

# **Responsabilidad del Estado por daños derivados de los implantes mamarios PIP (POLY IMPLANT PROTHESIS)**

Facultad de Derecho  
Universidad Autónoma Latinoamericana



**Responsabilidad del Estado por daños derivados de los implantes mamarios  
PIP (POLY IMPLANT PROTHESIS)**

Autores

Saul Jr. Espinel Chaverra  
Andrés Felipe García Carmona

Asesor

Angy Careli Plata Alvarez  
Septiembre2020

Facultad de Derecho  
Universidad Autónoma Latinoamericana

## **RESUMEN**

En este estudio se ha hecho un exhaustivo análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado, se ha realizado un rastreo normativo, doctrinario y jurisprudencial del concepto y todo lo que este consagra. Para entender de este modo, las bases que dan lugar a la imputación del daño, bajo los diferentes títulos de imputación consagrados en la legislación colombiana.

El propósito es descender al estudio concreto de la responsabilidad estatal por la falla en el servicio en que incurrió INVIMA por la omisión en su deber de ejercer control y evaluar la calidad del producto, lo cual afectó a las personas con implantes mamarios PIP, máxime cuando los mismos recibieron el certificado por parte de esta entidad, siendo un producto médico quirúrgico, destinado a ser implantado en el cuerpo humano, basándose simplemente en el hecho de que en otros países se estaban comercializando, la irregularidad del presente caso se presentó, cuando dicha entidad de manera negligente, sin realizar ningún tipo de estudio ni prueba previa sobre la calidad de este producto otorgó y renovó dicho certificado de calidad generando de este modo con su actuar irregular un riesgo inminente en la salud individual y colectiva de los colombianos que adquirieran dicho producto estético.

Se advierte que en Colombia aún falta un pronunciamiento de fondo y conclusivo de la Jurisdicción Contencioso Administrativa frente a la existencia o no de

## **ABSTRACT**

This study has made an exhaustive analysis of the non-contractual responsibility of the State, and has carried out a normative, doctrinal and jurisprudential tracking of the concept and everything that it enshrines. In this way, the bases that give rise to the imputation of damages under the different titles of imputation enshrined in Colombian law can be understood.

The purpose is to descend to the concrete study of the state responsibility for the failure in the service incurred by INVIMA for the omission in its duty to exercise control and evaluate the quality of the product, which affected people with PIP breast implants, especially when they received the certificate by this entity, being a medical surgical product, intended to be implanted in the human body, based simply on the fact that in other countries they were being commercialized, the irregularity of the present case occurred, when said entity in a negligent manner, without carrying out any type of study or previous test on the quality of this product, granted and renewed said quality certificate, thus generating with its irregular actions an imminent risk in the individual and collective health of the Colombians who acquired said aesthetic product.

We warn that in Colombia there is still a lack of a substantive and conclusive pronouncement by the Contentious Administrative Jurisdiction regarding the existence or not of liability in the mentioned case, since the discussion has been centered and truncated in the term of expiration to promote the demand for direct reparation.

responsabilidad en el caso mencionado, por cuanto la discusión se ha centrado y truncado en el término de la caducidad para promover la demanda de reparación directa.

### **Palabras claves**

Responsabilidad del Estado; Implantes mamarios; Daño antijurídico; Perjuicios materiales e Inmateriales; Daño a la salud; Títulos de imputación, Falla en el servicio; Derecho de daños; Invima.

### **Keys Words**

State Liability; Breast Implants; Anti-Legal Damage; Material and Immaterial Damages; Damage to Health; Titles of Allegations, Failure of Service; Tort Law; Invima.

## Tabla de Contenido

Introducción.....	8
Capítulo 1. Evolución de la Responsabilidad Jurídica Patrimonial del Estado desde la Irresponsabilidad hasta la Responsabilidad Actual.....	13
Capítulo 2. Análisis de la Responsabilidad Estatal desde el Contexto normativo, doctrinario y jurisprudencial.....	26
2.1. Daño Antijurídico.....	36
Noción.....	36
Características del Daño.....	39
Daño Antijurídico para la Corte Constitucional .....	41
Hecho Dañoso.....	42
Imputabilidad.....	43
Nexo Causal.....	44
2.2. Regímenes de Imputación En La Responsabilidad Estatal.....	45
Responsabilidad Objetiva O Teoría Del Riesgo.....	45
Responsabilidad Subjetiva O Teoría Clásica De La Culpa.....	45
2.3. Títulos De Imputación En La Responsabilidad Extracontractual Del Estado.....	46

Falla Del Servicio.....	46
Riesgo Excepcional.....	48
Daño Especial.....	50
2.4. Tipos De Perjuicios En La Responsabilidad Del Estado.....	52
Daños Materiales.....	52
Daños Inmateriales.....	53
Capítulo 3. Responsabilidad Estatal por daños derivados de implantes mamarios PIP (Poly Implant Prothesis) .....	57
3.1. Los Implantes Mamarios PIP.....	57
3.2. Posición del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.....	58
3.3. La Caducidad para promover la demanda de reparación directa para el reclamo de los Daños Originados con los implantes mamarios PIP.....	63
3.4. Análisis de los elementos estructurales del daño en el caso de los implantes mamarios PIP (Poly Implant Prothesis).....	77
Conclusiones.....	83
Bibliografía.....	88

### **Lista de Tablas**

Tabla 1. Decisiones de Primera Instancia en Juzgados Administrativos de Medellín.....	66
Tabla 2. Posición del Tribunal Frente al Fenómeno Jurídico de la Caducidad. ....	70

## INTRODUCCIÓN

Desde la Constitución Política de 1991, Colombia se proclamó como un Estado social de derecho, fundado en el respeto de la dignidad humana.

Congruente con lo anterior, la norma Superior consagra en el artículo 90 lo que se conoce como la “*Cláusula General de Responsabilidad*”, así:

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Const.,1991, art. 90).

Estas normas mencionadas, hoy fungen como el fundamento de la responsabilidad Estatal en Colombia, otorgando seguridad jurídica a sus asociados, y garantizando entonces que judicialmente se pueda reclamar la declaratoria de responsabilidad de una entidad pública, y por ende, se obtenga la reparación de los perjuicios que se hubiesen causado, debido al daño irrogado, que por ser antijurídico, es el que nadie tiene la obligación jurídica de soportar.

En el año 2011 estalló un escándalo mundial, relacionado con las prótesis PIP, con ocasión de las múltiples denuncias sobre su mala calidad, reflejada por las constantes rupturas. Aunado a esto, al darse la ruptura de las prótesis se evidenció que el gel que contenían no era apto para uso médico, y por ende resultaba incompatible con el cuerpo humano, evidenciando la posibilidad de generar daños a futuro en la salud de las personas que tuvieron este tipo de implantes.



Analizando una demanda de responsabilidad por daños ocasionados presuntamente por las fallas de dichos implantes, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con ponencia del Magistrado Alfonso Sarmiento Castro en proveído del día 18 de octubre de 2018 (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección A, 11001333603420140017002, 2018), estableció como principales factores o motivos de ello, los siguientes:

1. Las propiedades químicas, físicas y mecánicas tanto del relleno de gel como de la envoltura del implante
2. La calidad de la intervención quirúrgica para la implantación
3. El envejecimiento de los materiales después de la implantación

Luego se observó que la mayor razón de fracaso en los implantes mamarios PIP ocurrían porque una parte de estos eran de inferior calidad; para dilucidar que la ruptura de los implantes PIP es asociada a su naturaleza y fabricación se allegan las conclusiones de la comisión europea sobre las propiedades y composiciones de los implantes mamarios PIP:

- "Las pruebas físicas y mecánicas sugieren que las propiedades de las envolturas de PIP fueron comparables con las de otros implantes y cumplen los requisitos de las normas internacionales. Sin embargo, los investigadores están de acuerdo en que la variación en los parámetros de calidad, como las diferencias de grosor de la envoltura dentro y entre las muestras, es alta en los implantes PIP (actualizaciones de prueba TGA. ANSM 2013. Swarts et al 2013) Esto indica inconsistencias en el proceso de fabricación que podrían explicar mayores tasas de ruptura. Hay algunos Indicios de que los implantes PIP se sometieron a varias "eras" de producción en el que se hayan podido utilizar gel no autorizado. Por ejemplo, los implantes PIP micro-textura que fueron probados por el MPA de Suecia contenían niveles relativamente bajos de D4, D5 y D6. en comparación con (macro) implantes PIP con textura. El aspecto visual relacionado con la cohesión y otros parámetros cualitativos como la claridad y el exceso de grasa es muy variable en los implantes PIP. y de nuevo indica la fabricación inconsistente1 -".

Los objetivos base de esta investigación son los siguientes:

Objetivo general: analizar la responsabilidad del estado por los daños derivados de los implantes mamarios PIP.

Objetivos específicos:

1. Exponer la Evolución de la responsabilidad jurídica patrimonial del estado desde la teoría de la irresponsabilidad hasta la responsabilidad actual.
2. Identificar la responsabilidad estatal desde contexto normativo, doctrinario y jurisprudencial.
3. Establecer la responsabilidad estatal por daños derivados de implantes mamarios PIP (Poly Implant Prothesis)

En la presente investigación empleamos una metodología cualitativa, de corte interpretativa, toda vez que abordaremos lo general de la Responsabilidad estatal, desde un enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial, para luego integrar ese análisis al caso concreto objeto de este trabajo de investigación.

En virtud de los anteriores objetivos planteados, este informe final de monografía contiene tres capítulos, donde el primero tiene como propósito exponer de una manera profunda pero amena, la evolución histórica de la responsabilidad jurídica del Estado, desde un punto de vista general, para después descender al ámbito local, esto es, a la evolución de la Responsabilidad del Estado Colombiano.

Se parte desde el ámbito general o universal de la responsabilidad del Estado, a partir de la irresponsabilidad estatal, hasta la concepción actual que permite afirmar que éste debe responder por sus acciones y omisiones cuando ocasiona un daño que le es imputable.

Como se mencionó, la irresponsabilidad estatal constituye el punto de partida del estudio de la responsabilidad, noción que se estableció en el Estado absolutista, según opinión de Cassagne,

citado por Pinzón Muñoz (2014, p. 3) “La época más impúdica que ha tenido el derecho público”. Es aquí donde la irresponsabilidad tuvo su mayor furor, puesto que el Estado absolutista, tenía y absorbía todos los poderes, si se quiere, los que hoy conocemos como esa división tripartita, del ejecutivo, legislativo y judicial. Todo esto, bajo el entendido que “el rey no podía hacer daño”.

En un principio de la historia de la humanidad, el Estado era irresponsable por el resultado dañoso de sus actuaciones y por las de sus agentes o servidores. Esta etapa la han denominado diversos autores como la etapa de la irresponsabilidad, por ejemplo el profesor Libardo Rodríguez, expresó que “en términos generales, que el principio de responsabilidad del estado ha pasado por tres etapas”, estas etapas parten de la evolución de la responsabilidad Estatal, en una primera etapa que la denomina, la irresponsabilidad, pasando a una segunda etapa que llamó la responsabilidad, y por último una tercera que en su obra la llamó, la responsabilidad creciente. (Rodríguez Rodríguez, 2015).

En el capítulo segundo se procurará exponer aspectos esenciales de la responsabilidad del Estado, se hará un conteo progresivo trazando una línea en el tiempo, para de este modo dilucidar el origen de la responsabilidad estatal, así se pretende identificar las diferentes posturas doctrinarias y jurisprudenciales frente a la responsabilidad del Estado, definiéndola de manera amplia, para luego adentrarse en los elementos de dicha responsabilidad que son el hecho dañoso, nexo causal, daño antijurídico e imputabilidad. Más tarde se enunciará y analizará la tipología de daños para dar lugar y explicar los sistemas de imputación.

En el capítulo final, se hará el estudio concreto de la responsabilidad Estatal, frente a las víctimas de daños relacionados con el manejo, producción, comercialización de los elementos médico quirúrgicos y los generados por biotecnología, concretamente, los implantes mamarios Poly Implant Prothese PIP, y el impacto que éstos generaron en la salud individual y colectiva de la población implantada.

La construcción de este capítulo representó todo un reto, pues fue lo que motivó a la realización del trabajo, y solo en su desarrollo se encontró que ni el Consejo de Estado ni el Tribunal Administrativo de Antioquia han efectuado un análisis concreto de responsabilidad, pues en los procesos de reparación directa promovidos por las víctimas, la discusión se ha centrado (o estancado), en el fenómeno jurídico de la caducidad, permaneciendo los procesos en segunda instancia a Despacho, con data del más antiguo desde noviembre de 2017. En este capítulo se expondrán los resultados de una rigurosa búsqueda jurisprudencial, y se analizará concretamente el tratamiento brindado al tema de la caducidad en los casos de prótesis mamarias PIP.

Luego de presentados los capítulos que evidencian el cumplimiento de los objetivos planteados, se pasará a la presentación de las conclusiones finales de los autores de este escrito, tendientes a evidenciar el daño originado a las víctimas de los implantes mamarios PIP, y por ende la responsabilidad del Estado al no realizar los pertinentes controles de calidad sobre los productos médico-quirúrgicos

## CAPÍTULO I.

### EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD JURÍDICA PATRIMONIAL DEL ESTADO DESDE LA TEORÍA DE LA IRRESPONSABILIDAD HASTA LA RESPONSABILIDAD ACTUAL.

En este capítulo se procura exponer de forma sucinta la evolución histórica de la responsabilidad patrimonial del Estado, para aterrizar en el análisis de la misma en el contexto nacional

En el ámbito general o universal de la responsabilidad del Estado, se puede encontrar una evolución que va desde la teoría de la irresponsabilidad, hasta la que hoy se denominada responsabilidad, que conlleva consigo el deber de la entidad estatal de responder por los hechos dañosos ocasionados por sus agentes.

Antes de entrarnos a hacer la reseña de la evolución de la Responsabilidad Estatal, es importante recordar, que la Responsabilidad en general, y en específico la que se deriva del Estado, es una pieza fundamental para cumplir con los mandatos que exigen las constituciones, cuando integran el Estado de Derecho y en nuestro caso Colombiano, el Estado social de Derecho. Y es la columna vertebral para entender el derecho, puesto que hace parte de esa consecuencia jurídica, que a su vez está dentro de la norma jurídica y junto con el supuesto de hecho la componen.

Esta exposición desarrollará en tres etapas, que serán las más significativas para explicar el avance y evolución de la responsabilidad a partir de la irresponsabilidad., que son las siguientes, que más adelante serán objeto de profundización:

**i) La primera etapa** va desde los inicios hasta mediados del siglo XIX, según la cual se puede afirmar que fue la etapa de la total irresponsabilidad (no posibilidad de endilgar responsabilidad al

Estado), todo esto gracias al Estado absolutista. ii) **La segunda etapa** nace en 1873 a partir del *fallo blanco*, el cual constituyó base para múltiples avances jurisprudenciales, sentando las bases de la responsabilidad estatal. iii) **La tercera etapa** es el avance que se ha tenido y que el Estado ha venido reconociendo diferentes eventos en donde hay lugar a su responsabilidad, *el Estado debe responder a sus administrados, en unos casos por aplicación de regímenes de responsabilidad con culpa (subjetiva) y en otros bajo parámetros de responsabilidad objetiva* (Rodríguez, 2005).

Algunos autores como el profesor Bustamante Ledesma (1998) citado por (Correa Vargas, 2012, p. 9), han dividido este estudio de la Responsabilidad del Estado en los siguientes momentos:

- Fase de la irresponsabilidad del Estado.
- Etapa de la responsabilidad de los funcionarios.
- Momento de la admisión de la responsabilidad indirecta del Estado.
- Período de la responsabilidad directa del Estado. Tesis organicista.
- Ciclo de la responsabilidad directa a partir de la tesis de la falla en el servicio.
- Época actual, donde se admite la responsabilidad directa del Estado a partir de las tesis de la responsabilidad objetiva.

Esa primera fase o etapa de la responsabilidad que se ha definido como la de la irresponsabilidad del Estado, constituye un momento en la historia de las naciones, en el que el Estado no respondía por su actuar, esto es, el actuar de sus representantes, sus servidores no le generaban una carga así causara un daño.

Tal como lo expone el profesor Hernández Becerra (1973) citado por (Correa Vargas, 2012):

En la antigüedad lo primitivo de las nociones jurídicas no permitió concebir que de la actividad estatal pudiera derivar perjuicio alguno con el cual reclamar. Semejante situación, fue reforzada por ese carácter absoluto y respeto de parte de los gobernados, al que nadie

podía discutir sus actos. El soberano dispone libremente de los bienes del ciudadano y sólo responde de sus actos ante la divinidad, de la que él pretende haber emanado.

Evidencia de ello se encuentra en Inglaterra, un principio del common law conocido por muchos ciudadanos, que sostenía: *the king can do no wrong*, lo que se traduce a: el rey no puede hacer el mal, el rey no yerra, o el rey es infalible. Es así como en virtud de este principio no era posible que Corona incurriera en responsabilidad por los delitos o cuasidelitos, que cometieran los funcionarios a su cargo. Incluso, había una norma escrita que impedía que la corona fuera llevada a juicio por los particulares. En ese momento, lo que debían hacer los particulares que fueran afectados era accionar contra los funcionarios responsables. (Sayagués Laso, 1986).

En la antigüedad, pasaba algo adicional, y es que en ese momento, al parecer no existían lo que hoy se conoce como derechos individuales. El profesor Rodolfo Correa lo afirma así: “Todo el peso del daño lo soporta, pues el perjudicado quien carece de defensa legal para proteger sus derechos. La noción de derechos individuales parece haber sido ajena a las legislaciones de la antigüedad” (Correa Vargas, 2012, p. 10)

En Egipto, Babilonia, Grecia, Roma, no era posible pensar que el Estado podía ser responsable, pero si en algunos casos se logró hacer responsable a sus agentes, o servidores. El maestro Hernández Becerra (1973), expone: “La sanción de la Lex Aquilia, en Roma, no alteró mayormente el estado de cosas, puesto que esta solo aplicaba a personas físicas”.

Lo anterior, se explica básicamente al entender el Estado para dicha época no se le concebía como una persona jurídica, sujeto de obligaciones como hoy lo conocemos, donde es natural atribuirle la obligación de responder por los actos dolosos o culposos de sus servidores. Como no se concebía así, no se le podía atribuir responsabilidad que se viera reflejada en dinero y mucho menos algún crédito a favor de la víctima.

De acuerdo con lo anterior, la irresponsabilidad estatal constituye el punto de partida para el estudio de la responsabilidad, y nace de la concepción del Estado absolutista, que según opinión de Cassagne, citado por Pinzón Muñoz (2014, p. 3), es “La época más impúdica que ha tenido el derecho público”, pues fue aquí donde la irresponsabilidad tuvo su mayor furor, puesto que el Estado absolutista, tenía y absorbía todos los poderes, incluyendo la división tripartita que hoy se describe en los poderes ejecutivo, legislativo y judicial. Todo esto, bajo el entendido que “el rey no podía hacer daño”.

Desde la época antigua todo lo que hoy se considera Estado, se circunscribía al poder absoluto y soberano del rey, sin lugar a responder por los perjuicios que se pudieran ocasionar a los ciudadanos, pues estaba ejerciendo su actividad legítima. Al ser el rey el soberano, toda acción que éste ejecutara estaba consentida, y de alguna manera esto permitía que se “legitimara” cualquier tipo de acción injusta. No era posible bajo ninguna circunstancia que el ciudadano que se considerara lesionado pudiera siquiera pensar en la posibilidad de un resarcimiento por un acto de desplegado por el Estado.

Este poder ilimitado del rey era permitido porque se pensaba que su mandato era derivado directamente de Dios, esto lo hacía el representante de Dios en la tierra y hacía que su mandato no tuviera ningún tipo de restricción. Es por esto que hasta mediados y finales del siglo XIX no se tuvo ninguna concepción concreta de la responsabilidad del Estado por considerar que el Estado y sus gobernantes siempre eran absolutos y hasta divino, o como lo expresaría Parra Gutiérrez:

“Sin lugar a dudas, el Estado inicial como organización político administrativa, mitificada y dirigida por quienes se creían designados y representantes de los dioses, incapaces de errar, repotentes ausentes de autocrítica, condujeron a que las autoridades así constituidas, y dirigidas por el rey, se negaran a reconocer la existencia de la responsabilidad. (Parra Gutiérrez, 2003, p. 16)”



Para el tratadista Enrique Gil Botero el concepto de responsabilidad está ligado a la dignidad humana y se origina desde la antigua polis, este la rastrea y la trae a colación en la obra de Antígona de Sófocles de la siguiente manera:

*“Se da en Antígona un deber ser vinculante con un contenido material que minimiza el cumplimiento de la ley, por ser inicua y por ir contra la esencia misma del hombre: su dignidad. Es por ello por lo que, en toda obligación, el obligado es tomado como persona responsable”* (Gil Botero, 2017, p. 14).

Lo que pasaba en la Alta edad media, no era muy distinto a las épocas anteriores, porque en ese momento ante la ausencia del Estado como esa unidad que domina a los súbditos, se seguía en la misma lógica de la imposibilidad de atribuirle algún tipo de responsabilidad.

Esa irresponsabilidad del Estado, daba cuenta de varios supuestos, que al unirlos provocaban que el Estado no respondiera por sus actos, es decir, por los actos de sus servidores, es así como lo afirma el reconocido jurista y ex Consejero de Estado, Ramiro Saavedra Becerra (2008):

En sus inicios, el derecho se ocupó de la regulación de las relaciones entre particulares, no habiendo sido pacífico ni temprano el desarrollo de las reglas para definir la relación entre el Estado y los administrados. Esta reticencia normativa respondía a diferentes supuestos: (i) el absolutismo y divinidad de los monarcas; (ii) no existía igualdad entre el Estado y el individuo; (iii) el Estado, al representar al derecho, no podía violarlo; y (iv) los hechos de los funcionarios son propios y no del Estado. (p. 32)

La anterior explicación del Maestro Saavedra Becerra, hace un resumen de lo que se esbozó con antelación, y son esas razones que a lo largo de la historia del Derecho administrativo y más específicamente, en la responsabilidad del Estado, se dieron para que el Estado no respondiera por sus actos. No obstante, así como las dinámicas mismas de la humanidad, el tema de la responsabilidad del Estado avanzó a nivel mundial, dando paso a su procedencia.

La historia cuenta, que el país que dio el primer paso en el reconocimiento de la responsabilidad estatal fue Francia, y el hito fue el caso conocido como “*Fallo Blanco*” que trajo consigo la primera condena al Estado, en ese caso al Estado Francés. Este caso fue muy importante porque inspiró la creación de una jurisdicción que decidiera los problemas que se llevaban al litigio entre los particulares y el Estado.

El increíble y polémico fallo blanco, fue una providencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Francia, el 8 de febrero de 1873, que tuvo como principal antecedente que el 24 de Enero de 1872 en la ciudad de Burdeos, en Francia, el señor Juan Blanco, interpuso una demanda, por daños y perjuicios que se le habían ocasionado a su hija Agnes Blanco luego de sufrir una accidente con una vagón que empujaban en la vía pública los empleados de la tabacalera, a consecuencia de la imprudencia de estos, la joven Agnes quien para la época solo tenía 5 años sufrió la amputación de uno de sus miembros inferiores, luego de esto el señor Juan Blanco solicitó, ante el prefecto del departamento de la Gironde, representante del Estado, que se declarara y condenara a los empleados de la Tabacalera, Adolphe Juan, Enrique Bertrand, Pierre Monet y Juan Vignerie, como coautores del accidente de su hija Agnes Blanco, y al Estado como civilmente responsable a causa de sus empleados a pagarle la suma de 40.000 francos en calidad de indemnización.

Luego de este polémico fallo el tribunal de conflictos o controversias como es llamado por algunos autores, introdujo en su jurisprudencia un régimen especial de responsabilidad estatal dando cabida a la creación de lo que hoy conocemos como derecho administrativo y su emancipación del derecho civil y sus diferentes normas sobre responsabilidad, el tribunal de conflictos dijo en su jurisprudencia lo siguiente:

La responsabilidad que puede incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por hechos de las personas que emplea el servicio público, no puede ser regida por los principios establecidos en el Código Civil para las relaciones de particular a particular; esta

responsabilidad no es general ni absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades del servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares. (Ramón Parada, citado en Penagos, 1997, p. 3)”

Frente a este importante referente histórico, el profesor Saavedra Becerra (2008) afirma que:

Con la introducción de formas camerales y la revolución francesa, la idea de la indemnización por hechos del Estado empezó a fortalecerse. Es así como después de la segunda mitad del siglo XIX se expide una sentencia trascendental en materia de responsabilidad estatal, conocida como “Fallo Blanco”, la cual no solo sentó unas bases desde el punto de vista sustancial, sino que estuvo precedido de decisiones procesales que también marcaron una pauta para definir la necesidad, no solo de reconocer que tanto los administrados como el Estado tienen derechos, sino, además, de una jurisdicción que resuelva las controversias que surjan de esa interrelación (p. 83).

En ese orden de ideas, vale aclarar que no con el mero hecho de la revolución francesa se cambió la perspectiva indemnizatoria hacia la responsabilidad, toda vez que la revolución francesa tuvo lugar en 1789. La explicación que da el profesor Pinzón Muñoz es que lo que ocurrió fue un simple cambio de poder, del rey al pueblo, y con el don de infalibilidad de que *el pueblo no se equivoca*. Lo que permitió el despotismo que hasta ese momento se vivía y, por lo tanto, se seguía bajo la idea de irresponsabilidad del Estado. Pero claramente en ese momento ya bajo la legitimación democrática. (Pinzón Muñoz, 2016).

El fallo blanco, es pues, uno de los fallos hitos más importantes en toda la historia del derecho administrativo y es considerado por la escuela del servicio público o de Bourdeaux y por diferentes autores como “la piedra angular del derecho administrativo francés”.

Este fallo es considerado el fallo que puso fin a una larga era de “irresponsabilidad administrativa” y dio lugar al reconocimiento de los derechos de los ciudadanos para con un estado totalmente absolutista, de esta manera permitió el nacimiento de la relación ESTADO – PARTICULAR, a su vez, la base que se derivó de este impresionante avance jurisprudencial dio lugar a la separación del derecho civil y posicionó al derecho administrativo como una rama totalmente independiente y permitió la creación de nuevas reglas en cuanto a la responsabilidad administrativa, separándola así de las reglas de responsabilidad que ya se encontraban en el derecho civil.

Es importante recordar, que en el mismo año en que se profirió el fallo blanco, en 1873, se dictó la sentencia sobre el caso “*arrét Pellettier*”, momento en el cual, el Consejo de Estado Francés, se identificó con la concepción publicista de la Responsabilidad del Estado, dando lugar a dos grandes avances: i) apartarse del derecho civil para entrar de lleno al administrativo, y ii) permitió superar la idea que se tenía en un principio de responsabilidad por culpa, hasta admitirla siempre que se diera la ejecución irregular o defectuosa de la administración, y que causare un perjuicio, incluso sin necesidad de la culpa.

Hasta que en 1919, se admitió por la jurisdicción francesa la denominada *responsabilidad sin falta* que nació como un evento particular y usado en casos muy exclusivos, como por ejemplo, la explosión de la munición que está bajo el monopolio del Estado, que bajo la premisa de seguridad, se desprende el riesgo excepcional de la vecindad, se da la idea de responsabilidad, sin contar con los daños causados por las leyes, y por último los daños especiales. (Pinzón Muñoz, 2016).

Se reconoció entonces a partir de ese momento el famoso principio de Responsabilidad del Estado por los daños causados por sus servidores públicos o particulares, este fue punto de partida para que se reconociera en diferentes países pero solo como doctrina y jurisprudencia, ser reconocida e integrada como parte de la legislación tuvo un proceso de aceptación más lento por los países, Estados Unidos en 1946 con la ley Federal de reclamaciones por daños (Federal Court Claims Act), ley que permitía a los particulares demandar a la Nación ante un tribunal federal por cualquier tipo de daño que se les hubiere generado por un servidor público de los Estados Unidos, Italia la

reconoció en 1947 por norma constitucional, el mismo año que en Inglaterra se aceptó la responsabilidad con la ley de procedimiento de la corona (Crown Proceeding Act), esta es una ley del parlamento del Reino Unido, que permitió por primera vez iniciar acciones/demandas en contra de la Corona. Es a finales del siglo XIX cuando el concepto de Estado como se conocía sufre un vuelco y cambia sus funciones, pasando a ser un Estado obligado a pensar en la sociedad, reconociendo los diferentes derechos de sus asociados y brindando a su vez garantías para la protección de los mismos.

Colombia no fue ajena, del proceso del que fue objeto la figura de la responsabilidad estatal. La Corte Constitucional, encargada de defender la Carta Política, ha hecho un recuento histórico que merece el conocimiento público. En primer lugar, la Alta Corte relata lo que ocurrió de forma primigenia, en la Constitución de 1830, en ese momento existió una Alta Corte de Justicia, que se encargó de varios asuntos referentes a su cargo, y les recaía una responsabilidad, por su mal actuar, de esta manera lo expresó el Magistrado Ponente José Fernando Reyes Cuartas, así:

la Constitución de 1830 consagró la existencia de una Alta Corte de Justicia encargada, entre otros asuntos, de las controversias que resultaren de los contratos celebrados por el poder ejecutivo o a su nombre; de los recursos de queja interpuestos en contra de las cortes de apelación por abuso de autoridad, omisión, denegación o retardo de la administración de justicia; y de las causas de responsabilidad contra los magistrados de dichas Cortes por mal desempeño en el ejercicio de sus funciones.

Debe resaltarse que por el mal desempeño en el ejercicio de sus funciones también se previó responsabilidad de los magistrados de la Alta Corte de Justicia y los demás jueces, variando la competencia para conocer su respectivo juzgamiento. (Corte Constitucional, Sala plena, SU- 072, 2018)

Ese primer momento de la historia nacional, si bien no reconoce la responsabilidad del Estado, si constituye un importante antecedente, en la medida que acepta la responsabilidad de los funcionarios judiciales y reprocha el actuar al servidor público que cometía el daño.

Más tarde, en 1832, con ocasión de una nueva repartición de competencias, se seguía concluyendo que los asuntos dañosos de los servidores públicos eran personales de quien los realizaba y no Estatales. Así mismo lo expuso, la Honorable Corte Constitucional con ponencia del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas:

En la Constitución de la Nueva Granada (1832), aunque se mantuvo la idea de la responsabilidad de los funcionarios públicos y se previeron controversias contractuales en las cuales fuera parte el Ejecutivo, no se incluyeron dentro de las competencias de la Corte Suprema de Justicia controversias surgidas por abuso de autoridad, omisión, denegación o retardo de la administración de justicia, aunque se mantuvo la responsabilidad de los funcionarios de dicha Corte y de los demás tribunales, la cual debía ser ventilada ante el Senado y la Corte Suprema de Justicia, respectivamente. Esta nueva distribución de competencias permitía inferir que los defectos en el funcionamiento del poder judicial no serían asuntos estatales, sino personales. (Corte Constitucional, Sala plena, SU- 072, 2018)

Más tarde, en 1886, trajo la responsabilidad del Estado en el caso de las expropiaciones, ya sea, a través de sus agentes, o en cabeza del mismo Estado. Además, consagró que los funcionarios públicos, eran responsables ante las autoridades, si en función de su cargo llegasen a extralimitarse, u omitir obligaciones que estaban a su servicio.

En la Constitución de 1886 se consagró, de manera expresa, la responsabilidad del Estado por las expropiaciones que hiciera el Gobierno, por sí, o a través de sus agentes. Introdujo como modificaciones relevantes que el Consejo de Estado no solo era un órgano consultivo y de apoyo administrativo, sino que le correspondía el conocimiento de causas contencioso administrativas; no obstante, se estableció que la Corte Suprema de Justicia tendría competencia para conocer las causas con ocasión de la responsabilidad por infracción de

la Constitución o las leyes, o por mal desempeño de sus funciones promovidas contra altos funcionarios del Estado y de los magistrados de los Tribunales de Justicia.

Asimismo, el artículo 20 estableció que los funcionarios públicos eran responsables ante las autoridades por la extralimitación en sus funciones o por omitir su ejercicio. (Corte Constitucional, Sala plena, SU- 072, 2018).

En el caso Colombiano se puede observar que la formación de la responsabilidad del Estado, no tiene un origen normativo, sino de carácter netamente jurisprudencial, toda vez que apenas en la Constitución de 1991, en su artículo 90, se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico de forma taxativa y positiva la responsabilidad Estatal, a través de la llamada “cláusula general de responsabilidad”.

La sentencia que dio lugar a la primera condena al Estado, tuvo lugar el 22 de octubre de 1896, expedida por la Corte Suprema de Justicia que era competente en ese momento para decidir este tipo de casos, tal y como fue recopilado por el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio donde estableció lo siguiente:

Se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encontraban obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos. (Corte Constitucional, Sala plena, C-644, 2011).

La expedición de la Ley 167 de 1941, sobre la organización contenciosa-administrativa, trajo consigo varios puntos importantes, como la asignación de competencia del Consejo de Estado para conocer de las acciones indemnizatorias promovidas contra las entidades públicas. De esta forma, como Máximo Tribunal de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se comenzaron a proferir sentencias referentes al tema de la responsabilidad estatal y por ende el desarrollo de esta institución.

Más tarde y en medio de ese desarrollo jurisprudencial, el Consejo de Estado ha fijado unos requisitos para que exista la responsabilidad Estatal, tal y como se ha expuesto en diferentes sentencias, en esta oportunidad por el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio:

“A partir de la expedición de la ley 167 de 1941, la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado inicia su proceso de evolución y consolidación jurídica, y se le reconoce competencia al Consejo de Estado para conocer de las acciones reparatorias que se inicien contra las instituciones públicas. La jurisprudencia del Consejo de Estado fijó como requisitos constitutivos de la responsabilidad patrimonial del Estado: (i) la existencia de un daño antijurídico, (ii) que la acción u omisión desplegada sea imputable a las entidades públicas y (iii) que se presente una relación de causalidad material entre el daño antijurídico y el órgano estatal”. (Corte Constitucional, Sala plena, C-644, 2011).

Es claro que, pese a los avances jurisprudenciales previos, la sociedad colombiana, tuvo que esperar hasta 1991, donde el constituyente observó ese vacío normativo frente a la responsabilidad del Estado, el cual suplió a través del artículo 90, que como ya se indicó, se conoce como la “cláusula de responsabilidad del Estado”, cumpliendo con uno de los axiomas del Estado de Derecho, que es la responsabilidad patrimonial del Estado. En palabras del Honorable Magistrado Rodrigo Escobar Gil:

“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, Sala plena, C-832, 2001).

De acuerdo con los avances expuestos, el Honorable Consejo de Estado, ha resaltado la producción de la Constitucionalización de la responsabilidad estatal en los siguientes términos:



Con la Carta Política de 1991 se produjo la “constitucionalización” de la responsabilidad del Estado y se erigió como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. 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, estos serían sacrificados por la colectividad, sin que nada pueda justificar tal discriminación; la indemnización restablece el equilibrio roto en detrimento de ellos. (Consejo de Estado, Sección tercera, 32912, 2015).

Si se analiza más a profundidad, la responsabilidad del Estado, tiene su asomo incluso desde el artículo 2 de la Carta Política que establece unos **finés esenciales del Estado**, y la consagración de un Estado Social de Derecho, encaminado al reconocimiento y protección de la dignidad humana y la garantía del interés general, y que precisamente en cumplimiento de esos fines o por fuera de ellos, el Estado puede cometer daños antijurídicos, que exigen su obligatoria reparación, máxime si se tiene que la víctima está en desigualdad de condiciones frente al Estado.

## CAPITULO II.

### **ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL DESDE CONTEXTO NORMATIVO, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.**

El presente capítulo tiene como fin realizar una recopilación del contexto normativo, doctrinario y jurisprudencial en cuanto a la responsabilidad estatal, para de este modo exponer de la mejor manera y brindar la claridad sobre todas sus fuentes y tipologías. Para iniciar con el desarrollo de éste, expondremos a fondo el concepto de responsabilidad.

La honorable Corte Constitucional en cabeza del Magistrado Alejandro Martínez Caballero, ha definido la responsabilidad del Estado, y la ha caracterizado como uno de los axiomas del Estado de Derecho, al igual que ha sido citada por el Consejo de Estado. Y lo ha definido de la siguiente manera:

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, Sala plena, C-333, 1996).

Así mismo la doctrina, de la mano del profesor Español Oriol Mir Puigpelat, se ha definido la responsabilidad administrativa así:

La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad; 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. (Mir Puigpelat, 2001, p. 120).

También el Maestro colombiano, Enrique Gil Botero, ha tratado este tema, y exponiendo lo siguiente, desde un punto de vista filosófico de la responsabilidad:

Es así como el artículo 90 de la Constitución, no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado social de derecho, etc.

Y desde el punto de vista solamente de la dignidad y la igualdad, encontramos que el fundamento de la responsabilidad, en su máximo grado de abstracción, radica en el imperativo categórico kantiano: obra de tal manera que tu deseo sea que tu acción se convierta en ley universal. Por ello cada uno es responsable de su acción: si yo hice algo debo asumir la responsabilidad. O bien, por la razón práctica en su primigenia manifestación “el bien ha de hacerse y perseguirse y el mal evitarse”, a partir de la cual se fundan los otros preceptos de la ley natural. (Gil Botero, 2017, p. 20)

La responsabilidad es uno de los principios del Estado social de derecho, a su vez, es considerada como uno de los pilares bases de la sociedad, ya que sin la existencia de esta no habría lugar a la convivencia social. Es así como se convierte en la base de todos los ordenamientos jurídicos. Es definida como la obligación que recae sobre un sujeto de reparar un daño que haya ocasionado, ya sea por su acción o su omisión. La palabra responsabilidad según el Diccionario de la Real

Academia emana etimológicamente de *responder*, lo que nos lleva a un interrogante ya planteado por el tratadista Enrique Gil Botero en su obra *responsabilidad extracontractual del Estado*, la cual inicia con el siguiente interrogante “¿Por qué se debe responder?”, dando lugar a una serie de nociones y puntos de vista de la responsabilidad y como ha sido su desarrollo, de este modo se explica lo siguiente:

*Una aproximación al abordaje conceptual entraña dificultades estructurales, pues el concepto de responsabilidad está integrado por otras nociones particulares, de forma tal que en sí mismo, y desde esta percepción, se calificaría como sincrética; también presenta escollos de configuración normativos, esto es, de acuerdo con el área legislativa concreta en que se exprese; por último, la noción resulta problemática desde la vaguedad en el uso del lenguaje. Tómese así la acepción – responsabilidad – en cualquiera de los supuestos, bien en cuanto a la conceptualización, configuración y contextualización, para poner de presente las diversas posibilidades de análisis, en atención a su naturaleza polimorfa. (Gil Botero, 2017, p. 2)*

La responsabilidad es pues un concepto que tiene un desarrollo trascendental y que ha sido definida desde innumerables puntos de vista, pues es desarrollada en todas las ramas del derecho y de este modo, es base de los derechos de la colectividad y se convierte en un concepto esencial para dar lugar a lo que hoy denominamos derecho, el filósofo Alf Ross definió la responsabilidad refiriéndose a ella como un sistema, identificando así tres conceptos que refiere como indispensables para poder definir y darle sentido a la responsabilidad, estos conceptos son: culpa, responsabilidad y castigo, Alf Ross presenta la interrelación entre estos tres conceptos para explicar la responsabilidad de la siguiente manera:

Alf Ross (1975) citado por Figueroa Rubio (2018, p.362)

Una persona que ha cometido un delito incurre, por ello mismo, en culpa, aunque solamente bajo ciertas condiciones; la persona que es culpable del delito es, por ello mismo, responsable de aquel; y la persona que es responsable por el delito puede o debe ser castigada por ello.

De este modo el tratadista Enrique Gil Botero en su obra responsabilidad extracontractual del Estado, cita a Alf Ross y explica de una manera concisa y precisa la dualidad que el autor utilizó para conceptualizar la responsabilidad.

ALF ROSS, a su turno, refiere la responsabilidad a un contexto, a un sistema, lo que lo obliga a dualizar el concepto en dos etapas: i) responsabilidad como exigibilidad y ii) responsabilidad como sancionabilidad. De acuerdo con la primera, a la persona se le exige que responda con fundamento en la culpabilidad, y conforme a la segunda, se le sanciona. Es así como la mixtura que hace ROSS, lo obliga a introducir conceptos como el de culpabilidad y el de pena o sancionabilidad que supone una configuración por relación de conceptos, y que no permitiría explicar los casos de responsabilidad objetiva, en los que la noción de culpabilidad no tiene importancia. (Gil Botero, 2017, p. 4)

Podría afirmarse entonces que para Alf Ross en un principio el concepto de responsabilidad se limitaba únicamente a aquella relación existente entre la culpa y el castigo, entendiéndose culpable aquella persona que con su actuar ha vulnerado o a transgredido el ordenamiento jurídico, de tal manera que se hace acreedor de una sanción, se afirma de esta manera entonces, que todo aquel que transgreda el ordenamiento jurídico y vulnere derechos se considerara responsable, y al adquirir esta calidad de responsable deberá tratar de reparar su transgresión o vulneración y de este modo se originará la sanción, sanción que es vista según Ross como aquel castigo que debe ser impuesto al transgresor.

Sin duda alguna la responsabilidad es un concepto complejo y su necesidad de claridad ha llevado a un sinnúmero de teorías y posiciones confusas, por lo que se considera por los autores de este escrito, que uno de los conceptos que puede brindar más claridad ha sido el expuesto por el profesor Carlos Enrique Pinzón Muñoz, cuando en su obra La Responsabilidad Extracontractual del Estado, citó el reconocido ensayo de Hart "*Responsability and Retribution*" de la siguiente manera:

Y es que este asunto ha ocupado incluso a los filósofos contemporáneos del derecho, tal y como puede detectarse dentro de un conocido ensayo de Hart, en el cual, en procura de dar

precisión al concepto, identificó cuatro significados: responsabilidad como competencia sobre un determinado ámbito vital derivada de un rol o posición social (*Role-Responsibility*); responsabilidad como antecedente causal del hecho (*Causal – Responsibility*); responsabilidad como capacidad (*Capacity- Responsibility*). (Pinzon Muñoz, 2016, p. 7)

De la misma manera el tratadista Gil Botero, trae a colación el ejemplo del profesor Pablo Larrañaga, para dar claridad sobre los cuatro significados expuestos por Hart y citados en la obra del profesor Pinzón Muñoz,

“Como capitán del barco, X era *responsable* por la seguridad de sus pasajeros y carga. Pero, en su último viaje se embriagaba todas las noches y fue *responsable* por la pérdida del barco con todo lo que llevaba. Se rumoreaba que estaba loco, pero los médicos lo encontraron *responsable* de sus acciones. Durante el viaje, X se comportó muy irresponsablemente y varios accidentes, que tuvo en su carrera, demostraron que no era una persona *responsable*. El capitán siempre sostuvo que fueron las tormentas excepcionales las responsables de la pérdida del barco, pero en un proceso judicial que se le siguió fue encontrado responsable por la pérdida de vidas y bienes. Todavía vive y es moralmente *responsable* por la muerte de muchas mujeres y niños.” (Gil Botero, 2017, p. 3)

En la misma obra el profesor Pinzón Muñoz daría la claridad sobre estos cuatro grupos en los cuales resumió la responsabilidad Hart, citando la obra del Doctor Molina Fernández, Responsabilidad jurídica y libertad, resumiéndolo de la siguiente manera:

“Como bien anota Molina Fernández, estos significados pueden resumirse en dos. El primer grupo mira al pasado, hacia los acontecimientos previos al hecho e intenta encontrar antecedentes que expliquen su existencia, que sean *responsables* de su aparición. El segundo grupo apunta según el mismo autor, más bien hacia el futuro, a las consecuencias del hecho, e identifica quien o quienes deben *responder* por él, en el sentido de sufrir ciertas cargas que se anudan a la existencia de ese hecho.” (Pinzon Muñoz, 2016, p. 8).

De esta manera podemos observar que varios de los conceptos traídos a colación sobre responsabilidad tiene similitud, y podemos observar que se asemejan a los manifestado por el filósofo Alf Ross, cuando en su búsqueda del concepto traía a colación “la culpa y el castigo” buscando de este modo el responsable y trayendo consigo la sanción que se verá como esa necesidad de responder por el perjuicio ocasionado.

La responsabilidad del Estado en Colombia tiene su precedente desde el año 1896 cuando la Corte Suprema de Justicia emitió sentencia el 22 de octubre, en la que haciendo una distinción dejó claro que las entidades estatales deberán responder por los daños que causaran sus servidores públicos, así se manifiesta en la sentencia C-644/2011, de la siguiente manera:

*“se considera que a pesar de que las entidades estatales sean personas jurídicas y, por tanto, irresponsables penalmente por los daños que ocasionaran a los ciudadanos, sí se encuentran obligadas objetivamente a las reparaciones civiles por los perjuicios que resultaren de una conducta punible imputable a los funcionarios públicos.”*

La responsabilidad patrimonial que se deriva del Estado en Colombia tiene presupuestos fácticos los cuales fueron manifestados por la corte constitucional en la sentencia C-644/2011, estos presupuestos son:

1. Un daño antijurídico o lesión
2. Una acción u omisión imputable al estado,
3. Y una relación de causalidad

Para tener una mejor comprensión de lo que es la responsabilidad, se hace menester, definir lo que se entiende hoy por responsabilidad, para ello, resulta importante acudir a la definición que hace la real academia de la lengua, definiéndola de la siguiente manera: “Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”. (Real Academia Española[RAE], 2016)

También queremos traer a colación la definición que brindada por el reconocido profesor Tamayo Jaramillo, en los siguientes términos:

La responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer en cabeza de quién lo causó, la obligación de indemnizar. Podemos decir entonces que la responsabilidad civil es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, producidos a terceros. (Tamayo Jaramillo, 2015, p. 8).

A su vez el respetado doctrinante, Gilberto Martínez Rave, dice que es difícil definir algo que a veces es complejo en una palabra o en una frase, pero logra hacerlo de la siguiente manera:

Para nosotros es la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales de un hecho dañoso.

Es una obligación, porque el término responsabilidad es, precisamente, el que determina la necesidad jurídica de atender a las consecuencias del hecho. Responsabilidad es responder, asumir las consecuencias. (Martínez Rave, 1998, p. 22)

La responsabilidad civil, es entonces, ese deber de indemnizar patrimonialmente y tiene su origen en el derecho común y es original de él. Se ha constituido a lo largo de la historia jurídica como uno de los principios fundamentales, o, como lo expone Joserand (1952) citado por Rodríguez Rodríguez, (2015, p.664). “es uno de los dogmas eternamente verdaderos, junto con el respeto a la palabra dada, la fuerza obligatoria de los contratos y la no retroactividad de las leyes, entre otros”.

Luego de expuesto lo anterior, abordaremos a continuación la relación con el derecho administrativo, esto es, la responsabilidad civil, que en el derecho administrativo se denomina la responsabilidad estatal. Como dice el profesor Libardo Rodríguez:



Sin embargo, en el marco de las relaciones del Estado con los gobernados la cuestión de la responsabilidad plantea interrogantes especiales, lo cual ha dado lugar a que este tema sea también objeto del derecho administrativo, con el fin de brindar respuestas y soluciones también especiales a esos interrogantes. (Rodríguez Rodríguez, 2015)

La responsabilidad estatal hace parte del cumplimiento de los fines del estado, es pues la carga impuesta al Estado cuando ha transgredido los derechos individuales o colectivos. Se genera entonces de esta forma perjuicios que, derivados de un acto dañoso, el individuo no está en la obligación de soportar, claro está que la sanción impuesta (reparación) no debe ir más allá del propósito esencial para el cual está destinada, que será entre otras volver las cosas a su estado inicial, hasta donde sea posible.

El estudio de la responsabilidad Estatal se debe hacer minuciosamente, de tal modo, que los principios constitucionales, sean respetados como los pilares del Estado social de derecho en el que nos encontramos. No podemos olvidar, que el constituyente del 1991, fue un constituyente plural, en razón a que fueron varias fuerzas políticas que se reunieron para crear dicha constitución nacional. Y se veló por incorporar unos derechos importantes para todos los colombianos. También tuvieron en cuenta a toda la población que habitaba y habitaría nuestro territorio, incluso a los extranjeros; por consecuencia, situaron al ser humano en el centro de esta nueva constitución. Entre esos avances que trajo la “Nueva Carta magna”, tenemos la acción de tutela que la conocemos ampliamente, y que es un mecanismo jurídico de forma inmediata para la protección de los derechos fundamentales.

Entre esos derechos que se incorporaron, se contempla el derecho a la dignidad que como se indicó en líneas precedentes, es situar en el centro al ser humano. Y esto nos lleva, a analizar inicialmente el artículo 1 de la Constitución Política cuando contempla que está “fundada en el respeto a la dignidad humana”. Ese derecho que se puede ver violentado cuando se causa algún daño por parte del Estado a un ciudadano que sería la víctima. Al igual que lo podemos concordar con el artículo 13, que nos asiste el derecho a la igualdad.

Las palabras del Doctrinante Enrique Gil Botero, sobre la cláusula general de responsabilidad, son las siguientes:

Es así como el artículo 90 de la Constitución, no es más que la mera consecuencia de la filosofía que traza la Carta política, circunscrita por principios y valores superiores del ordenamiento jurídico, como la dignidad, la igualdad, la libertad, la justicia, el pluralismo político, la solidaridad, la equidad, el Estado social de derecho, etc. (Gil Botero, 2017, p. 20).

El artículo 90 de la Carta Política convierte la responsabilidad estatal en una garantía constitucional y consagra *la cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado*, éste artículo dispone lo siguiente:

*“El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.”*

El artículo 90 nos da las bases para la responsabilidad patrimonial del Estado, a su vez nos da el fundamento y el núcleo de esta importante garantía constitucional: el daño antijurídico. Para hablar de éste tema que es trascendental, debemos tener claro los elementos de la responsabilidad estatal.

Después de definir ampliamente, lo que se entiende por responsabilidad, de la mano de lo que consagra la Real Academia de la Lengua, y más en el ámbito del derecho, de lo que ha dicho la doctrina y la jurisprudencia, queremos a continuación, para seguir por esa misma lógica de investigación, traer a nuestro escrito los elementos de la responsabilidad del Estado. Para el efecto, resulta imprescindible acudir a lo que en la materia ha desarrollado la máxima autoridad de la

Jurisdicción Contenciosa Administrativa, el Consejo de Estado, e incluso se revisará que ha indicado al respecto la Corte Constitucional, e importantes doctrinantes de la materia.

Luego de la correspondiente revisión teórica, se puede concluir que para que se configure la responsabilidad estatal, es obligatorio que se acrediten tres elementos, a saber: 1) Daño antijurídico, 2) Una actuación –u omisión por parte de la administración que genere el anterior, 3) por último, un nexo causal entre los dos anteriores.

Aunque en este punto, que trata de los requisitos que se necesitan para que se materialice la responsabilidad del Estado, la Sección Tercera del Consejo de Estado, ha declarado y tiene como precedente que los requisitos son varios, pero el exconsejero y doctrinante en esta materia, Enrique Gil Botero, en una providencia que él mismo fue ponente, aclaró el voto con respecto a los requisitos de la responsabilidad Estatal que sus compañeros mayoritariamente decidieron, y expresando:

Aclaro mi voto en relación con un aspecto de la parte motiva que, de conformidad con la posición mayoritaria, quedó plasmada en la respectiva sentencia. La Sala en los párrafos antes transcritos, parte del reconocimiento de que son varios los elementos estructurales de la responsabilidad extracontractual del Estado, los cuales serían, a saber: i) daño antijurídico, ii) hecho dañoso, iii) nexo causal y, iv) imputación. La anterior estructura conceptual, en mi criterio, desconoce los postulados sobre los cuales se fundamenta la responsabilidad del Estado a partir de la Carta Política de 1991, en tanto el artículo 90 del estatuto superior estableció solo dos elementos de la responsabilidad, los cuales son: i) El daño antijurídico y, ii) la imputación del mismo a una autoridad en sentido lato o genérico. (Consejo de Estado, Sección tercera, 16898, 2007).

A continuación, se hace un abordaje puntual de cada uno de los elementos de la responsabilidad.

## **Daño antijurídico. Noción**

En relación con el Daño, es importante advertir que desde la historia clásica, esta figura tan importante tuvo sus cimientos en la *lex Aquilia*, en Roma, donde se profirió un sistema de daños, desde el derecho civil, inicialmente extracontractual. El profesor Pinzón Muñoz, afirma: “En realidad la idea moderna de daño se orienta hacia *la valoración de la diferencia entre la situación jurídica original y la situación generada a consecuencia del ilícito*, idea precursora del derecho de daños contemporáneo”. (Pinzon Muñoz, 2016, p. 46).

De manera, que no se puede ocultar, como lo afirma el profesor Pinzon Muñoz, que en el derecho romano clásico no se conoció un concepto general de daño, sino que en cada caso se decidía qué daño se infringía. El concepto jurídico de daño aparece de forma tardía en la humanidad, y fue en la época del emperador Justiniano. Es el mismo concepto que recoge el Código Civil chileno, que no es más que una copia del Código Civil francés. (2016, p. 47)

Desde el punto de vista administrativo, es a partir del artículo 90 de la Constitución de 1991, que se habla de forma abundante de la responsabilidad del Estado, por daño antijurídico. Así como el profesor Libardo Rodríguez, plantea lo siguiente sobre la responsabilidad por daño antijurídico en nuestro país.

Como una ratificación de la autonomía del tema de la responsabilidad administrativa y de su sometimiento al derecho público, aunque ya no fundamentándose en el derecho francés sino en el derecho español, la Constitución de 1991, en su artículo 90, consagró de manera expresa la responsabilidad del Estado sobre la base del concepto de *daño antijurídico*.

Y ahora, la tendencia dentro de la normativa de la responsabilidad del Estado, es objetivizar el derecho de daños. Tal como lo dice el profesor Javier Tamayo Jaramillo: “Generalizar o, más bien, totalizar la responsabilidad objetiva, da prestigio y poder: es el conocimiento al servicio de los débiles”. (Tamayo Jaramillo, 2014, p. 34)

Lo que se busca con esta “objetivización” del derecho de daños, es alejarse de probar la culpa en la responsabilidad del Estado, y sencillamente demostrar que el daño fue antijurídico.

En este orden de ideas, entraremos a definir y analizar el concepto de daño. El daño antijurídico, en palabras propias y de forma corta, es ese menoscabo o lesión que sufre una persona, que sería la víctima, y que no está obligada a soportarla.

Entre las muchas nociones o definiciones que existen sobre el daño antijurídico, queremos resaltar algunas para efectos de explicar de forma correcta este tema.

Expone el Doctrinante Colombiano Pinzón Muñoz (2016) que el concepto de daño:

Es un fenómeno material de carácter negativo que sufre una persona -la víctima- que luego, bajo el escrutinio fáctico y, principalmente normativo de imputación representa el derecho a reclamar su reparación, máxime dentro de una sociedad en la que el riesgo constante de sufrir un deterioro, cada vez se torna menos controlable. (p. 48)

Esta es la noción que tiene el Consejo de Estado sobre el daño antijurídico, fue descrita en una sentencia, con ponencia del Doctor Enrique Gil Botero.

El concepto de daño antijurídico (art. 90 C.P.), impone el reconocimiento del deber de indemnizar ante la constatación efectiva de un daño o lesión a un bien jurídicamente tutelado, que la persona no se encuentra en la obligación de soportar, dado que ese detrimento se impone con trasgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas, siempre y cuando el mismo pueda ser imputado a la administración. (Consejo de Estado, Sección tercera, 17042, 2015).

A su vez, el mismo tribunal, el Consejo de Estado ha proferido muchas providencias donde trata el tema del daño antijurídico, pero en este apartado queremos citar lo que dijo en cuanto al daño

como elemento a la hora de verificar la responsabilidad, por La Consejera Ponente Marta Teresa Briceño

El daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, como quiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado. (Consejo de Estado, Sección Cuarta, 16241, 2007).

En el mismo fallo, el doctor Enrique Gil, hace un análisis importante frente al daño y también realiza una crítica frente a como la jurisprudencia de ese momento del Consejo de Estado, en su sentir ha desconocido lo que realmente trajo la constitución de 1991, en su artículo 90, que básicamente es que la responsabilidad del Estado se enmarque en el daño antijurídico y que es por supuesto, objetiva, y no como se venía haciendo tradicionalmente por parte de la jurisprudencia, donde el examen principal se centraba en la subjetividad de la conducta.

Proceder como se viene haciendo, en contravía de la propia jurisprudencia administrativa, es desconocer la realidad normativa (artículo 90 C.P.), que corresponde como bien lo señala la Jurisprudencia Constitucional, a un giro copernicano en la materia, toda vez, que la virtud o bondad del precepto estriba precisamente en consolidar en nuestra cultura jurídica el derecho de daños, opuesto a la concepción tradicional en el tema, donde prevalecía el análisis subjetivo de la conducta por oposición al carácter hoy objetivo del daño, de no hacerlo así, como se viene haciendo en una sorprendente cotidianidad jurídica en los fallos proferidos por la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, es sin lugar a dudas, seguir manteniendo una posición que no coincide con el ordenamiento jurídico en su dimensión unitaria o hermética, para de paso, mantener equivocadamente en mi criterio, una postura que corresponde a un modelo de pensamiento jurídico ya superado como fue el que antecedió a la constitución vigente. En síntesis, puede afirmarse, que la labor analítica del juez en asuntos de esta naturaleza, se reduce simple y llanamente a la constatación del daño como entidad, que es un dato objetivo o de conocimiento dado por la experiencia; a la posición axial frente al

mismo por parte del juez, lo que imprime el sello de antijurídico o jurídico, y una vez estructurado aquel -daño antijurídico-, coprogramáticamente mirar la posibilidad de imputación del mismo a una entidad de derecho público. (Consejo de Estado, Sección tercera, 16241, 2007).

Por lo tanto, podemos afirmar que hemos superado ese momento de desarrollo histórico de la concepción culpabilista. En la actualidad, se le está apostando a la responsabilidad objetiva, o a lo que se ha denominado la “objetivización” del derecho de daños, y más desde el punto de vista administrativo de la responsabilidad del Estado.

Es así como Gil Botero, ha denominado en sus escritos, que estamos viviendo una nueva concepción del derecho que se basa principalmente en lo que se ha llamado la era del daño bajo la premisa de la no causación del mismo, y este se tiene como principio general en materia de responsabilidad patrimonial. A su vez, estamos en un momento donde lo más importante no es buscar a un culpable para sancionarlo, sino más bien en reparar íntegramente a la víctima por el mal que se le causó. (2017, p. 37).

### **Características del Daño.**

La doctrina en su abordaje juicioso de este tema han concluido que el daño debe ser directo, personal y cierto.

**Carácter directo** tiene que ver con la imputación real del daño al victimario, es decir, que sí existió. Así lo explica el exmagistrado y reconocido jurista,

Esta condición no alude propiamente a una característica, sino más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica, toda vez que, si el daño no ha sido producido, o no es referible al autor, no existe conexión entre este y el resultado, lo cual conlleva a que en el plano físico o en el normativo, aquel no materializó la realidad dañosa, en otros términos, no le es imputable (Gil Botero, 2017, p. 52)

**Carácter personal** este carácter tiene que ver con la legitimación, va encaminado a reconocer quién tiene derecho a reclamar la reparación del daño sufrido.

En palabras del Doctrinante Gil Botero (2017) ‘‘Hace referencia a la legitimación esto es, a quien tiene derecho a reclamar la reparación, y la tendrá quien ostente la calidad de perjudicado con el hecho dañoso, independientemente de la consanguinidad, afinidad u otros factores’’ (p. 142)

Es erróneo pensar que solo quien tiene el carácter personal es quien tiene una relación de consanguinidad con quién sufrió el daño, ya que se en varias decisiones se ha reconocido perjuicios morales a personas que no son consanguíneas con la víctima directa. En este punto, se ha dicho:

Con todo, pese a la equívoca interpretación que se ha hecho del carácter personal del daño al asociarlo directamente con la relación de parentesco, en algunos casos se ha reconocido que quien tiene legitimación para demandar no es solo quien ostente una relación de parentesco con la víctima directa, sino, en general, todo aquel que resulte afectado con la conducta dañosa. (Gil Botero, 2017, p. 144)

Para concluir y dejar claro en qué consiste esta característica del daño, esta es entendida como:

El carácter personal es una condición de existencia del daño y un elemento en su configuración, toda vez que permite definir si la parte que reclama ha sufrido una afectación en su patrimonio o en los bienes, derechos, o intereses legítimos, que lo desborda, para determinar si se presentó la lesión, afectación o aminoración reclamada. (Gil Botero, 2017, p. 45)

**Carácter cierto** Esta característica está encaminada a la certeza de que hubo, hay o habrá un daño. No se podrá hablar nunca de la mera posibilidad.

Permite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, y habrá certidumbre cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio



de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible. (Gil Botero, 2017, p. 45)

### **Daño antijurídico para la Corte Constitucional**

No podemos dejar pasar la definición de la Corte Constitucional, con ponencia del Magistrado Alejandro Martínez Caballero frente al daño antijurídico, dado que ella ostenta la calidad de protectora de la integridad de nuestra Constitución, la cual, tiene una definición desde un punto de vista normativo constitucional, como era de esperarse. El concepto es el siguiente:

El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, 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. (Corte Constitucional, Sala plena, C-333, 1996).

Es menester manifestar, que como ha sido planteado anteriormente, los elementos estructurales de dicha responsabilidad han sido objeto de diversas teorías por parte de juristas en la materia, abordaremos entonces, los elementos que tanto han desarrollado doctrinantes y el Honorable Consejo de Estado se ha manifestado en diversas sentencias, y por medio de estos se ha basado para fallar, dichos elementos para algunos doctrinantes se verán implícitos, integrados en otros, sin embargo todos estos elementos se integran para de este modo permitir la aplicación correcta de la responsabilidad patrimonial del Estado, si faltare alguno no podríamos hablar de responsabilidad, pues son estos los que la componen y dan lugar a su existencia y su reconocimiento, es así, como se ven aplicados, para ser más claros debe entenderse que el daño

antijurídico, inmediatamente generara algún detrimento en la integridad física o patrimonial de la persona, es a partir de aquí que se genera también el denominado “hecho dañoso”.

### **Hecho dañoso**

El hecho dañoso o el hecho generador del daño antijurídico, podrá producir sus efectos generándose por un acto, un hecho, una operación, una vía de hecho o una omisión del agente, entiéndase por parte de la administración – Estado, aquí surge la responsabilidad administrativa o responsabilidad Estatal y dependiendo de la gravedad de este, es donde cobra mayor relevancia determinar el régimen de responsabilidad aplicable, la aplicación del título de imputación, adelantándonos un poco al tema es pertinente definir que es un título de imputación, pues son estos los que permiten y justifican la imputación que se hace al agente, y de este modo dan lugar a que se genere ese reproche de responsabilidad en la ley, es pues un título de imputación.

Como lo define el profesor García Enterría (2008) citado por Pinzón Muñoz (2016, p.75) en su obra la Responsabilidad Extracontractual del Estado de la siguiente manera: *“aquellas circunstancias en virtud de las cuales es posible establecer una relación entre el daño y el sujeto imputado que justifica atribuir a este el deber de reparación que la antijuridicidad del daño impone”*

Es así como el profesor Ramiro Saavedra Becerra en su obra La Responsabilidad Extracontractual De La Administración Pública, expresa de qué manera se deberá demostrar la ocurrencia del hecho dañoso y la forma en que los elementos se integran para que genere la Responsabilidad Estatal, especificando como actuará la imputación para dichos hechos y definiéndola con base en el derecho francés y español, la definición de imputación es entonces:

“un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño en base a la relación existente entre aquel y este” (Saavedra Becerra, 2008, p. 203)

## Imputabilidad

Se ha considerado de gran importancia identificar, quien fue la persona, servidor público, entidad estatal, generador del daño para después de identificado, proceder a establecer los elementos que darán lugar a que se pueda resarcir los perjuicios causados derivados de un daño antijurídico ocasionado por un hecho dañoso, de este modo el profesor Saavedra Becerra nos ilustra y da una explicación más a fondo de la importancia de la imputabilidad,

Para obtener la satisfacción de sus pretensiones el demandante de indemnización debe, por tanto, demostrar que el hecho dañoso es imputable a la persona cuya responsabilidad reclama. En consecuencia, aquí el concepto de la imputación se traduce en dos tipos de problemas: por una parte, el problema de la imputabilidad jurídica de las personas que participan directamente en la causación del daño y que se resuelven el tema de la falta personal o el hecho de servicio y, por la otra, y en la medida en que las personas publicas utilizan bienes y cumplen una multiplicidad de misiones, se plantea también la cuestión de la imputabilidad material de los daños provocados, es decir, debe determinarse cual entidad deberá reparar los daños considerados como materialmente imputables en cuanto inseparables de su intervención. El principio general en este sentido es el siguiente: *es responsable la persona publica que ejerce las competencias a las cuales se vincula el acto dañoso..* (Saavedra Becerra, 2008, p. 202)

Queda en claro lo anteriormente expresado, y sin duda alguna podríamos afirmar que, para la existencia de la responsabilidad, será indispensable la concurrencia de la imputabilidad, y se comprende que para que una persona se haga responsable tendrá unas condiciones necesarias las cuales son:

“a) que el hecho perjudicial le sea imputable, b) que el perjuicio sea una consecuencia cierta e inevitable del hecho perjudicial”.

(Saavedra Becerra, 2008, p. 203)

Aquí podemos analizar que el elemento imputabilidad es de gran importancia para lo que hoy nos atañe, es así como también lo manifestó el Magistrado Alejandro Martínez Caballero de la siguiente manera:

“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. Igualmente, no basta que el daño sea antijurídico, sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública.” (Corte Constitucional, C-333, 1996)

Es claro que el juicio de imputabilidad no necesariamente tiene que ir encaminado a determinar la identificación de la persona detrás de la acción u omisión (agente o servidor), sino que se trate de un daño endilgable al Estado.

### **Nexo causal**

Para determinar la responsabilidad no podríamos dejar de hablar del llamado nexo causal, que, aunque es un elemento que no cuenta con el suficiente desarrollo jurisprudencial, es un elemento esencial, sin el cual no podríamos imaginar la existencia de la imputación de un daño a la persona generadora de él.

El nexo causal, no es más que la vinculación entre la causa y el efecto o como diría Patiño,

“se entiende como la relación necesaria y eficiente entre el hecho generador del daño y el daño probado” (Patiño, 2008, p.193).

O como lo definiría el profesor Esparza:

La existencia de una relación de causalidad o nexo causal entre la actividad de un sujeto (activa u omisiva) y el resultado dañoso ha constituido tradicionalmente una exigencia ineludible para el nacimiento de la responsabilidad civil, es decir, un requisito imprescindible para la viabilidad de la pretensión indemnizatoria. (Esparza, 2015, p.10)

Es necesaria entonces la existencia del nexo causal, para generar responsabilidad, la unión entre la conducta generadora y la consecuencia de esa conducta, es un hilo conductor, que no debe romperse en ningún momento, de ser así, no habría lugar a la consecuencia de la acción o la omisión, y se produciría una desvinculación de la conducta y su consecuencia, no habría lugar a la existencia de responsabilidad, entonces, siempre deberá mediar causa, relación directa, que dé lugar a que se produzca el elemento imputación.

Seguir hablando de responsabilidad del Estado en Colombia nos llevará obligatoriamente a estudiar los regímenes que existen en esta materia, los cuales son: responsabilidad objetiva o teoría del riesgo y responsabilidad subjetiva o teoría clásica de la culpa, la diferencia radica en la imputación del daño.

### **Regímenes de imputación de Responsabilidad Estatal.**

#### **La responsabilidad objetiva o teoría del riesgo**

Hablar de la responsabilidad objetiva en palabras claras, nos llevara a definirla como aquella teoría la cual mira el “hecho dañoso”, sin otorgar importancia a la modalidad en la cual pudo ocurrir este hecho, o al directamente implicado en la acción u omisión ni su intención (culpa o dolo). En este tipo de responsabilidad lo verdaderamente importante será el daño que se generó y el nexo de causalidad.

En esta modalidad se encuentran los títulos de imputación de riesgo excepcional y daño especial, que más adelante serán abordados.

#### **La responsabilidad subjetiva o teoría clásica de la culpa.**

Esta teoría ha sido desechada por diversos autores, ya que esta teoría apunta siempre a que, para que se presente responsabilidad habrá que analizar y tener en claro la modalidad (culpa o dolo) en

la que el sujeto ha cometido la conducta, y a partir de este análisis se definirá si hubo o no la existencia de responsabilidad.

A esta clase de responsabilidad pertenece el título de imputación de la falla en el servicio, que para muchos autores es el más importante, y debe ser el objetivo principal de estudio por parte del juez en todo proceso, pues permite que a partir del mismo, la entidad pueda llamar en garantía o repetir contra el agente implicado. A continuación se hará especial mención de este título.

Hablar de los regímenes de responsabilidad nos adentra obligatoriamente en los títulos de imputación del Estado, haremos un breve análisis sobre estos títulos y como procede su aplicación ante ciertos actos en donde se generan daños antijurídicos, pues este, es el fin que tiene la identificación de los títulos de imputación del Estado, permiten tener una visión clara de cuando el Estado será responsable por los daños antijurídicos que pueda ocasionar, es así, como estudiaremos los títulos que ha utilizado el Consejo de Estado Colombiano en los casos de Responsabilidad Extracontractual del Estado, los cuales son los siguientes:

### **Títulos de imputación en la Responsabilidad Extracontractual del Estado.**

#### **Falla del servicio**

Esta teoría de la falla del servicio nació en Francia, tratando de hacer una separación de la responsabilidad estatal de la civil, bajo el entendido que no podían verse de la misma manera, pues en la responsabilidad civil siempre se buscaba identificar al sujeto y la modalidad en que cometió el hecho dañoso, pero en la responsabilidad estatal se pretendía era juzgar a la administración por la falla ocasionada así no se tuviera certeza de quien había sido el servidor que hubiera ocasionado dicha falla, pues esto no era lo importante, lo que verdaderamente se buscaba era que el Estado respondiera.

Bajo este título es donde los jueces administrativos más han fallado condenatoriamente casos en Colombia, declarando la responsabilidad extracontractual del Estado. La máxima Corporación de la Jurisdicción Contenciosa, con ponencia del Consejero Hernán Andrade Rincón ha hecho un análisis de este título de imputación y ha manifestado lo siguiente:

La falla del servicio ha sido en nuestro derecho, y continua siendo, el título jurídico de imputación por excelencia para desencadenar la obligación indemnizatoria del Estado; en efecto, si al Juez Administrativo le compete una labor de control de la acción administrativa del Estado y si la falla del servicio tiene el contenido final del incumplimiento de una obligación a su cargo, no hay duda de que es ella el mecanismo más idóneo para asentar la responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual. (...) así, las obligaciones que están a cargo del Estado -y por lo tanto la falla del servicio que constituye su trasgresión-, han de mirarse en concreto frente al caso particular que se juzga, teniendo en consideración las circunstancias que rodearon la producción del daño que se reclama, su mayor o menor previsibilidad y los medios de que disponían las autoridades para contrarrestarlo. Se le exige al Estado la utilización adecuada de todos los medios de que está provisto, en orden a cumplir el cometido constitucional en el caso concreto; si el daño se produce por su incuria en el empleo de tales medios, surgirá su obligación resarcitoria; por el contrario, si el daño ocurre pese a su diligencia no podrá quedar comprometida su responsabilidad. Ahora bien, la falla del servicio o la falta en la prestación del mismo se configura por retardo, por irregularidad, por ineficiencia, por omisión o por ausencia del mismo. El retardo se da cuando la Administración actúa tardíamente ante la ciudadanía en prestar el servicio; la irregularidad, por su parte, se configura cuando se presta el servicio en forma diferente a como debe hacerse en condiciones normales, contrariando las normas, reglamentos u órdenes que lo regulan y la ineficiencia se da cuando la Administración presta el servicio, pero no con diligencia y eficacia, como es su deber legal. Y obviamente se da la omisión o ausencia del mismo cuando la Administración, teniendo el deber legal de prestar el servicio, no actúa, no lo presta y queda desamparada la ciudadanía. (Consejo de Estado, sección tercera, exp. 20042, 2012)

El profesor Carlos Enrique Pinzón Muñoz ha dado la definición que ha utilizado la doctrina clásica para este título de imputación:

“la falla del servicio se identifica entonces con la idea de no funcionamiento, mal funcionamiento o funcionamiento tardío de la administración, tal y como lo ha entendido la doctrina clásica” (Pinzon Muñoz, 2016, p. 87)

### **El riesgo excepcional**

La teoría del riesgo excepcional es una de las teorías más novedosas que ha sido incorporada por diferentes países en su jurisprudencia y legislación, esta teoría es vista como una sub especie de la responsabilidad objetiva, responsabilidad, que, para el caso de Colombia, como ya ha sido expresado en la presente investigación está descrita en el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, como mencionaba, dicha teoría es vista como una subespecie de la responsabilidad objetiva, ya que, como lo pregonaba esta, el elemento intencional con el que el agente haya ocasionado el daño, pasa a un segundo plano, en donde se podría afirmar que no importa, pues lo que de verdad cobra importancia en este, es el daño que se ocasionó consecuencia de un actuar.

Sin duda alguna es uno de los títulos de imputación más polémicos, pero más beneficiosos para los asociados del Estado, pues releva de la carga probatoria del criterio subjetivo (dolo, intención, e incluso la identificación puntual de una persona o agente). Lo que si deberá demostrarse siempre, bajo este título de imputación, será el nexo causal, ya que, si no, podría encontrarse en una de las causales eximentes de responsabilidad estatal (fuerza mayor, caso fortuito, hecho exclusivo y determinante de un tercero o de la víctima).

En Colombia dicha teoría se empezó a tener en cuenta gracias a la responsabilidad civil, a un precepto consagrado en el Código Civil, el artículo 2356, el cual consagra lo siguiente:

“Artículo 2356. Responsabilidad por malicia o negligencia

Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta.

Son especialmente obligados a esta reparación:



1. El que dispara imprudentemente un arma de fuego.
2. El que remueve las losas de una acequia o cañería, o las descubre en calle o camino, sin las precauciones necesarias para que no caigan los que por allí transiten de día o de noche.
4. El que, obligado a la construcción o reparación de un acueducto o fuente, que atraviesa un camino, lo tiene en estado de causar daño a los que transitan por el camino.”

A partir de este artículo se empezó a tener en cuenta la teoría del riesgo y se empieza a estructurar lo que hoy conocemos bajo el título de imputación del *riesgo excepcional*.

Frente a la teoría del riesgo excepcional, se puede decir que este busca un equilibrio entre las cargas procesales del ciudadano y el estado, pues hay cuestión de poder, que en principio generaba una victimización para el Estado cuando era quien no generaba todos los elementos pertinentes para minimizar el riesgo. Es por esta razón que: “el Riesgo Excepcional tiene su fundamento en el principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas, y se presenta de acuerdo a lo expuesto por el Consejo de Estado, cuando en la construcción de una obra o la prestación de un servicio, emplea medios o utiliza recursos sometiendo a los ciudadanos a un riesgo de naturaleza excepcional, que supera los beneficios que recibirán por estos servicios; en el ejercicio de actividades consideradas peligrosas, como son: el manejo de armas de fuego, la conducción de vehículos, manejo y transporte de explosivos, conducción de redes de energía eléctrica”.

(Gomez, 2011)

El Consejo de Estado en sentencia del 10 de agosto del 2000, Consejero Ponente, Alier Eduardo Hernández Enríquez refiriéndose al riesgo excepcional manifestó lo siguiente:

La creación de un riesgo, que es considerado excepcional, en la medida en que supone la puesta en peligro de un grupo particular de ciudadanos, como consecuencia del desarrollo de una actividad dirigida a proteger a la comunidad en general. No se trata aquí entonces, de la existencia de una acción u omisión reprochable de la administración sino de la producción de un daño que, si bien es causado por un tercero, surge por la realización de un riesgo excepcional, creado conscientemente por esta, en cumplimiento de sus funciones.

Y es la excepcionalidad del riesgo lo que hace evidente la ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas y posibilita el surgimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado (Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp. 11601, 2000)

### **Daño Especial:**

El daño especial como título de imputación tiene como punto de partida el principio de cargas públicas, ya que, a partir de este y de su rompimiento es donde cobra sentido esta teoría y los múltiples pronunciamientos que ha tenido el consejo de estado, para este caso con ponencia de Hernán Andrade Rincón, sobre este asunto en particular.

El Consejo de Estado, ha entendido que la teoría del daño especial tiene su fundamento en la equidad, puesto que existen eventos en los cuales deberá el Estado entrar a reparar los perjuicios sufridos por los individuos pese a que ningún reproche merezca su actuación, siempre que el daño ostente características de anormalidad y especialidad.

(Consejo de Estado, Sección Tercera. Exp 28675, 2014)

Es de precisar que la presente teoría ha roto con muchas posturas en las que el Estado se excusaba manifestando la legitimidad de sus actos, y que, por ende, siendo una acción totalmente legítima no debía responder por un daño antijurídico causado en la ejecución de esta, pero como manifiesta el Doctor Carlos Enrique Pinzón Muñoz en su obra la Responsabilidad Extracontractual del Estado:

Sin embargo, como verificación histórica, el daño especial contrariaba al brocardo que acompañó la reflexión sobre la responsabilidad extracontractual del Estado durante casi la primera mitad del siglo pasado, consistente en que “*el estado no responde por sus actos legítimos*”, argumento defensivo en eventos donde se causaba un daño a un particular a través de esa acción del Estado apegada a la legalidad. (Pinzon Muñoz, 2016, p. 99)

Es de esta manera como se expresa que la antijuridicidad de un acto propio del Estado no depende de la forma en que se realizó el anterior, sino que siguiendo la teoría y privilegiando al Estado Social de Derecho, lo que se observa, es la obligación en la que se encuentra un individuo de soportar el daño antijurídico causado por el Estado, y así este hubiera sido ejecutado legítimamente, no estará en la obligación de soportarlo, por ende, el Estado deberá reparar.

Con base en lo anterior, se hace hincapié en el artículo 90 de la Constitución Política, en el sentido de entender que el daño antijurídico, no contiene necesariamente antijuridicidad o ilicitud de la conducta, sino que lo que lo hace antijurídico, es precisamente que el asociado no se encuentra en obligación jurídica de soportarlo, y ello genera un rompimiento del principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Luego de exponer lo anterior referente a los títulos de imputación, queremos hacer un breve análisis frente a la tipología de daños que se pueden otorgar cuando el Estado es su causante, es decir, los posibles daños dentro de la responsabilidad del Estado., que a la luz de algunos doctrinantes no es otra cosa que la clasificación de los perjuicios.

Para el efecto, nos basaremos en lo que ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional y, también lo expuesto en la doctrina.

En este punto recordaremos lo que es daño antijurídico, y es “la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar por lo cual se reputa indemnizable”. (Corte Constitucional, Sala plena, C-333, 1996).

Lo anteriormente expuesto, relata claramente que los daños causados por la administración pública, pueden ser patrimoniales y extra patrimoniales. O como se denomina en la jurisprudencia del Consejo de Estado, daños o perjuicios materiales e inmateriales.

## **Tipologías de daños-perjuicios en la responsabilidad del Estado.**

**2. Materiales:** “Se ha entendido por tales los que afectan el patrimonio económico de las personas, los que modifican la situación pecuniaria del perjudicado” (Martínez Rave, 1998, p. 167)

Podemos encontrar en general una clasificación de este tipo de daños, como daño emergente y lucro cesante. Tal como se ha dicho en diferentes jurisprudencias y en nuestro código civil.

2.1 *El daño emergente*, en general, consiste en un aminoramiento en los bienes jurídicos económicos de la víctima, es decir, de la persona que sufre el daño.

Desde el punto de vista normativo el Código Civil, en su artículo 1614 trata el daño emergente y lo entiende de la siguiente manera: “por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento” (Ley 57, 1887).

Tal como lo expuso el exmagistrado del Consejo de Estado, Jaime Santofimio Gamboa: “el daño emergente, es aquella mengua del patrimonio económico de un sujeto de derecho con ocasión de un daño”. (Consejo de Estado, Sección tercera, exp. 33976, 2017).

La doctrina de la mano del Doctor Enrique Gil (2017) define este daño así: “afectación del interés negativo, o cuando un bien de contenido económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima”. (p. 189).

Así mismo, en otras decisiones del mismo Tribunal, en cabeza del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez, se ha dicho lo siguiente:

El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad para el afectado de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello que se ha perdido. El

daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración.” (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 13168, 2006).

2.2 Lucro Cesante, También dentro de los daños o perjuicios materiales, encontramos el *lucro cesante*, que, en el código civil, lo encontramos definido así: “la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento”. (Ley 57, 1887)

La jurisprudencia del Consejo de Estado, con ponencia del Magistrado Mauricio Fajardo Gómez ha indicado que el lucro cesante

Se trata de la ganancia frustrada o el provecho económico que deja de reportarse y que, de no producirse el daño, habría ingresado ya o en el futuro al patrimonio de la víctima. Pero que, como todo perjuicio, para que proceda su indemnización, debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a reparación alguna. (Consejo de Estado, Sección Tercera, exp. 17268, 2006)

A su vez la doctrina ha regalado múltiples definiciones sobre el lucro cesante, daremos una importante, “el lucro cesante o afectación al interés positivo que se traduce en un bien de contenido económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos y no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (Gil Botero, 2017, p. 189)

### **3. Inmateriales:** son los bienes que se afectan pero que no tienen contenido económico.

Tal como lo expone Juan Carlos Henao (1998) citado por Alejandro Gaviria (2019) Los perjuicios extramatrimoniales son aquellos que no tienen una naturaleza económica en el sentido de que, por definición no se les puede medir en dinero, pese a lo cual deben ser indemnizados, usualmente, mediante una suma de dinero.

Seguindo la evolución de la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Sección Tercera, ha reconocido para los casos que hay responsabilidad del Estado, se pueden indemnizar los siguientes perjuicios inmatrimales, a saber, perjuicio moral, daño a la salud, el daño a la vida de relación, alteración de las condiciones de existencia, perjuicio estético y daño psicológico.

3.1 Perjuicio Moral, A continuación, entraremos a definir el *perjuicio moral*, por su parte el profesor emérito de nuestra universidad Martínez Rave (1998) dice que “son los que afectan los aspectos emocionales, psicológicos, o afectivos de la persona”. (p. 167)

El doctrinante en la materia de responsabilidad del Estado, dice lo siguiente referente a los perjuicios morales, “En su forma más simple, atienden a resarcir la lesión de los sentimientos, situaciones dolorosas, menoscabo o deterioro de la integridad afectiva o espiritual dentro de los límites que no rayen en lo patológico”. (Gil Botero, 2017, p. 209)

El Consejo de Estado, con Magistrado Ponente, Jaime Orlando Santofimio Gamboa, determinó el 28 de agosto de 2014 en una sentencia de unificación, que los perjuicios morales, se definen así:

Así las cosas, tenemos que el concepto de perjuicio moral se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo. (Consejo de Estado, Sala Plena, exp. 26251, 2014).

A continuación, definiremos el *daño a la vida de relación*, y este es definido como “esa pérdida o deterioro de la capacidad lúdica o placentera que puede brindar la integridad corporal y la afectación que en el mundo exterior produce el daño” (Gil Botero, 2017, p. 227)

El perjuicio de *alteración de las condiciones de existencia*, lo ha definido el profesor francés Chapus (1957) citado por Henao Pérez (1998, p. 25) como “una modificación anormal del curso de la existencia del demandante, en sus ocupaciones, en sus hábitos, en sus proyectos”.

Concluida la anterior definición, nos adentramos en lo que se conoce como *perjuicio estético*, y en este punto debemos tener en cuenta que toda cultura tiene concepción o entendimiento frente a la estética, y por consiguiente, en esa misma cultura hay regularidad o constantes de acuerdo a la belleza o lo que entienden por estética.

“La afectación o mutación de esa regularidad pone a quien la padece en situación de desventaja una vez se enfrenta al concepto de regularidad estética”. (Gil Botero, 2017, p. 236).

En cuanto al daño psicológico, se ha dicho que puede llegar a ser independiente del daño moral en razón a que afecta un bien específico. Ha sido definido así:

Podría decirse que es la perturbación transitoria o permanente del equilibrio espiritual preexistente, de carácter patológico, producida por un hecho ilícito, que genera en quien la padece la posibilidad de reclamar una indemnización por tal concepto a quien la haya ocasionado o deba responder por ella. (Gil Botero, 2017, p. 237).

Hoy, gracias a la jurisprudencia del Consejo de Estado, se reconoce el daño a la salud, el cual recoge a título de variables, los aspectos que se tenían en cuenta para el reconocimiento de los perjuicios inmateriales mencionados en líneas precedentes, exceptuando los morales.

Es así como en el año 2015, el Consejero Ponente Jaime Orlando Santofimio, en sentencia, condena a la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional, por concepto de daño a la salud, expresando lo estimado por la sala respecto a este de la siguiente manera:

Al respecto la Sala estima oportuno precisar que, no obstante que en la demanda se pidió el reconocimiento del perjuicio, denominándolo “perjuicio fisiológico”; se entrará a estudiar esta pretensión habida cuenta de la pluralidad de los *nomina iura* que se utilizaron en el pasado para denotar el daño corporal. Sabido es que esta Corporación unificó esas distintas denominaciones en un único *nomen iuris*: “daño a la salud”; por tanto, no podría

el recurrente ver negada su pretensión so pretexto la denominación del perjuicio ha cambiado

En segundo lugar, se precisa que en el momento que se unificó la divergencia de nombres que habían utilizado, en el de daño a la salud se dispuso que: "...el concepto de salud comprende diversas esferas de la persona, razón por la que no sólo está circunscrito a la interna, sino que comprende aspectos físicos y psíquicos, por lo que su evaluación será mucho más sencilla puesto que ante lesiones iguales corresponderá una indemnización idéntica. Por lo tanto, no es posible desagregar o subdividir el daño a la salud o perjuicio fisiológico en diversas expresiones corporales o relacionales (v.gr. daño estético, daño sexual, daño relacional familiar, daño relacional social), pues este tipo o clase de perjuicio es posible tasarlo o evaluarlo, de forma más o menos objetiva, con base en el porcentaje de invalidez decretado por el médico legista. De allí que no sea procedente indemnizar de forma individual cada afectación corporal o social que se deriva del daño a la salud, como lo hizo el tribunal de primera instancia, sino que el daño a la salud se repara con base en dos componentes: i) uno objetivo determinado con base en el porcentaje de invalidez decretado y ii) uno subjetivo, que permitirá incrementar en una determinada proporción el primer valor, de conformidad con las consecuencias particulares y específicas de cada persona lesionada". (Consejo de Estado, Sala Plena, exp. 32912, 2015).



## **CAPITULO III.**

### **LA RESPONSABILIDAD ESTATAL POR DAÑOS DERIVADOS DE IMPLANTES MAMARIOS PIP (POLY IMPLANT PROTHESIS)**

El presente capítulo tiene como fin acentuar esta investigación sobre la responsabilidad del Estado hacia el caso concreto, verificar la responsabilidad Estatal generada por los daños ocasionados con los implantes mamarios PIP (Poly Implant Prothèse), explicar a fondo la responsabilidad que se generó a cargo de la entidad INVIMA por otorgar el registro sanitario a dicho producto sin cumplir con los estándares de calidad para ser usados por las personas. Explicar la tipología de los daños que se generaron a las personas que tuvieron los implantes mamarios PIP y realizar un análisis a profundidad de como en materia procesal actuó la caducidad en los casos que expondremos a continuación. Igualmente, se abordará la caducidad para promover la demanda de reparación directa, por haber sido un tema que ha impedido que a la fecha las demandas promovidas en Medellín cuenten con sentencia de segunda instancia.

#### **3.1 LOS IMPLANTES MAMARIOS PIP.**

Para explicar de manera elocuente la presente investigación, es menester determinar lo que son los implantes mamarios PIP. Los implantes mamarios de silicona PIP, fueron creados por la empresa Poly Implant Prothèse, empresa fundada por el francés Jean Claude Mas en 1991. La polémica empresa francesa llegó a fabricar más de 2 millones de pares de implantes mamarios y llegó a ubicarse en el tercer lugar en ventas a nivel mundial tras llegar a producir alrededor de 100.000 pares al año. La empresa a partir del año 2001 cambió la composición de los implantes mamarios, pasando de crearlos con la silicona médica, la cual era exigida para este tipo de productos, a la utilización de una silicona industrial, por ser más económica.

Esta silicona industrial era utilizada en componentes electrónicos entre otros, gracias al cambio en la fórmula implementada en las prótesis PIP, se empezó a notar que el índice de rotura y la duración

de estas disminuyó en grandes niveles, tanto así, que estas llegaban a presentar su rotura en 3 años cuando lo normal en una prótesis mamaria era que pudiera durar de 20 a 25 años, se ubicaba así su porcentaje de rotura en comparación con otras en hasta un 500% más, tal y como lo muestran los reportajes hechos por el periódico Español El Mundo en el año 2012. Empezaron a generar problemas en la salud de las personas que tenían dichos implantes, fue de esta manera que el ministerio de salud francés se vio en la obligación de retirarlos por completo del mercado en el año 2010, año en que se generó la polémica de los implantes mamarios PIP a nivel mundial. (El Mundo, 2012)

### **3.2 Posición del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.**

El fundamento constitucional del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima, se encuentra en el artículo 78 de la Constitución Política de Colombia, el cual consagra lo siguiente:

Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios. El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

De acuerdo con el texto Superior, se encuentra el sustento normativo para la responsabilidad del Estado por la omisión o las irregularidades que se presenten en regulación y el control de calidad de todos los bienes y servicios que se ofertan en el país, es así, como nació la necesidad de crear una entidad en la que recayera la obligación de hacer una exhaustiva revisión de los bienes y servicios, todo esto porque existía la necesidad de salvaguardar los derechos de todos los consumidores. De este modo, surge la primera base normativa en donde se reguló todo lo referente a la producción uso y transporte de los medicamentos y alimentos en la Ley 9 de 1979, en sus

títulos V y VI, tomándose esta como la primera norma que daría las funciones y todas las competencias del hoy denominado INVIMA, y regularía cuando sería procedente la emisión de un registro sanitario entre otras cosas.

Posterior a esta ley en el año 1993 se expidió la Ley 100, la cual tenía por objeto crear y regular todo lo referente a la seguridad social integral. Entre otras disposiciones, se destaca que en el artículo 245 contempla creación del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, así:

**ARTÍCULO 245. EL INSTITUTO DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS.** Créase el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos Invima, como un establecimiento público del orden nacional, adscrito al Ministerio de Salud, con personería jurídica, patrimonio independiente y autonomía administrativa, cuyo objeto es la ejecución de las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva.

El Gobierno Nacional reglamentará el régimen de registros y licencias, así como el régimen de vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos de qué trata el objeto del Invima, dentro del cual establecerá las funciones a cargo de la Nación y de las entidades territoriales, de conformidad con el régimen de competencias y recursos.

**PARÁGRAFO.** A partir de la vigencia de la presente Ley, la facultad para la formulación de la política de regulación de precios de los medicamentos de que goza el Ministerio de Desarrollo Económico, de acuerdo con la Ley 81 de 1987, estará en manos de la Comisión Nacional de Precios de los Medicamentos.

Para tal efecto, créase la Comisión Nacional de Precios de Medicamentos compuesta, en forma indelegable, por los Ministros de Desarrollo Económico y Salud y un delegado del Presidente de la República. El Gobierno reglamentará el funcionamiento de esta Comisión.

Con posterioridad a esta norma, se expidió el Decreto 1290 de 1994, por el cual se precisaron las funciones del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- y se establece su organización básica, así como su naturaleza objetivos, funciones, entre otros.

Los objetivos principales del INVIMA, se encuentran consagrados en el artículo segundo del Decreto 1290 de 1994, fueron modificados a su vez por el Decreto 2078 de 2012, el cual tuvo como fin modificar y establecer la estructura del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos y determinar las funciones de sus dependencias, luego de que esta ya hubiera sido modificada por el Decreto 211 en el año 2004.

De acuerdo con ello, fue así como quedó consagrado en su artículo segundo el objetivo principal del INVIMA de la siguiente manera:

**Artículo 2º. Objetivo.** El Invima tiene como objetivo actuar como institución de referencia nacional en materia sanitaria y ejecutar las políticas formuladas por el Ministerio de Salud y Protección Social en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico-quirúrgicos, odontológicos, productos naturales homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico, y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva de conformidad con lo señalado en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993 y en las demás normas que la modifiquen, adicionen o sustituyan.

Por último en la Ley 1480 de 2011, más conocida como estatuto del consumidor. Se regulan y establecen aquellos derechos que tienen los consumidores y las obligaciones que recaen en los productores y proveedores para con los productos que comercializan. Se destaca en numeral 1.2 del artículo tercero, el cual consagra los derechos y deberes de los consumidores y usuarios, el derecho a la seguridad e indemnidad, manifestado de la siguiente manera:

1.2. Derecho a la seguridad e indemnidad: Derecho a que los productos no causen daño en condiciones normales de uso y a la protección contra las consecuencias nocivas para la salud, la vida o la integridad de los consumidores.

El análisis normativo realizado anteriormente deja en claro cuáles son los derechos de los ciudadanos en materia de salud, respecto a los medicamentos y alimentos y a su vez nos permite observar de donde se origina la responsabilidad del estado y la entidad encargada de realizar la vigilancia sanitaria y el control de calidad para con estos productos, es pues, una obligación del estado garantizar la tranquilidad de todos los ciudadanos para con los productos que se consumen, que se permiten comercializar en el Estado colombiano.

Conocidos los antecedentes históricos del uso de dichos implantes en el País, y con un estudio claro de los elementos de la responsabilidad conforme a la cláusula general dispuesta en el artículo 90, los autores de este escrito consideran que se está frente a un caso de responsabilidad Estatal por omisión.

En el año 2018, la Corte de Casación Francesa, revocó una sentencia de primera instancia que absolvía de responsabilidad a la empresa alemana TÜV Rheinland que es un certificador de calidad, por considerarlo fue negligente frente a estas prótesis, imponiendo la condena de 3.400 euros a favor de la mujer que fue víctima de estas prótesis. (El Espectador, 2017)

Para el caso nacional, fue el INVIMA la entidad que tenía la obligación de revisar la calidad de estas prótesis y no lo hizo a cabalidad, simplemente fue negligente porque como en varios países de Europa y América latina ya se comercializaba se confió y otorgó el registro sanitario número INVIMA-V0038888-RI sin hacer las pertinentes pruebas del producto médico quirúrgico el cuál debía ser compatible con el cuerpo humano. Por esta negligencia, se tuvo como consecuencia que muchas personas en Colombia se implantaran estas prótesis que no cumplían los estándares de biocompatibilidad, seguridad y calidad, sólo bastó unos años para que ocasionaran daños con dichas prótesis.

Sin embargo, efectuando el correspondiente rastreo jurisprudencial para la realización de este informe final, conforme a los objetivos planteados, se encontró que el Consejo de Estado no se ha

pronunciado sobre este tema. Se elevó en medio de la búsqueda de jurisprudencia, y de la investigación una solicitud al Consejo de Estado donde se solicitó las decisiones emitidas conforme a las prótesis PIP, en respuesta tuvimos dos providencias, un auto y una sentencia. La sentencia enviada no tiene nada que ver con el tema solicitado, toda vez que se analiza los daños de una ciudadana que fue sometida a una cirugía mamaria, producto de un tumor cancerígenos en el año 1986. Pero el auto, si es consecuente con el tema planteado en la presente tesis, donde resolvió el recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Salud y Protección Social y el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos-INVIMA contra el auto del 23 de septiembre de 2015 proferido por el Tribunal Administrativo de Antioquia en la audiencia inicial, que declaró no probadas las excepciones de caducidad y falta de legitimación en la causa por pasiva. En ese momento, año 2017, el Consejo de Estado confirmó el auto emitido por dicho Tribunal, bajo el entendido que como no se tenía certeza de la fecha en que se debe comenzar a contar el término de la caducidad, se debe decidir en la sentencia.

Solo encontramos una sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde se declaró la responsabilidad estatal, y se condenó a la Nación – Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y alimentos INVIMA que en dicho caso fueron los únicos demandantes a la reparación por los daños causados por los implantes mamarios PIP. La condena abordó los conceptos de perjuicios morales, a la víctima directa por una suma de 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV), y a dos víctimas indirectas por el mismo valor a cada uno. Además condenó a la Nación - Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y alimentos INVIMA a pagar a favor de la víctima directa 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) por concepto de perjuicio a la salud.

Cuando se realizó la verificación de pronunciamientos en la Jurisdicción Contencioso Administrativa en Medellín, se encontró que numerosas demandas fueron presentadas en los años 2013 y 2014 ante los Juzgados Administrativos de la ciudad. Sin embargo, se encontró que los mismos aún no han sido resueltos en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Antioquia, donde hay procesos ingresados a Despacho para fallo desde noviembre de 2017. Estos

procesos aún permanecen sin sentencia en firme, toda vez que el debate hasta ahora se ha enfocado en la ocurrencia o no del fenómeno de la caducidad (lo cual conllevó a que se expedieran autos de rechazo de la demanda o autos que ordenan terminación del proceso declarando probada la excepción de caducidad, conforme lo contempla el artículo 180 del CPACA).

Dado que no se tiene una posición definida en la Jurisdicción respecto de la responsabilidad estatal, se pasa a efectuar una revisión del fenómeno de la caducidad y su tratamiento efectuado por los Jueces Administrativos de Medellín y Magistrados de Antioquia, pues ello ha implicado un obstáculo para el estudio efectivo del tema planteado, esto es, si procede o no la declaratoria de responsabilidad estatal.

### **3.3 Caducidad para promover la demanda de reparación directa para el reclamo de los Daños originados con los implantes mamarios PIP**

Según el artículo 140 del CPACA, el medio de control idóneo para efectuar la reclamación de responsabilidad estatal contemplada en el artículo 90 Superior, es el de Reparación Directa. Para su ejercicio, el legislador ha establecido un término de 2 años contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de los hechos causantes del daño o de la fecha del conocimiento del mismo (artículo 164 CPACA).

Esta figura procesal, tiene como facultad la de terminar el proceso, y no solo puede ser alegada por la parte interesada, sino que constituye una causal de rechazo de la demanda (artículo 169) y una excepción mixta (artículo 180), que de configurarse, debe ser declarada de oficio.

La caducidad es definida por la doctrina, como “el transcurso del tiempo sin que se ejerza el derecho procesal de incoar una pretensión determinada origina el fenómeno de la caducidad, tornándola inadmisibile para su estudio de fondo” (Quintero & Prieto, 2008).

Así, por su parte la Corte Constitucional, definió claramente de la mano del Magistrado Hernando Guerrero Vergara en el año 1998, la caducidad exponiendo lo siguiente:

La caducidad es la extinción del derecho a la acción por cualquier causa, como el transcurso del tiempo, de manera que si el actor deja transcurrir los plazos fijados por la ley en forma objetiva, sin presentar la demanda, el mencionado derecho fenece inexorablemente, sin que pueda alegarse excusa alguna para revivirlos. Dichos plazos constituyen una garantía para la seguridad jurídica y el interés general. Y es que la caducidad representa el límite dentro del cual el ciudadano debe reclamar del Estado determinado derecho; por ende, la actitud negligente de quien estuvo legitimado en la causa no puede ser objeto de protección, pues es un hecho cierto que quien, dentro de las oportunidades procesales fijadas por la ley ejerce sus derechos, no se verá expuesto a perderlos por la ocurrencia del fenómeno indicado. (Corte Constitucional, Sala plena, C-115,1998)

En conclusión, la caducidad representa la pérdida de la oportunidad de ventilar la pretensión reparatoria dentro de un proceso contencioso administrativo, es decir, no es perder el derecho, porque de eso se encarga la prescripción, sino que es la imposibilidad de ejercer su derecho de acción en el tiempo estimado previamente por la ley de forma objetiva. Y decimos que es la imposibilidad, porque si bien el demandante puede presentar la demanda, el juez la puede rechazar si avisa la caducidad, o si por el contrario en el curso del proceso el juez se da cuenta que en ese caso operó la caducidad la puede decretar, por ser una excepción impropia.

En esa misma línea de análisis nuestra Corte Constitucional, con ponencia de la magistrada Gloria Estella Ortiz Delgado, tiene unos parámetros para determinar desde cuándo se debe contabilizar la caducidad de la acción de reparación directa, es decir, cuál es el momento determinante para comenzar a contar, para que no caduque la acción y por lo tanto no se pueda ejercer el derecho que a bien se tenga que reclamar mediante este medio de control, y expone lo siguiente:

Es importante diferenciar tres situaciones que la jurisprudencia ha distinguido para efectos de contabilizar el término de caducidad de la acción de reparación directa. En primer lugar, y en aplicación de la regla general, cuando el hecho, omisión u operación son instantáneos,



la caducidad opera desde el día siguiente en que se concreta el generador del daño, “esto es la fecha en que acaece el suceso o fenómeno que genera el daño, de no ser así se confundiría a aquél con las secuelas o efectos del mismo”. En segundo lugar, cuando el hecho generador del daño se prolongue en el tiempo, en cuyo caso la caducidad se contabiliza a partir del último suceso dañino. Y, en tercer lugar, cuando el hecho generador del daño es oculto, la caducidad se cuenta a partir del día siguiente al que la persona tuvo conocimiento del daño, pues lógicamente el tiempo transcurrido es bastante posterior a la ocurrencia del hecho. (Corte Constitucional, Sala plena, T-667, 2015).

Frente al análisis la falla médica dentro de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado, con ponencia de la Magistrada Marta Nubia Velásquez Rico, interpretó otras decisiones y expuso lo siguiente:

En este sentido, en aplicación del principio *iura novit curia*, la Sala puede analizar el caso bajo la óptica del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado aplicable, de cara a los hechos probados dentro del proceso, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa petendi, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso o que se establezca un curso causal hipotético de manera arbitraria. No obstante que el modelo de responsabilidad extracontractual del Estado colombiano no privilegió un título de imputación, la posición de la Corporación en esta época se orienta en el sentido de que la responsabilidad médica, en casos como el presente, debe analizarse bajo el tamiz del régimen de la falla probada, lo que impone no sólo la obligación de probar el daño del demandante, sino, adicional e inexcusablemente, la falla por el acto médico y el nexo causal entre esta y el daño, sin perjuicio de que en los casos concretos el juez pueda, de acuerdo con las circunstancias, optar por un régimen de responsabilidad objetivo. (Consejo de Estado, Sala Plena, exp. 57689, 2020)

Verificado el Sistema de Gestión del Tribunal Administrativo de Antioquia, se encontraron en segunda instancia, los siguientes procesos, pendientes de ser resueltos por dicha Corporación:

*Tabla 1. Decisiones de Primera Instancia en Juzgados Administrativos de Medellín.*

<b>Radicado</b>	<b>Juzgado Primera Instancia</b>	<b>de</b>	<b>Decisión tomada Primera Instancia</b>	<b>Síntesis</b>	<b>Magistrado ponente a cargo</b>
05001-33-33- 008-2014- 00601-02	Juzgado Administrativo Medellín	8	Niega pretensiones.	No se encuentra acreditado el daño antijurídico por lo que se hace innecesario analizar la existencia de una falla en el servicio por parte de las entidades accionadas.	Rafael Darío Restrepo Quijano
05001-33-33- 012-2013- 00188-02	Juzgado Administrativo Medellín	12	Niega pretensiones.	No es factible atribuir un aresponsabilidad a los entes por falta de nexo de causalidad entre el presunto daño y las conductas presuntamente omisivas de las entidades accionadas. En ningún momento se concretó un problema de salud en contra de la demandante.	Jorge Iván Duque Gutiérrez

---

05001-33-33-012-2013-00251-02	Juzgado Administrativo Medellín	12	Niega pretensiones.	No se encuentran acreditados los elementos de la responsabilidad del daño antijurídico tampoco se demostró la existencia de un efecto adverso ocasionado con las prótesis mamarias PIP.	Gloria María Gómez Montoya
05001-33-33-012-2014-01357-02	Juzgado Administrativo de Medellín.	12	Niega pretensiones	Ante la ausencia de medios de prueba que den cuenta de la existencia del daño, el análisis de la responsabilidad extracontractual del Estado deviene en improcedente.	Rafael Darío Restrepo Quijano
05001-33-33-016-2013-00862-02	Juzgado Administrativo Medellín	16	Niega pretensiones.	Ministerio de protección social no legitimado por pasiva pues no es el que le corresponde vigilar calidad y seguridad de productos. Frente al INVIMA no se logra acreditar el daño imputado, tampoco se acreditó la omisión frente a la	Yolanda Montes Obando

---

---

				función de inspección, vigilancia y control técnico en la autorización para el uso médico de las prótesis.		
05001-33-33-024-2014-00392-02	Juzgado Administrativo Medellín	24	Niega pretensiones.	Las actuaciones desplegadas por la entidades se ajustaron al cumplimiento de sus funciones, su actividad fue oportuna, diligente, responsable y adecuada sin que se avisore falla en el servicio por omisión o incumplimiento en el deber.	Yolanda Montes	Obando
05001-33-33-025-2014-01114-02	Juzgado Administrativo Medellín	25	Niega pretensiones	Efectua análisis de fondo para indicar que no se puede sostener que para el caso concreto se trate de los implantes irregulares objeto de la revocatoria de la certificación. No hay pruebas en el proceso que permitan imputar responsabilidad a las	Rafael Restrepo	Darío Quijano

---

---

				entidades que evidencia que no cumplieron su deber legal		
05001-33-33- 028-2013- 00995-02	Juzgado Administrativo de Medellín.	28	Niega pretensiones	La entidad INVIMA cumplió con su objeto y funciones legalmete establecidas, y el ministerio de la protección social cumplió con su deber. No hay lugar a invocar responsabilidad de las demandas	John Jairo Alzate López	
05001-33-33- 029-2013- 01216-02	Juzgado Administrativo Medellín	29	Niega pretensiones.	Se determina efectivamente inexistencia del daño antijuridico alegado por la actora, pues no se evidencia ocasionamiento de menoscabos materiales o inmateriales fruto de un incumplimiento de funciones de vigilancia, control e inspeccion por parte del invima u otra entidad. No se avizora que la demandante se	John Jairo Alzate López	

---

---

halla visto afectada en  
su salud.

---

Nota: La anterior tabla fue creación propia, de los investigadores adscritos a este trabajo.

Se encontró que todos esos procesos ya habían sido tramitados en el Tribunal, en virtud de recurso de apelación contra el auto que ordenó la terminación del proceso en virtud del fenómeno de la caducidad, quedando postergado su análisis al momento de dictar sentencia.

En ese momento, la posición del tribunal frente al fenómeno jurídico de la caducidad fue:

*Tabla 2. Posición del Tribunal Frente al Fenómeno Jurídico de la Caducidad.*

<b>Radicado</b>	<b>Juzgado de Primera Instancia</b>	<b>de</b>	<b>Posición del Tribunal</b>	<b>Magistrado ponente a cargo</b>	
05001-33-33-008-2014-00601-02	Juzgado Administrativo Med	8	No probada caducidad.	Ausencia de pruebas respecto de la fecha que tuvo conocimiento del peligro la accionante implica ausencia de certeza.	Rafael Darío Restrepo Quijano
05001-33-33-011-2014-01237-02	Juzgado Administrativo de Medellín	12	Declaró probada la excepción de caducidad y terminó proceso.	Revoca decisión. Deberá darle trámite al proceso para que luego con fundamento a las pruebas recaudas se dio o no la caducidad.	Álvaro Cruz Riaño

---

---

05001-33-33-012-2013-00188-02	Juzgado Administrativo de Medellín	12	En primera instancia, se niega la excepción de caducidad por duda en su cómputo.	Confirma providencia. El tema de la caducidad en el presente caso debe ser un asunto de debate probatorio.	Jorge Iván Duque Gutiérrez
05001-33-33-012-2013-00251-02	Juzgado Administrativo de Medellín	13	Niega la prosperidad de la excepción de caducidad.	Confirma providencia. Ausencia de prueba suficiente que permita tener claridad en el cómputo del término de caducidad.	Gloria María Gómez Montoya
05001-33-33-016-2013-00862-02	Juzgado Administrativo de Medellín	16	Se declara probada excepción de caducidad.	Confirma providencia. Al realizar un estudio doble las pruebas no se logra establecer la fecha a partir de la cual se debe contar el término de la caducidad.	Yolanda Obando Montes
05001-33-33-024-2014-00392-02	Juzgado Administrativo de Medellín	24	Rechazó demanda por caducidad	Se revoca providencia. Tribunal no determina el momento a partir del cual se debe contar la caducidad, sencillamente revoca por la falta de sentencia en la misma, ordenando al juzgado que la estudia después	Yolanda Obando Montes

---

---

				de practicar las pruebas		
05001-33-33-025-2014-01114-02	Juzgado Administrativo de Medellín	25	Declaró prospera excepcion caducidad.	no la de	Confirma decisión, obrantes en el proceso no se logra establecer con plena certeza la fecha a partir de la cual debe hacerse el conteo de la caducidad.	Rafael Darío Restrepo Quijano
05001-33-33-028-2013-00995-02	Juzgado Administrativo Medellín	28	Declara probada excepción caducidad.	no la que	Revisado el material probatorio se deduce que es insuficiente para determinar con certeza si acaeció o no el fenómeno de la caducidad.	John Jairo Alzate López
05001-33-33-029-2013-01216-02	Juzgado Administrativo de Medellín	29	Declara probada excepción.	no la tuvo	No existe certeza respecto de la fecha conocimiento la demandante de los hechos que dieron origen a la demanda.	John Jairo Alzate López

---

Nota: La anterior tabla fue creación propia, de los investigadores adscritos a este trabajo.

Para la realización de la tabla anterior, no se tuvieron en cuenta los procesos que se encuentran en apelación de sentencia ante el Tribunal, y que no fueron objeto de apelación frente a auto de rechazo o de excepciones, con ocasión de la caducidad (procesos terminados en 01), los cuales también se encuentran a despacho para dictar sentencia.



Como se indicó atrás, a pesar de la poca celeridad imprimida en el trámite y resolución de las demandas interpuestas en Antioquia, se encontró una sentencia del Tribunal de Cundinamarca que encuentra responsable al Estado, por los daños ocasionados a las víctimas, de los implantes PIP que no fueron objeto de control por parte del INVIMA.

En el caso tramitado en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se puede advertir que, al igual que en los procesos promovidos ante los Juzgados Administrativos de Medellín, el Estado en calidad de demandado alegó como principal fuente de defensa la ocurrencia de la caducidad, y al igual que en este Departamento, la caducidad fue decretada en primera instancia. En la sentencia del 18 de octubre de 2018, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del expediente número 11001333603420140017002, se revocó la sentencia de primera instancia del Juzgado 34 Administrativo de Bogotá donde había declarado la caducidad para el ejercicio del medio de control y por consiguiente, negó las pretensiones, y además fijó como agencias en derecho a favor de la apoderada de la parte demandada la suma de 574.696. Esta decisión fue de fondo, toda vez que analizó el término de la caducidad concluyendo que ya se había dado en ese caso concreto, ese fue el argumento principal, pero además indicó que aún cuando se hubiera presentado la demanda oportunamente, las pretensiones no habrían de prosperar bajo el entendido que el INVIMA expidió el registro correctamente y cumpliendo los requisitos para la época y que además tenía el certificado de sanidad expedido por la autoridad sanitaria del país de origen y no había noticia de alteración de éstos implantes mamarios.

En dicho caso, el Juez 34 Administrativo, en un primer momento consideró que había operado la caducidad, la cual declaró en auto interlocutorio fue revocado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, donde le ordenó que estudiara a fondo el expediente y si era el caso, en sentencia declarara la caducidad, como en efecto lo hizo. Claramente la parte demandada apeló esta decisión y el Tribunal Administrativo de Cundinamarca hizo un análisis de la caducidad distinto.

El juzgado para decretar la caducidad del medio de control, tomó como referencia el día de la ecografía realizada a la demandante, teniendo dicha fecha como el momento en que se dió cuenta que corría peligro con esas prótesis implantadas, pues allí se advirtió una ruptura en la prótesis derecha, (a partir de ese momento, la actora tenía hasta el 12 de febrero de 2014 para presentar la demanda, lo cual ocurrió solamente el 7 de Marzo de 2014). La parte demandante presentó el recurso de apelación correspondiente, argumentando que la caducidad debía contarse desde diciembre de 2014 fecha en la cual la demandante tuvo conocimiento que podía demandar en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa por los daños que le ocasionaron las prótesis PIP.

Entre los antecedentes importantes encontramos que el 6 de abril de 2010, el INVIMA emitió una alerta sanitaria informando la suspensión preventiva del uso de las prótesis PIP, y solicitando a los pacientes implantadas que acudieran donde un especialista para que revisaran su estado. Y el 12 de octubre de 2010 dicha entidad canceló el registro sanitario de las prótesis mamarias PIP en nuestro país. Más tarde, el 16 de febrero de 2012, el Ministerio de Salud y Protección Social definió las condiciones para las personas que tuvieran implantadas prótesis PIP.

Conocidos los hechos relevantes que denotan las actuaciones del Estado, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca resolvió contabilizar al caducidad desde el momento en que el Ministerio de Salud y Protección Social profirió la Resolución No. 0000258 del 16 de febrero de 2012. Para el efecto indicó la Corporación:

En este orden, tal como se indicó en la providencia citada con antelación, **la atribución de la responsabilidad no parte del conocimiento de las complicaciones** de salud ni del momento de la emisión de la alerta sanitaria por parte del INVIMA sino de la concesión y renovación del registro sanitario a los implantes de marca Poly Implant Prothèse -PIP y las eventuales consecuencias generadas, en este sentido para la sala se debe contabilizar la caducidad del momento en el cual el Ministerio de Salud y Protección Social profirió la resolución No. 0000258 del 16 de febrero de 2012, que definió las condiciones para la atención de la población implantada con las prótesis mencionadas -PIP, pues a partir de la expedición de ésta se establecieron políticas de cuidado a las posibles afectadas.

Por lo anterior, se tendría el término de 2 años de caducidad del medio de control de reparación directa en el presente asunto, habría transcurrido desde el 17 de febrero de 2012 hasta el 17 de febrero de 2014. (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección A, 11001333603420140017002, 2018)

Bajo el anterior argumento el Tribunal Administrativo de Cundinamarca condenó al Estado a pagar la reparación a esta mujer que pedía justicia por esa falla en el servicio por parte del INVIMA único demandante, junto con la Nación y que en primera instancia había sido desconocida. Con ocasión de la declaratoria de responsabilidad, se le reconocieron los perjuicios morales sufridos, así como a su cónyuge e hijo. Además le otorgaron 40 Salarios mínimos mensuales legales vigentes, a título de daño a la salud a favor de la demandante.

Para el caso concreto, el Honorable Tribunal Administrativo de Cundinamarca sostuvo lo siguiente frente al régimen de responsabilidad aplicable:

En el caso sub examine la parte actora solicita la reparación del daño antijurídico ocasionado como consecuencia de la supuesta omisión de vigilancia administrativa en que incurrió el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos -INVIMA- al otorgar y renovar el registro sanitario de las prótesis mamarias Poly Implant Prothese. Es decir, atribuye responsabilidad bajo el régimen de imputación subjetiva de falla en el servicio. (Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección tercera, Subsección A, 11001333603420140017002, 2018)

Aplaudimos esta decisión y el análisis que hizo el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, toda vez que acogió las pretensiones y la demandante que sufrió un probado daño obtuvo su reparación de forma integral.

Si bien vemos que el Tribunal tomó como punto de partida para la configuración de la caducidad, la fecha en la cual el Ministerio de la Protección Social, se pronunció frente a la situación de las

prótesis PIP, consideramos que el verdadero punto de partida para comenzar a contabilizar la caducidad, no es otro que el día en que la persona implantada conoció el **real daño** ocasionado por estas prótesis nocivas para la salud que como ya se explicó no cumplen con los estándares de biocompatibilidad, seguridad y calidad. De acuerdo con ello, ese suceso determinante para el estudio de la caducidad, se configura cuando un experto en este tipo de prótesis analiza cual fue la pérdida de capacidad, además del sufrimiento que se puede derivar de un evento lamentable como estos, pues ni siquiera con la Resolución ministerial puede esperarse que una persona del común entienda y dimensiona de lo que está pasando en su cuerpo.

De acuerdo con la normativa vigente en Colombia (artículo 164 del CPACA), es claro que la caducidad para promover el medio de control de reparación directa es de 2 años, que sino se presenta la demanda en este término, no es posible obtener una reparación integral y por lo tanto no saldrá avante la pretensión, sin embargo cada caso en concreto merece especial estudio, y no pretender que en todos los casos el punto de inicio para la contabilización de la caducidad sea el mismo, esto es, la causación del daño, pues éste puede estar causado, y la víctima no ser consciente de ello.

Lo anterior tiene vocación de prosperidad si se analiza lo que dice el artículo 164, numeral 2, literal i, del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, que reza lo siguiente:

2. En los siguientes términos, so pena de que opere la caducidad:

i) Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando **el demandante tuvo o debió tener conocimiento** del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia.

Sin embargo, el término para formular la pretensión de reparación directa derivada del delito de desaparición forzada, se contará a partir de la fecha en que aparezca la víctima o

en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que la demanda con tal pretensión pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.

Nuestra tesis se fundamenta en la parte que expresa que el demandante tuvo o debió tener conocimiento del daño, es decir, propiamente cuando supo qué daño se le ocasionó con la implantación de esas prótesis que inocentemente, creyó que el Estado y por consiguiente, el INVIMA, habían seguido todos los protocolos y ensayos para verificar su calidad. Además también se fundamenta en lo dicho por la jurisprudencia arriba citada con ponencia de la Magistrada Gloria Estella Ortíz Delgado, cuando ordena lo siguiente: “cuando el hecho generador del daño es oculto, la caducidad se cuenta a partir del día siguiente al que la persona tuvo conocimiento del daño, pues lógicamente el tiempo transcurrido es bastante posterior a la ocurrencia del hecho”. (Corte Constitucional, Sala plena, T-667, 2015).

De este modo, podemos observar que el Estado Colombiano no garantizó la salud de los pacientes con implantes mamarios PIP y el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA no cumplió con sus objetivos y funciones principales al momento de otorgar el registro sanitario, que se traducen en la realización de un control de calidad de todos los medicamentos, productos biológicos y elementos médico quirúrgicos para el caso concreto generando así un impacto en la salud individual y colectiva de nuestra sociedad.

#### **3.4. Análisis de los elementos estructurales del daño en el caso de los implantes mamarios PIP**

Este análisis se realiza con la finalidad de encajar el caso en concreto con los elementos estructurales del daño necesarios, y que, han sido aceptados y desarrollados por la jurisprudencia del consejo de Estado Colombiano, todo esto, para permitir una mejor observación del cumplimiento de todos los requisitos y hacer una distinción en la existencia o no del daño, que

dará lugar o no a la responsabilidad del Estado - Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.

Los elementos estructurales que darán lugar a la imputación de la responsabilidad, deberán estar integrados, de tal manera que, si alguno de estos llegare a faltar, no se podría configurar la responsabilidad Estatal, es a partir de este punto, que abordaremos cada uno de los elementos en el caso concreto dando una explicación desde las nociones anteriormente vistas en el capítulo segundo para dar lugar a el análisis de la existencia o no de la responsabilidad Estatal.

### **Hecho dañoso**

El hecho dañoso o hecho generador del daño antijurídico en el caso de los implantes PIP, se produjo desde el momento en que, por omisión del agente, para el caso, el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, no realizó la debida vigilancia y control, que según su objetivo consagrado en el Decreto 1290 de 1994, artículo 2, debía cumplir, así mismo lo permite observar el profesor Saavedra Becerra explicando la atribución del daño por esa obligación de reparar que nace desde el artículo 78 constitucional y se materializa en los diferentes decretos y normas anteriormente expuestas que dan lugar a la relación existente entre los ciudadanos y el Estado por el deber de garantizar la salud individual y colectiva

“un fenómeno jurídico consistente en la atribución a un sujeto determinado del deber de reparar un daño en base a la relación existente entre aquel y este” (Saavedra Becerra, 2008, p. 203)

No se ejecutaron entonces, las políticas públicas formuladas y permitió la circulación de un elemento médico – quirúrgico, dando el registro sanitario y renovándolo sin haber realizado una prueba pericial previa a la comercialización de este producto, es aquí donde se da la ocurrencia del hecho dañoso, ya que según el artículo 90 de la constitución política de Colombia el Estado deberá responder patrimonialmente por los daños jurídicos que le sean imputables, para el caso por la omisión de uno de sus agendes, al permitir la circulación de un producto nocivo para el cuerpo humano.

## **Daño antijurídico en el caso PIP**

Una de las nociones que tiene el Consejo de Estado sobre el daño antijurídico, fue descrita en una sentencia, con ponencia del Doctor Enrique Gil Botero.

El concepto de daño antijurídico (art. 90 C.P.), impone el reconocimiento del deber de indemnizar ante la constatación efectiva de un daño o lesión a un bien jurídicamente tutelado, que la persona no se encuentra en la obligación de soportar, dado que ese detrimento se impone con trasgresión del principio de igualdad ante las cargas públicas, siempre y cuando el mismo pueda ser imputado a la administración. (Consejo de Estado, Sección tercera, 17042, 2015).

Teniendo claro el concepto, que básicamente es esa lesión a un interés jurídico que el administrado víctima no está obligado a soportar, y que por lo tanto debe ser indemnizado.

Propiamente en el caso de las prótesis defectuosas PIP, fueron prótesis que causaron daño en el cuerpo humano, toda vez que no tiene los requisitos de biocompatibilidad y seguridad, ya que ha sido probado que a las personas implantadas les ha causado daños en su salud, en algunos casos por el rompimiento, como en el caso estudiado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, anteriormente citado. Pero también fue demostrado por la Corte de Casación francesa que determinó que este tipo de prótesis, de esta marca y referencia no tenían una silicona quirúrgica sino una silicona industrial, que era probable que en menos de 3 años se dañaran y ocasionaran daños, cuando lo normal son 25 años que debe durar un elemento médico quirúrgico como este en el cuerpo humano.

Es de aclarar, que es de cada caso concreto, analizar si propiamente se ocasionó el daño, que es muy probable que si hay rompimiento hay un daño en la salud de la persona implantada, o en caso contrario, sino hay rompimiento, hay altas posibilidades de adquirir enfermedades con el pasar del tiempo, como lo podría ser cáncer de mama.

Por lo anteriormente expuesto, ocasionado el daño, no es más que a través de los medios probatorios como lo podrían ser dictámenes periciales entre otros, para demostrar por parte de la parte demandante que es quien tiene la carga de la prueba y dentro del proceso contencioso administrativo ese daño antijurídico ocasionado a su cliente. Es importante aclarar, que esperamos

eso haya pasado, toda vez que la mayoría de procesos ya están esperando que se dicte sentencia en segunda instancia, en los Tribunales administrativos.

### **Nexo causal en el caso PIP.**

Como ya lo analizamos en el capítulo segundo del presente trabajo, el nexo causal, en pocas palabras es ese vínculo existente entre la actuación de la administración, sea por acción o por omisión y el daño antijurídico sufrido por las víctimas.

Se ha visto en diferentes desarrollos jurisprudenciales por parte del consejo de Estado, que, la omisión hace parte de un criterio de imputación de responsabilidad administrativa del Estado y que para ello no se hace necesario demostrar o verificar la existencia de una relación causal entre la conducta que se pretende demostrar y el daño originado de esta, sin embargo en la presente investigación el nexo causal como elemento necesario para estructurar dicha conducta que se pretende imputar y que se deriva de un obrar que se adjudicaría por acción u omisión, se hace evidente en aquella falla en el servicio que se logra ver al no dar cumplimiento a los objetivos de dicha entidad ya expuestos en el hecho dañoso.

En nuestro caso, es decir, de los implantes mamarios PIP, y haciendo un análisis general se debe concluir que debido al rompimiento de dichos implantes se demostró el daño antijurídico, o porque después de un determinado tiempo de extraídos se demostró que a muchas de las personas implantadas resultaron patologías a causa de la estadía de esas prótesis en su cuerpo, que como ya se explicó y en la misma alerta sanitaria del 6 de abril de 2010, y cuando la misma entidad se da cuenta que estas prótesis no son biocompatibles ni seguros para el cuerpo humano, cancelan el registro sanitario el 12 de Octubre de 2010, y con mayor razón en Resolución 258 de 2012, se dice que no son biocompatibles, y con recursos del Estado, tratan de dar condiciones a las personas implantadas.

El nexo causal, surge y se materializa en el momento que la entidad Instituto de Medicamentos y Alimentos- INVIMA, otorgó el registro sanitario en la modalidad de importar y vender, a un producto que no cumplía con los estándares de biocompatibilidad, seguridad y calidad. Toda vez,



que consideramos que, al otorgar dicho registro, creó una expectativa de confianza en el producto, que era apto para la salud y no generaría perjuicios, y en específico para las personas implantadas. Ese nexo causal, es claro, en el sentido que, el Instituto de Medicamentos y Alimentos- INVIMA, no realizó correctamente su trabajo, que está descrito en el artículo 245 de la ley 100 de 1993, y desarrollado posteriormente en el Decreto 1290 de 1994, que es controlar y vigilar la calidad de los productos, como en este caso, los implantes mamarios. Concluimos que si dicha entidad hubiera realizado la adecuada evaluación técnica del fabricante, un serio examen de calidad del producto con miras a controlar y vigilar la seguridad de estas prótesis, aparte de que no se hubieran podido importar y comercializar en nuestro país, nunca las personas implantadas no se las hubieran implantado, y no estaríamos hablando de algún daño, que en nuestro caso, lo vemos de forma latente porque dada la naturaleza del producto, al INVIMA le correspondía efectuar una adecuada evaluación de la calidad del producto, y no quedarse simplemente en la verificación del cumplimiento de los requisitos documentales.

### **Imputación**

En Colombia las personas que persiguen mediante un acción – demanda, la reparación de unos perjuicios deberán demostrar quien o quienes fueron los causantes de tal daño que pretende sea reparado, esto se traducirá en que el demandante en el presente caso de las PIP tiene la carga de la prueba, deberá demostrar, quien fue la entidad causante del daño, el fenómeno de la imputación busca demostrar cuales fueron las entidades que efectivamente causaron el daño, el análisis que logramos realizar con base en las leyes y decretos que dan vida al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, nos permiten observar que tuvieron una grave omisión de sus funciones y se determina su responsabilidad ya que, el INVIMA es la entidad encargada de estas funciones de regulación en la comercialización de estos productos, con el fin de garantizar la salud de los colombianos, es entonces a partir de lo anterior que podemos determinar que, efectivamente es la entidad pública que ejerce las competencias a las cuales se vincula este grave acto dañoso, esto nos permite observar que, efectivamente el hecho dañoso le es imputable a esta entidad y que el perjuicio ocasionado a las múltiples víctimas por los daños derivados de los implantes mamarios PIP, Es una consecuencia cierta e inevitable del hecho perjudicial como diría el profesor Saavedra.

En este requisito de la imputación, es factible que se impute una responsabilidad administrativa al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, dentro del régimen de imputación subjetiva, a título de falla en el servicio, por ese defectuoso procedimiento que hizo, matriculado en la omisión de una efectiva evaluación de los implantes mamarios, antes de darles el registro sanitario.

## CONCLUSIONES

En el primer capítulo se realizó un análisis histórico, observando diferentes vertientes ideológicas y doctrinarias que permitieron asentar el concepto, para a partir de este punto dar una explicación minuciosa del origen de la investigación de los implantes mamarios PIP, se abordaron diferentes líneas históricas, en las cuales se dilucidó el origen y avance del concepto que en la investigación nos ocupó. La responsabilidad como institución jurídica, que impone al Estado una obligación de resarcir daños causados por sus agentes, responsabilidad que, aunque muchas veces se genera en la consecución de los fines esenciales del Estado, queda en claro que ningún asociado se encuentra en la obligación de soportar.

Se demostró el desenlace de como la humanidad se encontraba en una época aberrante, en donde el Soberano actuaba sin ningún pudor, y como estas conductas eran soportadas por los ciudadanos por la presunción, de que se actuaba con una legitimidad divina. Se demuestra la creación y aplicación del castigo, y de cómo se origina el delito y la “responsabilidad” derivada de este, cuya consecuencia sería una condena por el daño generado por el actuar del sujeto.

Concluimos, a través de la investigación, que el mundo pasó desde la irresponsabilidad absoluta, hasta la responsabilidad que hoy conocemos debidamente positivizada. Fue un camino largo, que se creía que, con el triunfo del pueblo en la revolución francesa, todo iba cambiar, y no fue así porque se mantenía la máxima de que “el pueblo no yerra”. Pero todo mejoró y gracias a las Altas Cortes de Justicia, se obtuvo un desarrollo de la Responsabilidad del Estado, de la mano de la jurisprudencia.

Luego de esto se procedió con el análisis de la Responsabilidad Estatal, desde diferentes contextos, normativo doctrinario y jurisprudencial, esto con el fin, de dar una aproximación a los lectores de la presente investigación, sobre el objeto inicial de todo el trabajo. Es de gran importancia dejar en claro las obligaciones y deberes del Estado, es a partir de ese punto, donde cobra importancia el concepto, y de donde se puede observar aquellas garantías que tiene el ciudadano, y la

legitimación en la que se encuentra cuando aquellos fines esenciales no se cumplen a cabalidad por las diferentes entidades Estatales.

Se procedió a realizar un análisis exhaustivo sobre los tipos de perjuicio que podía sufrir una persona, todo esto para llevarlo al caso en concreto y demostrar las consecuencias de los daños antijurídicos, y la transgresión al principio del Estado Social de Derecho, en donde ningún individuo estará obligado a soportar un actuar ilícito por parte de órgano Estatal, ni siquiera en la consecución de los fines, pues este se debe reparar.

Podemos decir que hoy, en nuestro país, hay un amplio desarrollo de todo el tema de responsabilidad del Estado, hay grandes doctrinantes y una jurisprudencia trazada por el Consejo de Estado en muchos temas, y que a pesar de ser tardía las víctimas obtienen una reparación integral. Es importante aclarar este tema central, de las prótesis PIP, el Consejo de Estado aún no tiene posición, y esto se debe a que no ha llegado al conocimiento de éste órgano judicial para que se realice un análisis de fondo sobre si hay o no responsabilidad del Estado.

Después de realizar un análisis exhaustivo de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de los implantes mamarios Poly Implant Prothese PIP, se da por cumplido el objetivo general de la presente monografía, con este se pretendió abordar y comprender el problema jurídico planteado en esta investigación para de esta manera, de una forma analítica demostrar la existencia de la responsabilidad estatal a título de falla en el servicio por parte del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA.

El artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, se convierte en la herramienta para concluir la presente investigación, ya que, es la base fundamental de la responsabilidad del Estado en Colombia, se atribuye a partir de este la responsabilidad por todos los daños antijurídicos que le sean imputables, por acción u omisión de las autoridades públicas.

Podemos concluir entonces, que a consecuencia del actuar negligente de una entidad estatal se vulneraron diferentes postulados constitucionales, así como todas las normas encargadas de

regular la vigilancia y control de calidad de los medicamentos y todos los elementos médico - quirúrgicos entre otros, en Colombia. Es de gran importancia resaltar que se generó una flagrante afectación a toda la población implantada que adquirieron los implantes mamarios Poly Implant Prothese, por la vulneración a sus derechos fundamentales tales como el derecho fundamental a la salud.

Es evidente que el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA – Estado, falló en la prestación del servicio y no garantizó el derecho a la salud al no realizar la respectiva vigilancia y control que debía. A partir del momento en que se da esta grave transgresión a los derechos individuales y colectivos de los ciudadanos, se vulnera también el artículo 78 constitucional, en virtud del cual se otorgaron las facultades de control de calidad de los diferentes bienes y servicios prestados a toda la comunidad, pero lo que se torna más gravoso y se convierte en la verdadera transgresión de este imperativo constitucional, la entidad encargada no cumplió con las funciones y objetivos designados por la ley, no ejecutó su objetivo principal y vulneró las políticas formuladas por el Ministerio de Salud y Protección Social en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de los medicamentos y específicamente los elementos médico – quirúrgicos para este caso.

Es a partir de esta omisión de la autoridad pública encargada, que se da la ocurrencia de este hecho dañoso que nos llevaría al estudio del polémico caso de la extinta empresa Poly Implant Prothese y de cómo se originó la afectación de dichos implantes, que a su vez generó en Colombia una crisis, manifestada por el Instituto Nacional de Medicamentos y Alimentos INVIMA, en la Resolución 258 de 2012, luego de una evidente negligencia cometida por las autoridades sanitarias, era menester hacer un seguimiento exhaustivo, una investigación minuciosa, para llegar a determinar de dónde nacía la legitimación en la causa de las personas afectadas por este hecho dañoso, es entonces, a partir de este punto, donde se hizo necesario exponer la evolución de la responsabilidad desde sus primeras teorías hasta llegar a la construcción hecha por diferentes autores y avances jurisprudenciales que nos llevarían hasta el concepto hoy establecido sobre instituciones como la responsabilidad que permiten el planteamiento expuesto en este trabajo, luego de realizado este, era no menos importante identificar el contexto normativo, doctrinario y

jurisprudencial, todo con el fin de exponer que las autoridades incurrieron en una falta por una omisión cometida, tal como lo demuestra la citada sentencia base de este trabajo expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, con radicado 1100133360342014001700 2, donde la Señora Laura Constanza Atehortua y algunos de sus familiares inician acción en contra del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA, en virtud del medio de control de reparación directa consagrado en el artículo 140 del CPACA, siendo declarada la entidad accionada, en segunda instancia, administrativamente responsable por todos los daños y perjuicios generados con la falla del servicio expuesta en este trabajo.

Finalmente de manera uniforme y tras el análisis realizado en el presente trabajo encontramos que de forma subsidiaria en los casos de daños originados con los implantes mamarios PIP, se discute sobre la caducidad, impidiendo la realización de un estudio de fondo de la existencia o no de la responsabilidad estatal.

En lo que refiere al término de caducidad para promover la demanda de reparación directa, se propone en este escrito, que se tome como termino inicial para contar la caducidad el momento en que se conoció por parte de la víctima la causación de un daño real, esto es, con el examen pericial, y no a partir de la Resolución Ministerial mediante la cual dicho órgano administrativo otorgó pautas para la población implantada.

En ese orden de ideas, superando el tema de caducidad, nos preguntamos y analizamos si realmente hay o no una responsabilidad por parte del Estado en cabeza del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos- INVIMA. Y concluimos que sí hay una responsabilidad administrativa en favor de las personas implantadas que demuestren el daño a causa de la implantación, pero ya está demostrado que dichas prótesis defectuosas sí causaron daños, el hecho dañoso, queda probado desde el día que se otorgó y renovó el registro sanitario para que estos implantes mamarios fueran comercializados, y consecuentemente implantados en nuestro país.

Y finalmente, y no menos importante el nexo causal se da principalmente, cuando el Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos- INVIMA, entidad encargada desde su objeto descrito en el artículo 245 de la ley 100 de 1993, y desarrollado en el Decreto 11290 de

1994, es vigilar y controlar todos los medicamentos y alimentos, que se comercialicen en nuestro país, en el caso de las prótesis mamarias PIP, hablamos de un elemento médico quirúrgico, que por su naturaleza debió tener un control y además una evaluación técnica ardua y juiciosa, y no solamente a la constatación de que los requisitos documentales estuvieran bien. Se da la causalidad, que por ser omisiva dicha entidad en sus obligaciones, desencadenó el otorgamiento, y consecuentemente la comercialización de dichos implantes mamarios, que llevó a las personas con la creencia errónea y la confianza en las instituciones de que eran biocompatibles y seguras para su cuerpo, que en efecto no fue así, y al tener una silicona industrial, ocasionaron los daños que en procesos contenciosos administrativos, a través del medio de control de reparación directa, fue posible demostrar.

Claramente, lo que realizamos en este trabajo es un análisis general y no de cada caso concreto, toda vez que esa es la labor de los jueces administrativos, y estará sometida a su arbitrio judicial, ya que estos son los que podrán crear un precedente judicial dependiendo el caso y los elementos probatorios que den lugar a la resolución del conflicto en el Estado - Particular. Pero la labor más ardua la tiene el demandante, que tiene la carga de la prueba y poder probar estos elementos de la responsabilidad estatal de la mejor manera, a través de los medios probatorios pertinentes dentro de los procesos contenciosos administrativo.

## BIBLIOGRAFIA

Bustamante Ledesma, Á. (1998). La Responsabilidad Extracontractual del Estado. Bogotá: Leyer.

Congreso de la República (12 de octubre de 2011). Estatuto del consumidor [Ley 1480 de 2011]. DO: [48.220]/ Recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1480\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html)

Congreso de la República (16 de julio de 1979). Por la cual se dictan Medidas Sanitarias [Ley 9 de 1979]. DO: [35308]/ Recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0009\\_1979.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0009_1979.html)

Congreso de la República (23 de diciembre de 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad Social Integral y se dictan Otras Disposiciones [Ley 100 de 1993]. DO: [41.148]/ Recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_0100\\_1993.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html)

Congreso de la República (26 de mayo de 1873). Código Civil Colombiano. [Ley 84 de 1873]. DO: [2.867]/ Recuperado de:  
[http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo\\_civil.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_civil.html)

Congreso de la República (7 de enero de 1942). Sobre organización de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [Ley 167 de 1941]. DO: [24853]/ Recuperado de:  
<http://www.suin.gov.co/viewDocument.asp?id=1793577>

Consejo de Estado, Sección Cuarta (29 de Septiembre 2009). Sentencia 16241[C.P: Martha Teresa Briceño].



Consejo de Estado, Sección Tercera. (04 de Diciembre 2006). Sentencia 13168 [C.P: Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (07 de Marzo 2012). Sentencia 20042 [C.P: Hernán Andrade Rincón].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (08 de Mayo 2020). Sentencia 215499[C.P: Marta Nubia Velásquez Rico].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (12 de Febrero 2014). Sentencia 28675 [C.P: Hernán Andrade Rincón].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (13 de Agosto 2008). Sentencia 17042 [C.P: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (14 de Septiembre 2011). Sentencia 38222 [C.P: Enrique Gil Botero].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (16 de Febrero 2017). Sentencia 33976 [C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (2006). Sentencia 17268 [C.P: Mauricio Fajardo Gómez].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (25 de Mayo 2000). Sentencia 12550 [C.P: Jesús María Carrillo Ballesteros].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (27 de Septiembre 2000). Sentencia 11601 [C.P: Alier Eduardo Hernández Enríquez].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de Agosto 2014). Sentencia 26251 [C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de Enero 2015). Sentencia 32912 [C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (28 de Enero 2015). Sentencia 32912 [C.P: Jaime Orlando Santofimio Gamboa].

Consejo de Estado, Sección Tercera. (31 de Mayo 2007). Sentencia 16898 [C.P: Enrique Gil Botero].

Constitución Política de Colombia [Const.]. (20 de julio de 1991) / Recuperado de:  
[http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion\\_politica\\_1991.html](http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html)

Correa Vargas, R. A. (2012). Responsabilidad Extracontractual del Estado. Análisis sistemático. Bogotá: Leyer.

Corte Constitucional, Sala Plena. (1 de Agosto de 1996). Sentencia C-333 [M.P: Alejandro Martínez Caballero].

Corte Constitucional, Sala Plena. (25 de Marzo de 1998). Sentencia C-115 [M.P: Hernando Guerrero Vergara].

Corte Constitucional, Sala Plena. (31 de Agosto de 2011). Sentencia C-644 [M.P: Jorge Iván Palacio Palacio].

Corte Constitucional, Sala Plena. (5 de Julio de 2018). Sentencia SU- 072 [M.P: José Fernando Reyes Cuartas].

Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de Agosto de 2001). Sentencia C-832 [M.P: Rodrigo Escobar Gil].

Corte Constitucional, Sala Quinta de Revisión. (26 de Octubre de 2015). Sentencia T-667 [M.P: Gloria Estella Ortíz Delgado].

Esparza, C. R. (2015). La relación de causalidad y el daño indemnizable en los supuestos de pérdida de la oportunidad. Universidad Pública de Navarra. Recuperado de <http://academica-e.unavarra.es/bitstream/handle/2454/18399/72401TFMRagonesi.pdf?sequence=1>

Figuroa, S. (2018). Revista de la facultad de Derecho de México. Entre culpa y castigo. Alf Ross y el concepto de responsabilidad, volumen (68). [p. 362-363]. Recuperado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/67614/59307>

Gaviria, A. (2019). Guía teórico práctica para la cuantificación de perjuicios. Medellín, Colombia: Fondo editorial universidad Eafit.

Gil Botero, E. (2017). Responsabilidad Extracontractual del Estado. 7ª Ed. Bogotá: Temis.

Gomez, M (2011). Responsabilidad extracontractual del estado por falla en el servicio, daño especial o riesgo excepcional, recuperado en: <https://repository.unimilitar.edu.co/bitstream/handle/10654/3549/GomezOrtizMariaIvany2010.pdf;jsessionid=E44D39314D05F8852C4D50D62B4C46B7?sequence=2>

Henao Pérez, J. C. (1998). El Daño: Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés. Bogotá, Colombia: Universidad Externado.

Hernández Becerra, A. (1973). (Tesis doctoral). Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Colombia. Recuperado de <https://www.estudiolegalhernandez.com/publicaciones/>

Ministerio de Gobierno de Colombia (24 de junio de 1994). Estatuto del consumidor [Decreto 1290 de 1994]. DO: [41.406]/ Recuperado de: [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley\\_1480\\_2011.html](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1480_2011.html)

Mir Puigpelat, O. (2001). La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema. Madrid: Civitas.

Parra, R. W. (2003). Responsabilidad patrimonial estatal: daño jurídico. Bogotá, Colombia: Universidad Autónoma de Colombia.

Patiño, H. (2008). Revista de derecho privado. Responsabilidad extracontractual y causales de exoneración. Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, volumen (14). [p. 193-194]. Recuperado de <https://revistas.ueexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/555/525>

Penagos, G. (1997). El daño antijurídico. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley.

Quintero, B., Eugenio, P. (2008). Teoría General del Derecho Procesal. 4ª Ed. Bogotá, Colombia: Temis.

Redacción, R. (2017). Corte en Francia falló a favor de afectadas por implantes PIP. *El Espectador*. Recuperado de: <https://www.elspectador.com/noticias/salud/corte-en-francia-fallo-a-favor-de-afectadas-por-implantes-pip/>

Rodriguez Rodriguez, L. (2015). Derecho administrativo general y colombiano. Decimonovena ed. Bogotá, Colombia: Temis.

Saavedra Becerra, R. (2008). La responsabilidad extracontractual de la administración pública. Bogotá: Grupo Editorial Ibañez.

Sayagués Laso, E. (1986). Tratado de Derecho Administrativo. Tomo I. Montevideo: Martín Bianchi.

Unidad Editorial Información General, S.L.U. 2012. ¿Qué son las prótesis PIP? *El Mundo*. <https://www.elspectador.com/noticias/salud/corte-en-francia-fallo-a-favor-de-afectadas-por-implantes-pip/>