciones críticas”. JAKOBS, Günther. Injerencia y dominio del hecho. Dos estudios sobre la parte general del derecho penal. 1ª reimp. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p.16.

<sup>105</sup> Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

<sup>106</sup> “La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

*administración pública] sea siempre fuente de riesgos especiales*<sup>107</sup>, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho<sup>108</sup>.

Debe plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba encuadrarse la responsabilidad extracontractual del Estado<sup>109</sup>, sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede encuadrar en la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos<sup>110</sup>, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder hacer su encuadramiento en la falla en el servicio, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo

---

<sup>107</sup> MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

<sup>108</sup> "(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones"., ob., cit., p.308.

<sup>109</sup> Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente 23492.

<sup>110</sup> Merkl ya lo señaló: "El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino *conditio per quam* de la administración". MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: "Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración". MARTÍN REBOLLO, Luis. "Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones"., ob., cit., p.311.

con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera “(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “*títulos de imputación*” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación”<sup>111</sup>.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo<sup>112</sup> que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

Además, cabe considerar la influencia que para la imputación de la responsabilidad pueda tener el principio de precaución, al exigir el estudiarla desde tres escenarios: peligro, amenaza y daño. Sin duda, el principio de precaución introduce elementos que pueden afectar en el ámbito fáctico el análisis de la causalidad (finalidad prospectiva de la causalidad<sup>113</sup>), ateniendo a los

---

<sup>111</sup> “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente 21515. Pon. Hernán Andrade Rincón; de 23 de agosto de 2012, expediente 24392. Pon. Hernán Andrade Rincón.

<sup>112</sup> “En consecuencia, la función de la responsabilidad extracontractual (sic) no puede ser ni única ni primariamente indemnizatoria. Tiene que ser, ante todo, preventiva o disuasoria, o se trataría de una institución socialmente absurda: ineficiente”. PANTALEÓN, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.174. De acuerdo con Martín Rebollo “(...) es que la responsabilidad pública es un tema ambivalente que, a mi juicio, no debe ser enfocado desde el estricto prisma de la dogmática jurídico-privada. Esto es, no debe ser analizado sólo desde la óptica de lo que pudiéramos llamar la justicia conmutativa, aunque tampoco creo que éste sea un instrumento idóneo de justicia distributiva. La responsabilidad es, desde luego, siempre y en primer lugar, un mecanismo de garantía. Pero es también un medio al servicio de una política jurídica. Así lo señala Ch. Eisenmann: el fundamento de la responsabilidad puede ser la reparación del daño, pero su función «remite a la cuestión de los fines perseguidos por el legislador cuando impone una obligación de reparar. En este sentido –concluye– la responsabilidad es un medio al servicio de una política jurídica o legislativa». MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración: Un balance y tres reflexiones”, en AFDUAM: no.4, 2000, p.307.

<sup>113</sup> “La finalidad prospectiva del nexo de causalidad resulta de naturaleza preventiva de la acción de responsabilidad fundada sobre el principio de precaución. El daño no existe todavía, el nexo de

criterios de la sociedad moderna donde los riesgos a los que se enfrenta el ser humano, la sociedad y que debe valorar el juez no pueden reducirse a una concepción tradicional superada.

La precaución es una acepción que viene del latín *precautio* y se compone del *prae* (antes) y la *cautio* (guarda, prudencia). En su definición, se invoca que el “*verbo precavere implica aplicar el prae al futuro –lo que está por venir-, tratándose de un ámbito desconocido pese a las leyes de la ciencia, incapaces de agotar los recursos de la experiencia humana y el verbo cavere que marca la atención y la desconfianza*”<sup>114</sup>. Su concreción jurídica lleva a comprender a la precaución, tradicionalmente, como aquella que es “*utilizada para caracterizar ciertos actos materiales para evitar que se produzca un daño*”<sup>115</sup>. Entendida la precaución como principio<sup>116</sup>, esto es, como herramienta de orientación del sistema jurídico<sup>117</sup> “exige tener en cuenta los riesgos que existen en ámbitos de la salud y del medio ambiente pese a la incertidumbre científica, para prevenir los daños que puedan resultar, para salvaguardar ciertos intereses esenciales ligados más a intereses colectivos que a los individuales, de manera que con este fin se ofrezca una respuesta proporcionada propia a la evitabilidad preocupada de una evaluación de riesgos (...) Si, subjetivamente, el principio implica una actitud a tener frente a un riesgo, objetivamente, se dirige directamente a la prevención de ciertos daños en ciertas condiciones determinadas”<sup>118</sup>. Luego, la precaución es un principio que implica que ante la ausencia, o insuficiencia de datos científicos y

---

causalidad no se ha podido realizar, el mismo (...) se trata a la vez de prevenir el daño y al mismo tiempo evitar que tal actividad no cause tal daño. La finalidad del nexo causal es por tanto prospectiva ya que se busca que el nexo de causalidad sin permitir reparar el perjuicio si se anticipa a él (...) Opuesto a una responsabilidad reparadora que exigiría un nexo causal a posteriori, la responsabilidad preventiva exige en la actualidad un nexo causal a priori, es decir un riesgo de causalidad”. BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.560.

<sup>114</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, LGDJ, París, 2005, p.3

<sup>115</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.4.

<sup>116</sup> DWORKIN, Ronald, *Taking rights seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1977, p.24: “el principio es una proposición jurídica que no es necesariamente escrita y que da orientaciones generales, a las cuales el derecho positivo debe conformarse. Esto implica que no se aplicará según la modalidad de “all or nothing”, sino que se limitará a dar al juez una razón que milite a favor de un tipo de solución u otro, sin pretender tener la apariencia de una norma vinculante”.

<sup>117</sup> SADELEER, Nicolás, “Reflexiones sobre el estatuto jurídico del principio de precaución”, en GARCÍA URETA, Agustín (Coord), *Estudios de Derecho Ambiental Europeo*, Lete, Bilbao, 2005, p.270: “entre otras funciones encontramos la función de inspiración del legislador, de orientación del derecho positivo, de relleno de lagunas, de resolución antinomias, así como la función normativa”.

<sup>118</sup> BOUTONNET, Mathilde, *Le principe de précaution en droit de la responsabilité civile*, ob., cit., p.5.



técnicos<sup>119</sup>, es conveniente, razonable y proporcional adoptar todas aquellas medidas que impidan o limiten la realización de una situación de riesgo (expresada como amenaza inminente, irreversible e irremediable) que pueda afectar tanto intereses individuales, como colectivos (con preferencia estos).

### 3. El control de convencionalidad

El control de convencionalidad<sup>120</sup> es una manifestación de lo que se ha dado en denominar la constitucionalización del derecho internacional, también llamado con mayor precisión como el “control difuso de convencionalidad,” e implica el deber de todo juez nacional de “realizar un examen de compatibilidad entre las disposiciones y actos internos que tiene que aplicar a un caso concreto, con los tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”<sup>121</sup>

Si bien, como construcción jurídica, el control de convencionalidad parece tener su origen en la sentencia proferida en el “caso Almonacid Arellano y otros vs Chile,”<sup>122</sup> lo cierto es que desde antes del 2002,<sup>123</sup> e incluso en la jurisprudencia de los años noventa de la Corte Interamericana de Derechos, ya se vislumbraban ciertos elementos de este control de convencionalidad.

---

<sup>119</sup> Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, asunto C-57/96 National Farmers Union y otros; asunto C-180/96 Reino Unido c. Comisión; asunto C-236/01 Monsanto Agricultura Italia: “cuando subsistente dudas sobre la existencia o alcance de riesgos para la salud de las personas, pueden adoptarse medidas de protección sin tener que esperar a que se demuestre plenamente la realidad y gravedad de tales riesgos”.

<sup>120</sup> El control de convencionalidad es una herramienta cuyo desarrollo se encuentra en la amplia jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que pasa a señalarse: Caso Velásquez Rodríguez Vs Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988; Caso Suarez Rosero Vs Ecuador, sentencia de 12 de noviembre de 1997; Caso Castillo Petrucci y otros Vs. Perú, sentencia de 30 de mayo de 1999; Caso Mirna Mack Chang Vs Guatemala, sentencia de 25 de noviembre de 2003 (Voto razonado concurrente Juez Sergio García Ramírez);; Caso Rochac Hernández y Otros Vs. El Salvador, sentencia de 14 de octubre de 2014; entre otras. Adicionalmente debe tenerse en cuenta las siguientes Opiniones Consultivas y Resoluciones de la Corte IDH: Opinión Consultiva OC-13/93, de 16 de julio de 1993, OC-14/1994 de 9 de diciembre de 1994 (Responsabilidad Internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención); Resolución de supervisión de cumplimiento de sentencia de 20 de marzo de 2013, caso Gelman Vs Uruguay.

<sup>121</sup> “Lo anterior implica reconocer la fuerza normativa de tipo convencional, que se extiende a los criterios jurisprudenciales emitidos por el órgano internacional que los interpreta. Este nuevo tipo de control no tiene sustento en la CADH, sino que deriva de la evolución jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

<sup>122</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006.

<sup>123</sup> “[...] El control de convencionalidad que deben realizar en el sistema del Pacto de San José de Costa Rica los jueces nacionales, parte de una serie de votos singulares del juez de la Corte Interamericana Sergio García Ramírez, v.gr., en los casos Myrna Mack Chang (25 de noviembre de 2003, considerando 27) y Tibi (7 de septiembre de 2004, considerandos 3 y 4)”. SAGÜES, Néstor Pedro, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano, y sus anticipos en el ámbito de los derechos económico-sociales, concordancias y diferencias con el sistema europeo”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/16.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

Se trata, además, de un control que está dirigido a todos los poderes públicos del Estado,<sup>124</sup> aunque en su formulación inicial se señalaba que eran los jueces los llamados a ejercerlo. Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar cómo en el “caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile,” la Corte Interamericana de Derechos Humanos proyecta el control de convencionalidad, pues allí se afirma que constituye una obligación en cabeza del poder judicial ya que “cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma<sup>125</sup> y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella”<sup>126</sup>.

Lo anterior indica claramente que el juez nacional no sólo está llamado a aplicar y respetar su propio ordenamiento jurídico, sino que también debe realizar una “interpretación convencional” para determinar si aquellas normas son “compatibles” con los mínimos previstos en la Convención Americana de Derechos Humanos y en los demás tratados y preceptos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.<sup>127</sup> Ese control de convencionalidad por parte de los jueces nacionales lo señala la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así:

*“[...] La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana de Derechos Humanos. En*

---

<sup>124</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123: “El cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el derecho internacional de los derechos humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionales consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana”.

<sup>125</sup> “[...] El control de convencionalidad es consecuencia directa del deber de los Estados de tomar todas las medidas que sean necesarias para que los tratados internacionales que han firmado se apliquen cabalmente”. CARBONELL, Miguel, “Introducción general al control de convencionalidad”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

<sup>126</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 123.

<sup>127</sup> “[...] Se trata de un estándar “mínimo” creado por dicho tribunal internacional, para que en todo caso sea aplicado el corpus iuris interamericano y su jurisprudencia en los Estados nacionales que han suscrito o se han adherido a la CADH y con mayor intensidad a los que han reconocido la competencia contenciosa de la Corte IDH; estándar que, como veremos más adelante, las propias Constituciones o la jurisprudencia nacional pueden válidamente ampliar, para que también forme parte del “bloque de constitucionalidad/convencionalidad” otros tratados, declaraciones e instrumentos internacionales, así como informes, recomendaciones generales y demás resoluciones de los organismos y tribunales internacionales”. FERRER MACGREGOR, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3033/14.pdf>; consultado el 9 de febrero de 2014].

*esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.*<sup>128</sup>

En suma, dada la imperiosa observancia de la convencionalidad basada en los Derechos reconocidos en la Convención Americana de Derechos Humanos y la jurisprudencia decantada por la Corte Interamericana, como criterio interpretativo vinculante, es que se encuentra suficiente fundamento para estructurar el deber jurídico oficioso de las autoridades estatales –y en particular de los jueces- de aplicar la excepción de inconventionalidad para favorecer las prescripciones normativas que emanan de la Convención por sobre los actos jurídicos del derecho interno.

### **El principio del interés superior de los menores.**

Dicho lo anterior, esta Sala destaca que la condición de niño o niña, que tenían las demandantes en el momento en el que sucedieron los hechos que dieron lugar al daño que se reclama en el presente caso, impone una valoración jurídica particular si se consideran su situación de vulnerabilidad, el deber jurídico de adoptar acciones positivas en aras de realizar la igualdad material y por las condiciones de quienes son niños y niñas, lo que hace que exista el deber de observar y dar prevalencia al interés superior del niño<sup>129</sup>.

De acuerdo a dicho criterio interpretativo las autoridades deben adoptar frente al niño las actuaciones y procedimientos que en mayor medida le beneficien para su desarrollo y formación y garantice sus derechos. La Corte Constitucional se ha referido a dicho principio afirmando que conforme a el “al menor se le debe otorgar un trato preferente, acorde con su caracterización jurídica en tanto sujeto de especial protección, de forma tal

---

<sup>128</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile, sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo 124. En opinión de Ferrer MacGregor: “Si observamos los alcances del “control difuso de convencionalidad”, podemos advertir que en realidad no es algo nuevo. Se trata de una especie de “bloque de constitucionalidad” derivado de una constitucionalización del derecho internacional, sea por las reformas que las propias Constituciones nacionales han venido realizando o a través de los avances de la jurisprudencia constitucional que la han aceptado. La novedad es que la obligación de aplicar la CADH y la jurisprudencia convencional proviene directamente de la jurisprudencia de la Corte Interamericana como un “deber” de todos los jueces nacionales; de tal manera que ese imperativo representa un “bloque de convencionalidad” para establecer “estándares” en el continente o, cuando menos, en los países que han aceptado la jurisdicción de dicho tribunal internacional”. FERRER MACGREGOR, Eduardo. “El control difuso de convencionalidad en el estado constitucional”, en [<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>; consultado 9 de febrero de 2014].

<sup>129</sup> En el ámbito contencioso véase los siguientes casos relativos a violación de los derechos de niños: Caso Niños de la Calle c. Guatemala (19 de noviembre de 1999), Caso Bulacio c. Argentina (18 de septiembre de 2003), Caso Instituto de Reeducación del menor c. Paraguay (2 de septiembre de 2004), Caso Hermanos Gómez Paquiyauri c. Ecuador (8 de julio de 2004), Caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana (8 de septiembre de 2005) y Caso Atala Riffo c. Chile (24 de febrero de 2012).

que se garantice su desarrollo integral y armónico como miembro de la sociedad”<sup>130</sup>, mientras que la Corte Interamericana ha precisado que se trata de un “principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad del ser humanos, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”<sup>131</sup>.

Esta postura se encuentra reflejada desde la Declaración de las Naciones Unidas de los Derechos del niño cuando en su principio 2 se dijo que “El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño”<sup>132</sup>; posteriormente el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos recogió, de manera general, en el artículo 24 el derecho de los niños a “las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado”, lo que vino a ser plasmado en el ámbito americano, en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos donde se estableció que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

De manera especial, la Convención de los Derechos del Niño consolidó en el artículo 3.1 el deber jurídico de las autoridades de dar aplicación, en todo momento, del interés superior del niño, en los siguientes términos:

*“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”*

---

<sup>130</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-510 de 2003.

<sup>131</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. OC-17 de 28 de agosto de 2002. Concretamente, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de las Niñas Yean y Bosico c. República Dominicana, sentencia de 8 de septiembre de 2005: “La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad. Asimismo, el Estado debe prestar especial atención a las necesidades y los derechos de las presuntas víctimas en consideración a su condición de niñas, como mujeres que pertenecen a un grupo en una situación vulnerable”.

<sup>132</sup> Declaración aprobada mediante Resolución No. 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Asimismo, en el artículo 3.2 de la norma internacional, se establece:

*“Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.”*

De acuerdo a estas disposiciones es que se ha sostenido que el criterio del interés superior del niño es de carácter general, por cuanto comprende a todas las autoridades de los estados, bien sean estas administrativas, legislativas o judiciales; inclusive va más allá por cuanto se extiende a la sociedad en general y la familia y se trata de un mandato que tiene vigencia en el ámbito de creación como de aplicación del derecho<sup>133</sup>, con lo que se asegura que dicho criterio interpretativo se haga efectivo en todos los escenarios posibles, es decir, las obligaciones en cabeza del Estado no se agotan en el hecho proteger a los menores per se, sino que se amplían a una protección de la familia<sup>134</sup>, sus derechos y deberes, en términos generales.

Adicionalmente, aunque se trata de un criterio general, es preciso reconocer que su aplicación debe estar orientada de acuerdo a las necesidades y las características particulares en que se encuentre el niño<sup>135</sup> y su posible estado de indefensión o violación de derechos.

De manera concreta la Sala destaca la necesidad de adopción de las medidas que resulten necesarias y pertinentes en cada caso concreto, cuando estemos ante una

---

<sup>133</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. OC-17 de 28 de agosto de 2002: “2. “Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

<sup>134</sup> De manera especial, los derechos y deberes de los padres, al respecto el artículo 5º de la misma convención establece: “Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

<sup>135</sup> Sobre este punto la Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, expedida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, destaca: “60. En el mismo sentido, conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia.

61. En conclusión, **es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se hallan el niño.**” (Resaltado propio). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño. OC-17 de 28 de agosto de 2002.

situación en la cual quienes se ven afectados en sus derechos son menores, razón por la cual el análisis del caso debe darse desde una óptica especial; así en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resulta pertinente analizar el interés superior de las menores atendiendo al caso concreto y no de manera abstracta<sup>136</sup>, de igual manera se razonará en el punto de la reparación y a las víctimas.

### **3. Análisis del caso concreto**

De conformidad con los lineamientos teóricos antes expuestos, procede la Sala a determinar si en el caso sub examine es administrativa y patrimonialmente responsable el Departamento de Sucre por los daños sufridos por las menores Lastre Díazgranados, como consecuencia de la presunta falla en el servicio de la administración, lo cual se analizará desde la óptica de los reparos propuestos por la parte recurrente, esto es, al omitir dar inducción sobre el manejo del mercurio; asimismo, por no suministrar la dotación respectiva para la protección del manejo de sustancias tóxicas como lo era el mercurio a la señora Ruth Díazgranados Vergara cuando ejercía las labores de auxiliar de odontología en el Centro de Salud Galeras.

Por lo tanto, la Sala entra a determinar la ocurrencia del daño en el caso en cuestión, con base en las pruebas ya relacionadas obrantes en el plenario.

#### **3.1 Daño antijurídico en el caso concreto**

Se advierte que el daño antijurídico acá demandado se encuentra acreditado, toda vez que las hermanas Lastre Díazgranados sufren una enfermedad por intoxicación de mercurio por vía transplacentaria, es decir, producida a partir de la época de su gestación.

Lo anterior se encuentra demostrado con el oficio del 10 de junio de 1998 expedido por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social Regional de Trabajo de Sucre división de empleo y seguridad social, del cual se puede inferir que Nelsa y Azalaia Lastre Díazgranados, presentaron examen médico laboral apoyado en la Historia Clínica de cada una de ellas, y se les advirtieron a las dos, síntomas y signos relacionados con trastorno orgánico cerebral crónico secundario por intoxicación congénita por mercurio; por lo que se les calificó un grado de invalidez en un 60% para cada una<sup>137</sup>.

---

<sup>136</sup> En este mismo sentido véase lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Atala Riffo c. Chile, sentencia de 24 de febrero de 2012

<sup>137</sup> Folios. 55 del C.1

Asimismo, se encuentra probado que la señora Ruth Diazgrandos Vergara es la madre de las hermanas Lastre Díazgranados<sup>138</sup>; que ella laboró como auxiliar de odontología en el centro de salud Galeras, a partir del 27 de marzo de 1974, fecha en la que tomó posesión, como consta en el acta de posesión N° 826<sup>139</sup>, y que para esa época se le realizó un examen de admisión en el que se le calificó como apta para ejercer el cargo para el que esta había sido nombrada.

También se evidencia en el expediente que *“la señora Ruth Milena Díazgranados fue declara invalida permanente por la división de Salud Ocupacional mediante oficio DSO 91- 406 de fecha: 12 de febrero de 1991, ”*, teniendo en cuenta que un concepto de la División de Salud Ocupacional de la Caja Nacional de previsión en la que se consignó: *“conceptúa que Ruth Diazgranados Vergara amerita pensión de invalidez en forma permanente, sobre una valoración del 96% de pérdida de la capacidad laboral, cuyos efectos rigen al cumplimiento de los 180 días de incapacidad continua”*.

De otra parte, está probado que las menores NELA Y SALIA LASTRE DIAZGRANADOS, presentaron un grado de invalidez de un 60% por un trastorno cerebral crónico secundario a intoxicación congénita por mercurio, según lo certificó el médico del trabajo el 10 de junio de 1998(fl.55C.1).

Con fundamento en lo expuesto, es claro para esta Sala que las hermanas Lastre Diazgranados sí tuvieron una intoxicación congénita por mercurio. Como fecha de inicio de desencadenamiento del daño invocado se señaló la de su nacimiento, pero solo fue hasta el momento de su edad adolescente (14 y 16 años) en que las víctimas tuvieron pleno conocimiento de los síntomas, signos y manifestaciones psíquicas y psicofísicas, concretadas en los trastornos mentales, que inicialmente llevaron a ponderar su discapacidad hasta en un porcentaje del 60%, y luego llegó a incrementarse al máximo, esto es, el 100% de incapacidad laboral, tal como lo determinó la Junta Regional de Calificación de Invalidez mediante los dictámenes N° 132 /04 del 30 de marzo de 2004, en el cual calificó a Azalia José Lastre Diazgranados; y el N° 183 /04 del 15 de marzo de 2004, en el que se calificó a Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados (fl. 241 ss C.1).

De conformidad con los anteriores medios probatorios, para la Sala es forzoso concluir la existencia, certeza y consumación de daño antijurídico padecido por las hermanas Lastre Diazgranados, consistente en la vulneración, cercenamiento y limitación desproporcionada de sus derechos a la integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad y a la salud de quienes para la época en que se conoció dicho daño estaban en una edad de pleno desarrollo físico y psicológico, contradiciendo mandatos

---

<sup>138</sup> Folios. 28-29 y 30 y 31 del C.1

<sup>139</sup> Folios. 38 del C.1

convencionales establecidos en los artículos 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos, 24 de la Convención de las Naciones Unidas y 12 numeral 2 literal a, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en correspondencia con lo consagrado en los artículos 11, 16 y 44 de la Constitución Política, en todos los cuales se protege y garantizan tales derechos de manera reforzada cuando se trata de sujetos de especial protección como son los niños o menores de edad, a quienes debe procurarse la calidad de vida y la mejora en sus condiciones de salud.

Dicho daño antijurídico se concretó en el sub judice, en una intoxicación por mercurio vía transplacentaria derivada de su madre Ruth Díaz Granados, quien para la época de la gestación de estas, laboraba como auxiliar de odontología, y a quien le fue diagnosticada una enfermedad laboral, producto de la intoxicación con mercurio. Sin embargo, para determinar si existe responsabilidad del Estado, se debe entrar a analizar si ese daño le es o no atribuible a las entidades accionadas.

### **3.2 Imputación del daño en el caso concreto**

Acreditado como se encuentra el daño antijurídico, procede la Sala analizar si en efecto la intoxicación congénita que sufrieron las entonces menores de edad, Nelsa y Azalia Lastre Diazgranados, resulta imputable al Ministerio de Salud.

Para el efecto, la Sala en primer lugar examina las características que se le han reconocido al mercurio, y al respecto encuentra que la Organización Panamericana de la Salud, expresa<sup>140</sup>:

*“El mercurio es reconocido como una sustancia química de preocupación mundial debido a su transporte a larga distancia en la atmósfera, su persistencia en el medio ambiente, su capacidad de bioacumulación en las cadenas alimentarias, y sus efectos negativos y significativos sobre la salud humana y el medio ambiente, incluso relativamente a bajas exposiciones*

#### **(...)Toxicología del mercurio, formas y compuestos**

##### **1. Metilmercurio**

*Entre los adultos y los niños, después de la ingestión, por la sangre, los órganos blanco de metil mercurio son el Sistema Nervioso Central - especialmente el cerebelo y la corteza visual, y el Sistema Nervioso Periférico — focalizado en los ganglios de la raíz dorsal espinal. Los mecanismos disruptores están relacionados con la alta afinidad de los cationes del metilmercurio con en el grupo sulfhidrilo y la capacidad del metil mercurio en mimetizar la metionina, un aminoácido esencial. Debido a esta afinidad de metilmercurio a las proteínas sulfhidrilo, el cabello se puede utilizar como un indicador biológico. Dado que los cationes del metilmercurio se unen a las hebras de cabello en el momento de la formación de cabello, es posible estimar la exposición al metilmercurio en el tiempo.*

---

<sup>140</sup> Se emplea la literatura científica de un organismo internacionalmente reconocido como elemento de contraste de las pruebas y no como medio probatorio o con la finalidad de este.



*Con una vida media en sangre de alrededor de 45 a 60 días después de cruzar la barrera de sangre del cerebro, el metilmercurio permanece atrapado dentro del SNC. En base dependiente de la dosis, los síntomas y signos clínicos asociados con la exposición al metilmercurio incluyen parestesias (pérdida de sensibilidad en las extremidades y alrededor de la boca), ataxia (alteración de la marcha), disartria (dificultad del habla), trastornos de la audición, temblor en las extremidades y constricción de los campos visuales. De epidemias Iraq, parestesia se correlacionó con niveles de mercurio en el cabello en el intervalo de 50 a 120 partes por millón, mientras que ataxia, disartria, sordera y muerte se observaron a concentraciones medias de 200, 350, 750 y 1500 ppm, respectivamente.*

*Durante la vida prenatal, las altas exposiciones maternas pueden causar trastornos neurológicos como parálisis cerebral - microcefalia, hiperreflexia, deficiencias en la motricidad gruesa y mental, ceguera y coma. En el cerebro en desarrollo, la migración celular y la división celular se ven afectados por el metilmercurio, debido a las interrupciones en la síntesis de sustancias, arresto mitótico, cambios en las formaciones sinápticas y anormal arquitectura celular, entre otros daños<sup>141</sup>.*

Ahora bien, así caracterizado el mercurio, resulta evidente que en las actividades en las que se requiera su manipulación hace que estas sean definidas como peligrosas, respecto de lo cual, si bien es posible examinarla desde el régimen subjetivo de responsabilidad, en este caso no encuentra la Sala desde esa perspectiva el incumplimiento de algún deber normativo por parte de las entidades demandadas, con base en las pruebas obrantes en el proceso (siguiendo la jurisprudencia de unificación de la Sección Tercera de 19 de abril de 2012, expediente 21515 y de 23 de agosto de 2012, expediente 23492).

Sin embargo, desde la óptica del régimen objetivo de responsabilidad, dado el carácter peligroso que comporta la actividad de manipulación del mercurio, se dispone la Sala estudiar si se encuentra configurado un riesgo excepcional que permita atribuirle responsabilidad a las entidades demandadas.

Sobre el riesgo excepcional como criterio de atribución de responsabilidad es oportuno recordar que:

*“Es un fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado sustentada en la creación, incremento o modificación del riesgo, o de la deficiencia de las actitudes que siendo riesgosos pueden contrar la producción del daño donde, demostrado este, queda en cabeza de la administración pública establecer la ocurrencia de alguna de las eximentes de responsabilidad”<sup>142</sup>.*

---

<sup>141</sup> [https://www.paho.org/hq/index.php?option=com\\_content&view=article](https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article), consultado el 29 de mayo de 2018.

<sup>142</sup> Jaime Orlando Santofimio Gamboa, Tratado de Derecho Administrativo, Derecho de Víctimas y Responsabilidad del Estado, Tomo V. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2017, pág. 140.

Este criterio de atribución se ha aplicado, entre otros eventos, cuando el daño proviene de actividades peligrosas, puesto que se trata de actividades legales del Estado que de suyo comportan un riesgo. En este orden de ideas, se trata de establecer si en los hechos que dieron lugar a este proceso, puede constatarse la creación de riesgo por parte del Estado, en el desarrollo de sus propias actividades o la creación surge del ejercicio de la vigilancia y control a la que debe someterse toda actividad que sea de naturaleza riesgosa y/ o peligrosa.

En el presente evento tenemos que la señora Ruth Diazgranados Vergara, fue contratada por el Ministerio de Salud, para que se desempeñara como auxiliar de odontología en un centro de salud del Departamento de Sucre, esto es, para colaborar en la prestación del servicio público de salud oral. Ahora bien, está acreditado que la señora Ruth Marina, en desarrollo de sus funciones, debía manipular y exponerse al uso de mercurio en la actividad odontológica, lo que entrañaba la concreción e incremento de serios riesgos para su salud, para su integridad personal y familiar, ya que laboró encontrándose en estado embarazo, lo que representaba un incremento del riesgo que se hizo asumir a la mencionada señora.

Sobre la potencialidad nociva del mercurio en personal que trabaja en odontología se ha advertido:

*“Hasta no encontrar un sustituto de la amalgama dental, que igualmente conlleve a la eficacia y eficiencia en las labores odontológicas, y que a su vez no represente un riesgo potencial para la vida humana, animal y vegetal,<sup>1-3</sup> el mercurio seguirá acompañando la existencia de in- numerables seres vivos, particularmente la del personal relacionado con el quehacer odontológico”<sup>143</sup>.*

El estudio parcialmente transcrito pone de presente que, aún en el año 2009, no se podía prescindir de este riesgo potencial en la actividad odontológica. Situación que de suyo demuestra que el Estado, al autorizar la manipulación del mercurio, en el ejercicio de una actividad lícita, como es prestar el servicio de salud, procura que concrete la creación o incremento del riesgo para el personal que atiende dicho servicio, y que potencialmente se vea afectado por tal manipulación.

Dicho riesgo se empieza a concretar y manifestar de manera continuada en la exposición a la que venía siendo sometida la señora Ruth Diazgranados, y sobre el que se vino a configurar un primer dato de exposición, conforme a las pruebas que obran en el expediente, el 14 de abril de 1986, cuando el médico Eduardo E. Gómez, certificó que

---

<sup>143</sup> Riesgo en el manejo de la amalgama dental en las entidades odontológicas mediante y pequeñas en el Departamento de Antioquia. Investigación realizada por el grupo de Investigación de ciencia y tecnología biomédica de la Universidad de Antioquia, julio de 2009 en [www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v27n2/v27n2a10.pdf](http://www.scielo.org.co/pdf/rfnsp/v27n2/v27n2a10.pdf). Consultado el 29 de mayo de 2018.

“por el oficio de la paciente, maneja mercurio desde hace 13 años, por lo que se tendría que descartar un proceso de intoxicación” (fl.39 C.1). Opinión médica que ratificó el galeno Guillermo Borga González, quien el 26 de mayo de 1989, certificó que: “La paciente anotada padece secuelas de intoxicación por mercurio, por lo cual se recomienda continuar laborando en sitios poco calurosos y con responsabilidades mínimas” (fl. 42 C.1). Situación que se corrobora, el 6 de septiembre de 1990, con la epicrisis de historia clínica de la señora Ruth, se lee:

“Paciente quien consulta por cuadro de intoxicación aguda por mercurio en 1986, manejada en la Seccional, desde entonces refiere disminución de la fuerza de miembros superiores e inferiores y temblor, alteraciones visuales y auditivas... No se lograron tomar niveles de mercurio en cabello ni en sangre por no preacarse en la Institución ni en laboratorios adscritos a la institución ( se solicita tomarlos en la Seccional y traerlos para control posterior)”. (fls. 43- 44 C.1). Finalmente, el 5 de diciembre de 1990 el dictamen Médico laboral sobre invalidez determinó como diagnóstico definitivo:

“ Intoxicación crónica por mercurio. Polineuropatía secundaria síndrome metal orgánico Su alteración motora y sus condiciones mentales la incapacitan. No se recomienda su exposición nuevamente al mercurio... Se conceptua que el afiliado si es acreedor a pensión por invalidez por presentar una pérdida de capacidad laboral de 100%” (fls. 46-47 C.1).

Ese riesgo, que empezó a manifestarse en 1986, tuvo un despliegue en el tiempo, que vino a tener su concreción específica en las menores Lastre Diaz Granados en 1998<sup>144</sup>, con una agravación de su condición médica en el 2004<sup>145</sup>, y que denota que tanto la actividad como la exposición a los riesgos y la situaciones inherentes a la misma siguieron estando presentes antes de su concepción, durante su niñez y aun con posterioridad a su adolescencia, sin que ante la creación e incremento de dicho riesgo se hubiese demostrado por parte de la entidad demandada que operó alguna causal eximente o una exposición autónoma de la madre de las mismas, con lo que el origen riesgoso por la creación e incremento de la situación, seguía estando en la esfera de dicha entidad, sin que se haya demostrado lo contrario

---

<sup>144</sup> En efecto, se encuentra que el 10 de junio de 1998, el Médico del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social Regional de Trabajo de Sucre certificó:

“ Que las jóvenes NELSA Y ASALIA LASTRE DIAZGRANADOS, de 16 y 14 años respectivamente, hijas de la señora RUTH MILENA DIAZGRANADOS, identificada con cédula de ciudadanía número 33.080.944 expedida en Galeras, presentaron(sic) al examen médico laboral apoyado en la Historia clínica de cada una de ellas, síntomas y signos relacionados con trastorno orgánico cerebral crónico secundaria a intoxicación congénita por mercurio. Para efectos pago subsidio familiar se califica el grado de invalidez en un 60% atendiendo a las secuelas orgánico cerebrales”(fl. 55 C.1).

<sup>145</sup> El 31 de marzo de 2004, atendiendo un requerimiento del Tribunal que conoció de primera instancia del presente proceso la junta de Inspectores del Trabajo, del Ministerio de Trabajo, Seccional Bolívar, dictaminaron en dichas menores la pérdida de capacidad del 100% y certificaron que las pacientes requieren de otra persona para desarrollar las funciones elementales de la vida. (fls 240-244 C.1)

Así las cosas, imperioso es revocar la decisión de primera instancia, pues la imprecisión en que se incurre en uno de los dictámenes según la cual, la madre de las menores se habría contaminado con anterioridad a su vinculación al Servicio Seccional de Salud del Departamento de Sucre, no tiene ningún respaldo probatorio dentro del plenario; por el contrario, obra prueba que en el momento que se designó le fue practicado un examen médico que la calificó como apta para desempeñar sus labores. En consecuencia se declarará la responsabilidad del Departamento de Sucre, por la intoxicación congénita sufrida por las menores Nelsa y Azalia José Lastre Diazgranados.

#### **4. Reconocimiento y liquidación de los perjuicios.**

En la demanda se solicitó el reconocimiento de perjuicios inmateriales en la modalidad morales, del daño fisiológico y de los perjuicios materiales. La Sala procede ahora a analizar cada uno de estos individualmente.

##### **4.1 Inmateriales**

###### **4.1.1. Morales**

Se solicitó por el equivalente a 1500 gramos oro para las menores que fueron contaminadas, 1000 como víctimas directa y 500 en su condición de hermana de la otra víctima de la intoxicación. Para los demás demandantes la suma de 2000 gramos oro

Al respecto, se tiene que el el daño moral derivado de la grave y seria afectación al libre desarrollo de la personalidad y a la salud, se presume tanto para la víctima directa, como para sus parientes en el primero y segundo grado de consanguinidad; y en cuanto su liquidación, siguiendo los parametros establecidos en la sentencia de unificación que dispuso:

*“reparación del daño moral en caso de lesiones tiene su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas.*

*Para el efecto se fija como referente en la liquidación del perjuicio moral, en los eventos de lesiones, la valoración de la gravedad o levedad de la lesión reportada por la víctima. Su manejo se ha dividido en seis (6) rangos:*

| GRAFICO No. 2                                 |  |   |  |   |  |
|---|--|---|--|---|--|
| REPARACION DEL DAÑO MORAL EN CASO DE LESIONES |  |   |  |   |  |
|   | NIVEL 1  | NIVEL 2   | NIVEL 3  | NIVEL 4   | NIVEL 5  |
| <b>GRAVEDAD DE LA LESIÓN</b>                  | Víctima directa y relaciones afectivas conyugales y paterno-filiales | relación afectiva del 2º de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos) | Relación afectiva del 3º de consanguinidad o civil | Relación afectiva del 4º de consanguinidad o civil. | Relaciones afectivas no familiares - terceros damnificados |
|   | <b>SMLMV</b>   | <b>SMLMV</b>  | <b>SMLMV</b>                                       | <b>SMLMV</b>  | <b>SMLMV</b>   |
| Igual o superior al 50%                       | 100  | 50  | 35   | 25  | 15   |
| Igual o superior al 40% e inferior al 50%     | 80   | 40  | 28   | 20  | 12   |
| Igual o superior al 30% e inferior al 40%     | 60   | 30  | 21   | 15  | 9  |
| Igual o superior al 20% e inferior al 30%     | 40   | 20  | 14   | 10  | 6  |
| Igual o superior al 10% e inferior al 20%     | 20   | 10  | 7  | 5   | 3  |
| Igual o superior al 1% e inferior al 10%      | 10   | 5   | 3,5  | 2,5   | 1,5  |

*Deberá verificarse la gravedad o levedad de la lesión causada a la víctima directa, la que determinará el monto indemnizatorio en salarios mínimos. Para las víctimas indirectas se asignará un porcentaje de acuerdo con el nivel de relación en que éstas se hallen respecto del lesionado, conforme al cuadro<sup>146</sup>.*

Aplicando los parámetros de la sentencia de unificación parcialmente transcrita, se tiene que en el presente caso los perjuicios morales se presumen hasta los parientes en segundo grado; aquellos que se encuentren en el tercero y cuarto grado, deberán demostrar el sufrimiento o la aflicción. Se observa que respecto de los tíos de las víctimas, Yolima, Mariano del Cristo y Antonia María Diazgranados no se encuentra prueba, por lo tanto a estos demandantes se les negará el reconocimiento de tales perjuicios. En este orden ideas, se reconocerá por perjuicios morales las siguientes sumas de dinero:

| NOMBRE                                       | INDEMNIZACION |
|--|---------------|
| Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados (víctima) | 100 SMLMV     |
| Azalia José Lastre Diazgranados (víctima)    | 100 SMLMV     |
| Ruth Diazgranados Vergara (madre)            | 50 SMLMV      |
| Nelson de Jesús Lastre Galván (padre)        | 50 SMLMV      |
| Edita Vergara Castro (abuela)                | 50 SMLMV      |

<sup>146</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 28 de agosto de 2014, exp. 31172.

#### **4.1.2 El daño a salud**

Este daño, pedido como daño fisiológico, pero denominado hoy jurisprudencialmente como daño a la salud, se encuentra debidamente acreditado con los dictámenes médicos que precedentemente se citaron. En consecuencia, se reconocerá a las víctimas directas de la intoxicación, Azalia José y Nelsa de Jesús Lastre Díazgranados, este perjuicio en el monto establecido por la Sentencia de unificación y, dado que su incapacidad es superior al 50%, el mismo se liquidará en 100 salarios mínimos legales mensuales, para cada una de ellas. Sin embargo, atendiendo a la gravedad de las lesiones, que paulatinamente llegaron a generarle a cada una de las víctimas el 100% de su incapacidad laboral, lo que hizo que su periodo de infancia, adolescencia, sufrieran en extremo los rigores de las limitaciones que la misma enfermedad imponía, se reconocerá, a cada una de las víctimas el máximo autorizado por la jurisprudencia, esto es, 400 salarios mínimos legales mensuales para cada una de las hermanas Lastre Díazgranados.

#### **4.2 Los daños materiales.**

En la demanda por este concepto se solicitó el reconocimiento del lucro cesante consolidado y futuro, y se hizo consistir en la incapacidad permanente irreversible que sufren por la intoxicación por mercurio por transferencia trasplacentaria, que expresa su frustración, por la imposibilidad de lograr un desarrollo armónico en sus vidas físicas, intelectuales y productivas. Pues bien, en relación con ello, la Sala reconocerá como perjuicio material la incapacidad de Nelsa y Azalia José de tener una vida laboralmente productiva, y para la liquidación de este perjuicio el mismo se reconocerá en dos periodos, el transcurrido desde que cada una de las víctimas adquirieron la mayoría de edad, y por lo tanto, si no hubiesen sufrido el daño, tendría la capacidad de vincularse a una actividad laboral; hasta la fecha de esta sentencia. A este periodo se le denominará lucro cesante consolidado. También se reconocerá, como lucro cesante futuro, lo que las mismas podrán producir durante el periodo de la vida probable. El cálculo se hará con base en el salario mínimo mensual vigente así.

##### **4.2.1 Indemnización por lucro cesante para Nelsa de Jesús Lastre Díazgranados**

###### **4.2.1.1 Lucro cesante consolidado.**

Esta persona nació el 21 de mayo de 1982,(fl.29 C.1) por lo tanto alcanzó la mayoría de edad, el 21 de mayo de 2000, así el periodo de lucro consolidado del lucro cesante

comprenderá entre este día y la fecha de esta providencia esto es, el 9 de julio de 2018, es decir, por un periodo de 18 años y un mes y 18 días, esto es, de 217.6 meses. con base en lo anterior el lucro cesante consolidado se liquidará conforme a la siguiente formula matemática así:

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

.

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es el ingreso mensual que se presume obtendría en una actividad laboral, esto es el salario mínimo legal vigente \$781.242

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha en que esta demandante adquirió la mayoría de edad, 21 de noviembre de 2000 hasta a la fecha de esta providencia, 217.6 meses.

$$S = \frac{781.242 (1+0,004867)^{217,6} - 1}{0,004867}$$

$$S = \$301.173.603,61$$

#### 4.2.1.2 Lucro cesante futuro

Este periodo estará comprendido entre el 10 de julio de 2018, hasta el vencimiento de la vida probable, A este respecto se tiene que la Resolución 497 de 1997, expedida por la entonces denominada Superintendencia Bancaria, determinó que las personas del sexo femenino nacidas dentro del periodo comprendido entre 1980 y 1989, al cumplir los 18 años, tendrían una expectativa de vida de 59.36 años, esto es 712,32 meses. Sin embargo como de este periodo ya se reconocieron 217.6, el lapso restante es de 494,72 Para liquidar este lucro cesante consolidado se utilizará la siguiente fórmula.

$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es el 100% de la renta o ingreso mensual que equivale a \$781.242

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: que se calcula con base en la vida probable que tiene la víctima en el momento que se profiere esta sentencia, esto es, 59,36 años, o lo que es lo mismo, 712,32 meses; sin embargo, como de este periodo ya fueron reconocidos en el lucro cesante consolidado 217,6, el periodo concreto de lucro cesante futuro se contrae a 494,72 lapso que se contabilizará a partir del 10 de julio de 2018.

$$S = \frac{781.242 (1+0.004867)^{494,72} - 1}{0.004867(1+004867)^{-494,72}}$$

$$S= \$145.984.842,03$$

Con base en lo expuesto, se le reconocerá a Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados a título de lucro cesante futuro la suma de \$145.984. 842,03.

#### **4.2.2 Indemnización por lucro cesante para Azalia Jose Lastre Diazgranados**

##### **4.2.2.1 Lucro cesante consolidado**

Esta persona nació el 21 de noviembre de 1983 (fl. 30 C.1), por lo tanto alcanzó la mayoría de edad, el 21 de noviembre de 2001, así el periodo de lucro consolidado del lucro cesante comprenderá entre este día y la fecha de esta providencia esto es el 9 de julio de 2018., es decir, por un periodo de 16 años 7 meses y 18 días, esto es, de 199.6 meses. con base en lo anterior el lucro cesante consolidado se liquidará conforme a la siguiente formula matemática así:

$$S= Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i}$$

.

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es el ingreso mensual que se presume obtendría en una actividad laboral, esto es el salario mínimo legal vigente \$781.242

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: desde la fecha en que esta demandante adquirió la mayoría de edad, 21 de noviembre de 2001 hasta a la fecha de esta providencia., 199.6 meses.

$$S= 781.242 (1+0,004867)^{199.6} - 1$$

$$\frac{\quad}{0,004867}$$

$$S= \$262.537.597,76$$

Con base en lo expuesto, se le reconocerá a Azalia José Lastre Diazgranados a título de lucro cesante consolidado la suma de \$262.537.597,76

##### **4.2.2.2 Lucro cesante futuro.**

Este periodo estará comprendido entre el 10 de julio de 2018, hasta el vencimiento de la vida probable, A este respecto se tiene que la Resolución 497 de 1997, expedida por la entonces denominada Superintendencia Bancaria, determinó que las personas del sexo femenino nacidas dentro del periodo comprendido entre 1980 y 1989, al cumplir los 18 años, tendrían una expectativa de vida de 59.36 años, esto es 712,32 meses. Sin embargo como de este periodo ya se reconocieron 199.6, el lapso restante es de 512,72 Para liquidar este lucro cesante consolidado se utilizará la siguiente fórmula.



$$S = Ra \frac{(1 + i)^n - 1}{i(1 + i)^n}$$

Donde:

S = Es la indemnización a obtener.

Ra = Es el 100% de la renta o ingreso mensual que equivale a \$781.242

i= Interés puro o técnico: 0.004867

n= Número de meses que comprende el período indemnizable: que se calcula con base en la vida probable que tiene la víctima en el momento que se profiere esta sentencia, esto es, 59,36 años, o lo que es lo mismo, 712,32 meses; sin embargo, como de este periodo ya fueron reconocidos en el lucro cesante consolidado 199,6 el periodo concreto de lucro cesante futuro se contrae a 512,72 lapso que se contabilizará a partir del 1 de junio de 2018.

$$S = 781.242 \frac{(1+0.004867)^{512,72} - 1}{0.004867(1+004867)^{512,72}}$$

S= \$147.201.043,59

Con base en lo expuesto, se le reconocerá a Azalia José Lastre Diazgranados, a título de lucro cesante futuro la suma de \$147.201.043,59

#### 4.3 Medidas de Satisfacción

Las medidas de satisfacción buscan la reparación integral y proceden, teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, I. Para el efecto el juez, de manera oficiosa o a solicitud de parte, decretará las medidas que considere necesarias o coherentes con la magnitud de los hechos probados (Artículo 8.1 y 63.1 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos). Además, la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, prevé en su artículo 6º que:

*“Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”.*

En el sub judice se solicitó como medida de reparación que se ordenará a las entidades demandadas a prestar el servicio médico asistencial requerido por el estado de discapacidad de las entonces menores NELSA DE JESÚS Y AZALIA JOSÉ LASTRE DIAZGRANADOS. La Sala, atendiendo a las consideraciones precedentemente expuestas encuentra procedente esta pretensión, puesto que uno de los dictámenes médicos da cuenta que las víctimas de la intoxicación congénita por mercurio requieren de una persona que las asista para atender las necesidades básicas de la vida. En este orden de ideas, se ordenará que a cuenta del presupuesto del Departamento de Sucre, a NELSA DE JESUS Y AZALIA JOSÉ

LASTRE DIAZGRANADOS se les afilie a una entidad prestadora de salud y se les provea una persona que las asista en su vida diaria.

## 5. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y como en este caso ninguna de aquellas actuó de esa forma, no se impondrán.

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

### RESUELVE

**REVOCAR** la sentencia del 14 de diciembre de 2010 por el Tribunal Administrativo de Sucre, la cual quedará así:

**PRIMERO: DECLÁRASE** probada la excepción de Falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Salud y Protección Social, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLÁRASE** administrativamente responsable a la NACIÓN-DEPARTAMENTO DEL SUCRE, por el daño a la salud sufrido por AZALIA JOSE Y NELSA DE JESUS LASTRE DIAZGRANADOS con la intoxicación congénita por mercurio de que fueron víctimas.

**TERCERO:** Como consecuencia de la declaración anterior, **CONDÉNASE** a la NACIÓN-DEPARTAMENTO DE SUCRE, a pagar a AZALIA JOSE Y NELSA DE JESUS LASTRE DIAZ GRANADOS, por concepto de daño a la salud, la suma equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales, a cada una de ellas.

**CUARTO: CONDÉNASE** a la NACIÓN –DEPARTAMENTO DE SUCRE, por concepto de perjuicios morales a pagar las siguientes sumas de dinero:

| NOMBRE                                       | INDEMNIZACION |
|--|---------------|
| Nelsa de Jesús Lastre Diazgranados (víctima) | 100 SMLMV     |
| Azalia José Lastre Diazgranados (víctima)    | 100 SMLMV     |
| Ruth Diazgranados Vergara (madre)            | 50 SMLMV      |

|                                       |          |
|---------------------------------------|----------|
| Nelson de Jesús Lastre Galván (padre) | 50 SMLMV |
| Edita Vergara Castro (abuela)         | 50 SMLMV |

**QUINTO: CONDÉNASE** a la NACIÓN –DEPARTAMENTO DE SUCRE, por concepto de perjuicio material, en la modalidad de lucro cesante consolidado y futuro, a pagar a NELSA DE JESUS LASTRE DIAZGRANADOS LA SUMA DE \$447.158.445,64.

**SEXTO: CONDÉNASE** a la NACIÓN –DEPARTAMENTO DE SUCRE, a pagar a AZALIA JOSE LASTRE DIAZGRANADOS por concepto de perjuicio material, en la modalidad lucro cesante consolidado y futuro, la suma de \$409.738.641,35.

**SEPTIMO: ORDÉNASE** a la NACIÓN- DEPARTAMENTO DE SUCRE, para que a cargo de sus respectivos presupuestos se preste el servicio médico asistencial que requieren AZALIA JOSE Y NELSA DE JESUS LASTRE DIAZGRANADOS, a través de una Entidad Prestadora de Salud; y provea lo necesario para ellas cuenten con una persona que las asista en las necesidades básicas de la vida diaria, dada su incapacidad.

**OCTAVO: SIN CONDENA** en costas.

**NOVENO:** Dése cumplimiento a esta sentencia en los términos previstos en los artículos 178 y 179 del CCA.

**DECIMO:** Ejecutoriada esta providencia, DEVÚELVASE el expediente al Tribunal de origen.

**CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

**GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE**

**Magistrado**

**Aclaración de voto Cfr. Rad. 35796-16 #2 y #3, Rad. 34158-15 #3, Rad. 38039-16 #4.**

**JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS**

**Magistrado**

**JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA**

**Presidente de la Sala**