

**El concepto de daño en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la
Corte Suprema de Justicia a partir de la Constitución Política de 1991:
La noción de daño antijurídico y su comparación frente al concepto de
daño indemnizable**

Lorena Rosa Baños Rocha

Mag. Carolina Ariza Zapata

**Maestría en Derecho
Universidad EAFIT
Medellín
2021**

Índice

1. Introducción.....	5
2. Primer capítulo: El concepto de daño y el concepto de daño antijurídico.....	11
2.1. Concepto de daño en la doctrina: el daño como elemento común en la responsabilidad civil de los particulares y en la responsabilidad del Estado.....	11
2.2. La noción de daño: el daño como fenómeno físico y como fenómeno jurídico.....	14
2.2.1. Concepto de daño antijurídico en la doctrina.....	16
2.3. Introducción del concepto de daño antijurídico en la Constitución Política de 1991.....	18
2.4. Concepto de daño antijurídico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional.....	26
3. Segundo capítulo: Concepto de daño y de daño antijurídico en la jurisprudencia del Consejo de Estado.....	27
3.1. Período de 1991 a 2000.....	28
3.1.1. Desarrollo de la noción de daño antijurídico; daño antijurídico y responsabilidad objetiva.....	28
3.1.2. Rectificación por parte del Consejo de Estado – El daño antijurídico no convirtió en objetiva la responsabilidad del Estado.....	30
3.1.3. El daño antijurídico como elemento invariable en cualquier clase o régimen de responsabilidad.....	33
3.1.4. El daño antijurídico como aquel que no tiene causales de justificación.....	35
3.2. Período de 2001 a 2010.....	38
3.2.1. Desarrollo de la noción de daño antijurídico y sus características a partir de los referentes desarrollados por la misma Corporación.....	39
3.2.2. El daño como fenómeno físico y el daño antijurídico como categoría jurídica	
3.3. Período de 2011 a 2020.....	41

3.3.1. Reiteración de las nociones de daño antijurídico y de los elementos del daño.....	42
3.3.2. Casos en los que no resulta soportable el daño.....	44
3.4. Recapitulación- Desarrollo del concepto de daño antijurídico por el Consejo de Estado en los tres períodos estudiados	
4. Tercer capítulo: Concepto de daño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y su comparación frente al concepto de daño antijurídico desarrollado por el Consejo de Estado.....	52
4.1. Concepto de daño.....	53
4.2. El daño como elemento fundamental e invariable en cualquier régimen de responsabilidad.....	57
4.3. Cualidades del daño.....	60
5. Conclusiones.....	62
6. Referencias.....	65

Resumen

El presente escrito es el resultado de una investigación acerca del concepto de “daño” en la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia desde la Constitución Política de 1991 hasta la fecha. Para ello, se analizaron sentencias relevantes en las que de forma directa se ha tratado este tópico, con el fin de realizar un comparativo entre la noción de daño adoptada por el Consejo de Estado y por la Corte Suprema de Justicia, y evaluar si el calificativo de “antijuridicidad” del daño que introdujo la Constitución Política de 1991 ha generado alguna distinción respecto a la noción de daño indemnizable adoptada en responsabilidad civil.

1. Introducción

Resulta necesario iniciar esta monografía definiendo qué es la responsabilidad civil. Chapus (1957), citado por Zapata García (2019, p. 35), define la responsabilidad civil “como la obligación jurídica que incumbe a una persona (pública o privada) de reparar el daño que ha causado a otro.” Esta definición permite destacar dos elementos de la institución de la responsabilidad civil: por un lado, que se trata de una institución jurídica; es decir, existe y tiene relevancia en el mundo del derecho; y por otro, que la responsabilidad civil se constituye en una fuente de las obligaciones, en términos de lo establecido en el artículo 1494 del Código Civil Colombiano.

No es pacífica la doctrina en cuanto a si la responsabilidad civil es una sola, aplicable tanto al Estado como a los particulares, o si, por el contrario, son dos campos distintos del derecho; por un lado, la responsabilidad del Estado; y, por otro, la responsabilidad civil entre particulares (Zapata García, 2019), discusión que se retomará en el siguiente capítulo. En nuestro país, tanto la responsabilidad del Estado como la responsabilidad civil de los particulares han sido desarrolladas principalmente por la jurisprudencia. Esto se debe a que en términos generales y con contadas excepciones no se cuenta con normas que regulen de forma íntegra los supuestos que dan lugar a que se configure la responsabilidad, sino que las disposiciones normativas prevén cláusulas generales, y a partir de estas los jueces han desarrollado sus elementos y diferentes regímenes.

La responsabilidad del Estado tiene como fundamento el artículo 90 de la Constitución Política, considerado la cláusula general de responsabilidad del Estado, base tanto de la responsabilidad civil contractual como extracontractual (Corte Constitucional - Sentencia C-333 de 1996 (M.P Alejandro Martínez Caballero: 1 de agosto de 1996). Dicho artículo reza:

Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste. (Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art. 90. 7 de julio de 1991 (Colombia))

De acuerdo con la exposición de motivos de la ponencia para primer debate de esta norma, esta era considerada una novedad, no solo porque consagraba por primera vez de forma expresa el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en el texto constitucional, sino también porque se sostenía, incorporaba los más modernos criterios sobre la materia, desplazando el fundamento de la responsabilidad de la antijuridicidad de la acción del Estado, a la antijuridicidad del daño. Se disiente de la última afirmación, toda vez que se considera que la introducción del calificativo de antijuridicidad del daño no significó una revolución o trajo aparejado un cambio de fondo en el régimen de responsabilidad del Estado de la forma en que lo argumentaban los constituyentes, punto que será retomando en el primer capítulo de este trabajo y es precisamente esta discusión a la cual se pretende aportar con la presente investigación.

Por su parte, la responsabilidad civil extracontractual de los particulares tiene como fundamento el artículo 2341 del Código Civil, el cual sostiene:

Artículo 2341. <Responsabilidad extracontractual> El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido. (Código Civil Colombiano [C.C.]. Ley 57 de 1887. Art. 2341 y ss.15 de abril de 1887 (Colombia))

Aclaro que es la responsabilidad civil extracontractual, toda vez que en materia de responsabilidad civil se considera que hay un sistema de responsabilidad

dual; que una es la responsabilidad civil extracontractual, proveniente de hechos ilícitos, y otra la responsabilidad contractual, proveniente del incumplimiento o cumplimiento defectuoso de un contrato, tal y como ha sostenido desde 1940¹ la Corte Suprema de Justicia y como lo esgrimió la Corte Constitucional en sentencia C-1008 de 2010.

Se tiene entonces que el daño es un elemento común, tanto a la responsabilidad civil de los particulares, como a la responsabilidad del Estado, y los doctrinantes sostienen desde tiempo atrás que es el fundamento esencial e indefectible de la responsabilidad civil (De Cupis, 1966, citado por Zapata García, 2019). En el campo de la responsabilidad del Estado, Henao (1998) ha sostenido que “el daño es, entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de esta, por más que exista una falla del servicio” (p. 36).

Ahora bien, la noción de daño y sus características no han sido delimitadas por la ley, ni en materia de responsabilidad civil ni en materia de responsabilidad del Estado, por lo que esta ha sido una tarea adelantada por la doctrina y la jurisprudencia. Así mismo, el daño antijurídico tampoco tiene definición expresa ni en la Constitución Política ni en la ley y ha sido entendido en términos generales por la doctrina y la jurisprudencia como aquel que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar.

Aunque un sector mayoritario de la doctrina convive con esta definición, y considera que el daño antijurídico es una novedad introducida en nuestro sistema por la Constitución Política de 1991, que dio lugar a que la institución gravite ahora en torno a la víctima y el daño sufrido por esta, y ya no frente al hecho causante del daño, algunos doctrinantes han llamado la atención respecto a que este concepto no genera ningún aporte a la institución de la responsabilidad del Estado, y que en todo caso, antes de que dicho calificativo fuera adoptado, la responsabilidad se evaluaba

¹ Sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, del 5 de marzo de 1940, citada por esta misma corporación en sentencia SC5170-2018 del 3 de diciembre de 2018, con ponencia de la magistrada Margarita Cabello Blanco.

a la luz de los mismos títulos: falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial (Zapata García, 2019; Navia Arroyo, 2000).

Y es que en la práctica no son claros los límites entre lo que es un daño jurídico y lo que es un daño antijurídico; es decir, en qué casos la víctima tiene el deber jurídico de soportar el daño y en cuáles casos no. En esta misma línea, algunos autores como Javier Tamayo (1997), desde el punto de vista de la responsabilidad civil (p. 45), y Pedro A. Zapata García (2019), desde el punto de vista de la responsabilidad del Estado, han planteado que el calificativo de antijuridicidad del daño que trae el artículo 90 de la Constitución Política no ha significado un cambio en lo que debe entenderse por daño indemnizable. También consideran que solo es posible determinar que un daño debe o no ser soportado por la víctima cuando se evalúan todos los elementos de la responsabilidad y se puede concluir si ese daño, en esas circunstancias específicas en que ocurrió, debe ser resarcido por otro, o si por el contrario, es la víctima quien debe soportarlo (p. 185).

Con el presente trabajo, se pretende realizar un acercamiento a esta problemática a partir de un análisis de sentencias emitidas por el Consejo de Estado, como máximo órgano de la jurisdicción contencioso-administrativa, y por la Corte Suprema de Justicia, como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, desde la Constitución Política de 1991 a la fecha. Como contexto de esta discusión, se realizará un acercamiento a la noción de daño y de daño antijurídico que han desarrollado la doctrina, como también la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Constitución Política.

La revisión de las sentencias que serán objeto de estudio se hizo con base en un referente conceptual común (daño y daño antijurídico), la cual es considerada una de las formas legítimas de utilización del precedente, y la que ha sido más común en el derecho continental, no la más útil, en términos de lo sostenido por López Medina (2006); sin embargo, su uso se justifica en la investigación, toda vez que lo que se busca es justamente indagar acerca de cuál es la definición que las altas cortes han adoptado del elemento, con el fin de determinar si el calificativo de antijurídico del

daño lo ha dotado de unas características distintivas, o si, por el contrario, dicho calificativo no ha generado en la práctica ninguna distinción en la noción.

En este sentido, es importante destacar que el presente trabajo no tendrá como objetivo la construcción de líneas jurisprudenciales, ni tampoco se realizará el análisis de las sentencias en términos de precedente; es decir, por la analogía entre supuestos fácticos, porque iteramos, el análisis jurisprudencial se realizará a partir de un referente conceptual común (daño y daño antijurídico).

Para realizar la selección de las providencias que serán analizadas, se partió de las sentencias citadas por los doctrinantes consultados y se realizó consulta en buscadores de bases de datos jurídicas con el término “daño” y “daño antijurídico”. Una vez se fueron revisando dichas providencias, se seleccionaron aquellas que de forma expresa desarrollaban el concepto, como también se consultaron las sentencias citadas en cada una de ellas en relación con este tópico. Ello con el fin de construir un nicho de providencias a partir del cual se pudieran seleccionar las más relevantes, ya fuera porque desarrollaban el concepto de forma original o porque agregaban elementos a la noción desarrollada. Se espera de esta forma contar con un panorama de la posición de las Cortes en relación con la temática que sirva de insumo para hacer la comparación entre las nociones adoptadas, que será el objeto final de esta investigación.

El acercamiento a esta problemática intenta darse a partir del análisis jurisprudencial, partiendo de la base que la responsabilidad civil y la responsabilidad del Estado son figuras cuyo desarrollo en nuestro país ha sido eminentemente jurisprudencial, aunado a que son escasos los estudios comparativos que se realizan de la jurisprudencia de los dos órganos (Consejo de Estado y Corte Suprema de Justicia), pero en el presente caso consideramos que resulta enriquecedor hacer este análisis comparativo, porque tal como se señaló anteriormente, el daño es un elemento común a ambos regímenes, aunado a que en ambos es considerado el principal elemento en el análisis de la responsabilidad.

Con base en lo anterior, la pregunta que orienta la investigación es la siguiente: ¿En qué medida el calificativo de antijuridicidad del daño que fue

introducido por la Constitución Política de 1991 genera alguna distinción frente a la noción de daño adoptada en el ámbito de la responsabilidad civil?

Para dar respuesta a la pregunta problemática se plantean las siguientes sub-preguntas de investigación: ¿Qué ha entendido el Consejo de Estado por daño antijurídico? ¿Cuál es la noción de daño adoptada por la Corte Suprema de Justicia en el ámbito de la responsabilidad civil? ¿Qué diferencias y similitudes hay entre la noción de daño adoptada por la Corte Suprema de Justicia y la noción de daño antijurídico adoptada por el Consejo de Estado?

En este sentido, el objetivo a cumplir se sintetiza del siguiente modo: analizar la noción de daño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en materia de responsabilidad civil y del Estado desde 1991 a la fecha, con el fin de evaluar si la noción de daño antijurídico introducida por la Constitución Política de 1991 generó una distinción respecto a lo que se entiende por daño en responsabilidad civil.

Este objetivo consta de una serie de escalas u objetivos específicos para su desarrollo, y se enuncian a continuación: realizar un acercamiento a los conceptos de daño y de daño antijurídico, según la doctrina; definir el concepto de daño antijurídico a partir de la jurisprudencia de la Corte Constitucional; y, finalmente, realizar un estudio de la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Suprema de Justicia desde 1991 a la fecha, con el fin de hallar las sentencias más relevantes que hayan definido el daño y el daño antijurídico, para hacer un comparativo entre ambas y determinar si el calificativo de antijuridicidad que introdujo el artículo 90 de la Constitución Política ha generado una distinción entre lo que debe entenderse por daño indemnizable en responsabilidad civil.

Se pretende con este acercamiento visibilizar una discusión que, aunque ya ha sido planteada, no ha tenido suficiente eco en la doctrina y en la jurisprudencia en nuestro país: en la mayoría de los espacios se sigue sosteniendo que daño antijurídico es aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, definición que es repetida sin que se realice un análisis respecto a su significado y su utilidad práctica,

de lo cual deriva la importancia de abordar y visibilizar esta discusión, a lo cual pretende contribuir el presente trabajo.

2. Primer capítulo

El concepto de daño y el concepto de daño antijurídico

2.1. Concepto de daño en la doctrina: el daño como elemento común en la responsabilidad civil de los particulares y en la responsabilidad del Estado

Actualmente, el daño es considerado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia como el primer elemento a estudiar en un proceso de responsabilidad civil. Así, De Cupis (1970), en la introducción a su obra *El Daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*, señaló que:

Estoy plenamente persuadido de la conveniencia de encuadrar el estudio de la responsabilidad civil en el *daño*, fundamento esencial e indefectible de ella, en vez de hacerlo sobre la antijuridicidad o la culpa, meros elementos -aunque estén adornados del carácter de normalidad-, de calificación del daño en sí (p. 71).

De acuerdo con este autor, el daño es el elemento fundamental de la responsabilidad, quedando la culpa o la antijuridicidad en un segundo plano. En nuestro país, en el ámbito de la responsabilidad civil, Javier Tamayo Jaramillo (2007) ha sostenido que “Para que haya responsabilidad civil contractual o extracontractual es preciso que el demandante haya sufrido un daño. El simple hecho del comportamiento culposo del agente no genera por si solo la responsabilidad civil” (p. 247).

En el ámbito de la responsabilidad del Estado, Juan Carlos Henao (1998) ha expresado:

El daño, es entonces, el primer elemento de la responsabilidad, y de no estar presente torna inoficioso el estudio de la misma, por más que exista una falla del servicio. La razón de ser de esta lógica es simple: si una persona no ha sido dañada no tiene porqué ser favorecida con una condena que no correspondería, sino que iría a enriquecerla sin justa causa. El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial en la figura de la responsabilidad. (pp. 36-37)

Es claro entonces que el daño es considerado el elemento fundamental de la responsabilidad civil, y ello obedece a una lógica: si se parte de la base de que la responsabilidad civil es la obligación de indemnizar el daño que se causa a otro, entonces, si no existe daño, por más que haya existido una conducta ilícita, como, por ejemplo, el incumplimiento de un contrato, o falta a los deberes de cuidado, no surge responsabilidad. Ello tanto si estamos en el campo de la responsabilidad de los particulares, que es lo que simplemente conocemos como “responsabilidad civil”, o si nos hallamos en el campo de la responsabilidad del Estado, que es cuando el daño se atribuye a una entidad del Estado, lo que conocemos como “responsabilidad estatal”, y ya sea que consideremos que estas son subcategorías o subsistemas de una misma institución, la responsabilidad civil, o que existen dos campos diferenciados, uno la responsabilidad civil (de los particulares) y otro la responsabilidad del Estado o responsabilidad estatal.

La discusión en torno a las tesis unitarias o duales de la responsabilidad patrimonial ha sido abordada por Zapata García (2019) en su obra Fundamentos y Límites de la Responsabilidad del Estado (2019), quien concluye que actualmente en un número importante de países existe un régimen de responsabilidad patrimonial de la administración diferenciado, y llama la atención respecto a que parte de la doctrina administrativa española profesa una tesis que podemos denominar unitaria,

que considera que la responsabilidad civil es un instituto que pertenece a la teoría general del Derecho, en razón a que su fundamento, finalidad y principios son aplicables a todos los sujetos jurídicos. Esta tesis se enfrenta a otras radicales, que consideran que la responsabilidad del Estado es una institución perteneciente al derecho público, regida por principios propios, opuestos a los del derecho privado.

Coincidimos con Zapata García en afirmar que, si bien es cierto que la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil de los particulares tienen sus propias particularidades, hay unos elementos y principios que les son comunes a ambas, uno de ellos es el elemento daño, que existe en ambos sistemas y reiteramos, es considerado actualmente como el elemento principal de la responsabilidad.

Debemos aclarar que se señala que el daño es un elemento de la responsabilidad, en virtud que la doctrina y la jurisprudencia han identificado unos elementos que se considera deben coexistir para que se configure la responsabilidad en ambos sistemas, esquema que ha sido utilizado como referente para hacer el análisis de casos concretos.

En materia de responsabilidad civil la Corte Suprema de Justicia, en líneas generales ha considerado que estos elementos son una conducta humana, un daño o perjuicio, una relación de causalidad y un factor de atribución (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.:19001-3103-003-2005-00058-01 (Arturo Solarte Rodríguez; 16 de septiembre de 2011). En materia de responsabilidad estatal, el Consejo de Estado ha consolidado su jurisprudencia respecto a que en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política los elementos son dos: el daño antijurídico y la imputación. (Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera. Expediente 15726 (Enrique Gil Botero; 16 de septiembre de 2011)).

Ahora bien, el elemento daño no ha sido definido en nuestra legislación, por lo que han sido la doctrina y la jurisprudencia las que lo han definido y esbozado sus características, definición que no deja de ser problemática, pero que se sintetizará a

continuación a efectos de que pueda servir de contexto para el análisis jurisprudencial que se realizará en este trabajo.

2.2. La noción de daño: el daño como fenómeno físico y como fenómeno jurídico

De Cupis (1970) en su obra “El daño”, que es uno de los textos más referenciadas por los doctrinantes en nuestro país en materia de responsabilidad civil, define el daño como la “aminoración o alteración de una situación favorable” (p. 81). Este autor destaca que el daño es un fenómeno físico, objeto del conocimiento común, pero a su vez, puede ser un fenómeno jurídico, susceptible de ser jurídicamente calificado, y es allí donde interesa al mundo del derecho.

Por su parte, el tratadista Tamayo Jaramillo (2007) afirma que daño civil indemnizable “es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial. Ese daño es indemnizable cuando de forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima” (p. 326). En relación con los requisitos que debe tener el daño, para que sea indemnizable, Tamayo Jaramillo (2007) indica que:

- i) Debe ser cierto;
- ii) la persona que reclama la indemnización debe ser la persona que resultó perjudicada; y
- iii) el beneficio moral o económico que se vio afectado debe estar protegido por el ordenamiento jurídico. (p. 326)

Algunos doctrinantes incluyen también en las características del daño que sea directo y actual, pero tal como destaca Tamayo Jaramillo (2007), el término directo, que hace alusión a que el daño sea una consecuencia del hecho al que se imputa, guarda relación con el nexo de causalidad, no con el daño en sí, y el calificativo

actual, no es un elemento necesario del daño, en cuanto se pueden indemnizar no solo daños actuales, sino también daños futuros.

Por su parte, Henao (1998), en su libro *El Daño*, acude a las definiciones de daño realizadas por De Cupis, Hinestrosa, Tamayo Jaramillo, Escobar Gil y Bustamante Alsina, con base en las cuales concluye que “daño es la aminoración patrimonial sufrida por la víctima” (p. 84). Indica también este autor que los elementos para que el daño exista son que el mismo sea personal, es decir, que sea sufrido por la persona que solicita reparación, y cierto, que hace referencia a que sea específico, actual o futuro, no eventual.

En publicación posterior, Henao (2015) rectifica su definición de daño, así:

daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil – imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos. (p. 280)

Lo anterior, en palabras del mismo Henao (2015), con el fin de clarificar: (1) que el daño supone la lesión de un interés lícito; (2) que el mismo se puede presentar sobre intereses pecuniarios o no pecuniarios, colectivos o individuales; y (3) que la sola amenaza al ejercicio de un derecho también puede ser considerada un daño. (pp. 280-281).

De las definiciones traídas a colación se resalta la coincidencia, que en términos generales, existe entre la noción y características del daño acotadas por un tratadista de responsabilidad civil, como lo es Jaramillo Tamayo, y de un tratadista de responsabilidad del Estado, como lo es Juan Carlos Henao, lo que reafirma la posición que fue esgrimida anteriormente, respecto a que si bien la responsabilidad de los particulares y la responsabilidad del Estado constituyen en un país como el nuestro campos separados, con sus propias normas, juez natural (en el primer caso

la jurisdicción ordinaria y en el segundo la jurisdicción contencioso administrativa), jurisprudencia; es decir, en términos generales, con sus propias particularidades, se nutren de los mismos conceptos básicos y principios. Muestra de ello es que en muchos casos, entre una y otra jurisdicción, se comparten figuras, posiciones, y es muy usual que en responsabilidad estatal, ante situaciones que carecen de regulación expresa, se acuda a las figuras desarrolladas en el ámbito de la responsabilidad civil de particulares a partir de las disposiciones del Código Civil.

En relación con la noción de daño, se puede sostener que en términos generales, el daño es una afectación a un interés jurídicamente protegido, con lo cual se tiene que la definición de daño como elemento de la responsabilidad civil y del Estado trae aparejado un sustrato jurídico, es decir, no es el simple fenómeno físico de la afectación a un interés, sino que se requiere que el interés afectado sea protegido por el ordenamiento jurídico.

Se advierte así mismo que al intentar delimitar el concepto de daño mediante la atribución de características adicionales, podemos caer en el error de incluir en el concepto otros elementos que no hacen parte de su esencia. Por ejemplo, cuando señalamos que el daño se indemniza siempre y que concurren los otros elementos de la responsabilidad, ello no hace parte de la esencia de la definición del daño, ya que pueden existir casos en los que a pesar de que exista daño, no exista responsabilidad. Esto si partimos que la responsabilidad es la obligación de indemnizar el daño que se ha causado a otro, tal como sostiene Zapata García (2019).

Habiéndose definido en términos generales el concepto de daño, a continuación, trataremos de acotar el concepto de daño antijurídico.

2.2.1. Concepto de daño antijurídico en la doctrina

En Colombia, entendemos el daño antijurídico como aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, noción un tanto simplista que ha sido acogida por la jurisprudencia, importada de la doctrina española, y que ha sido recibida, en términos generales y sin amplia discusión, por los doctrinantes en nuestro país. Es por eso

que resulta importante intentar acercarnos al concepto de daño antijurídico, fuera de la doctrina nacional, para determinar si su definición coincide con la que hemos adoptado.

Fuera del derecho administrativo, el tratadista italiano de Cupis (1970), cuando define el daño antijurídico, lo hace con base en la antijuridicidad de la conducta causante del daño. Dicho autor sostiene que la característica de antijuridicidad del acto humano, entendiendo por antijuridicidad que es contrario a derecho, se extiende al daño que con él se ha producido (p. 84). Ello nos permite vislumbrar que el daño antijurídico no tiene una definición unívoca y que la definición que le hemos dado en nuestro país al término en comento en materia de responsabilidad del Estado es una entre las que se han adoptado. En este sentido, Céspedes (2017) expresa:

Sin embargo, determinar el alcance y función de la mencionada nota de antijuridicidad es una materia no pacífica en la doctrina, ya que existen discusiones sobre si la antijuridicidad es o no un requisito autónomo de la responsabilidad civil extracontractual; sobre si debe predicarse del daño o de la conducta del agente; así como también se cuestiona si el juicio de antijuridicidad es anterior o posterior al juicio de culpabilidad. (265)

Ahora bien, se considera que la noción de daño antijurídico, tal como la conocemos en Colombia, surge de la tesis propuesta por el administrativista español García de Enterría (1956), en el texto en el que realiza un análisis de los principios de la nueva Ley de expropiación forzada española, Ley del 16 de diciembre de 1954. Este autor considera que esta noción responde a una deuda que existía en el campo de la responsabilidad civil española, toda vez que se carecía de una norma que fundamentara la responsabilidad de la administración, la cual es una garantía del particular frente al Estado.

García sostuvo que la ley, que consagró una cláusula general de responsabilidad del Estado español, significó un giro en la teoría de la

responsabilidad, cuyo eje se trasladó de la acción dañosa al daño en sí mismo, para lo cual consideró se requería reconstruir el concepto de lesión, ya que sobre este gravitaría la responsabilidad. En consonancia con lo anterior, definió lesión en los siguientes términos:

Lesión sería el perjuicio antijurídico. Obsérvese que no decimos perjuicio causado antijurídicamente (criterio subjetivo), sino perjuicio antijurídico en sí mismo (criterio objetivo), perjuicio que el titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo, aunque el agente que lo ocasione obre él mismo con toda licitud. La nota de la antijuridicidad se desplaza desde la conducta subjetiva del agente, donde lo situaba la doctrina tradicional, al dato objetivo del patrimonio dañado (p. 175).

Aunque el autor no usa el término daño antijurídico, sino que se refiere al “perjuicio antijurídico”, la definición que realiza del mismo coincide con la noción de daño antijurídico adoptada por la jurisprudencia y la doctrina en nuestro país, que ha reconocido de forma expresa el aporte de los doctrinantes españoles en el desarrollo del concepto, que reiteramos, no tiene definición ni en la Constitución Política ni en la ley².

2.3. Introducción del concepto de daño antijurídico en la Constitución Política de 1991

Con la Constitución Política de 1991 se introdujo por primera vez en nuestro país en el texto constitucional una norma que regula de forma expresa la responsabilidad patrimonial del Estado. El artículo 90 de la Constitución establece que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean

²Tal como se sostiene en la sentencia C-333 de 1996 de la Corte Constitucional y en las sentencias dictadas dentro de los expedientes 6454, 6515, 6784, 7781, 8163 del Consejo de Estado, entre otras.

imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas” (Constitución Política de Colombia [C.P.]. Art. 90. 7 de julio de 1991 (Colombia)).

Conforme a esta disposición tenemos que para que exista responsabilidad estatal deben confluír dos elementos:

1. Un daño antijurídico;
2. Imputación de ese daño al Estado, ya sea por acción o por omisión.

Las ponencias presentadas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente frente a esta norma dan cuenta de que ella era considerada una novedad, al introducir por primera vez en el texto constitucional, de forma expresa, el régimen general de responsabilidad patrimonial del Estado, aunado que se estimaba que la misma obedecía a los más modernos estándares en materia de responsabilidad del Estado, porque con ella el fundamento de la responsabilidad pasaría de la conducta del agente del Estado, que se consideraba subjetiva, al daño, que se considera un elemento objetivo.

En este sentido, en la exposición de motivos de la ponencia para primer debate en plenaria de esta disposición, los ponentes Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Jaime Arias López sostuvieron que:

El régimen que se propone en materia de responsabilidad patrimonial del Estado no se limita a su mera consagración expresa a nivel constitucional, sino que, además, incorpora los más modernos criterios sobre la materia, consistentes en radicar el fundamento de responsabilidad en el daño antijurídico y en su imputabilidad al órgano estatal. De esta manera se resuelve el problema que hoy plantea la evidente insuficiencia del criterio de la llamada “falla en el servicio público”, dentro del cual no caben todas las actuales formas y casos de responsabilidad

patrimonial, tales como el de la “responsabilidad por daño especial.

En otras palabras, se desplaza el fundamento de la responsabilidad administrativa, del concepto subjetivo de la antijuridicidad de la acción del Estado al concepto objetivo de la antijuridicidad del daño producido por ella. Esta antijuridicidad habrá de predicarse cuando se cause un detrimento patrimonial que carezca de título jurídico válido y que exceda el conjunto de las cargas que normalmente debe soportar el individuo en su vida social. (Lleras y Tangarife, 1996, p. 360).

Ahora bien, es preciso advertir que aun antes de la promulgación de la Constitución Política de 1991³, el Consejo de Estado venía fundamentando las sentencias en el concepto de lesión, entendiendo por lesión el perjuicio antijurídico, tal como se sostuvo en la sentencia dictada por la Sección Tercera dentro del expediente No. 6454, de fecha 27 de junio de 1991, con ponencia del consejero Julio César Uribe Acosta. Lo anterior pone en entredicho que la modificación en el régimen de responsabilidad se realizara con la consagración de dicha norma en la Constitución Política de 1991, posición que también es sostenida por Felipe Navia Arroyo en su artículo “La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política” (2000), autor que destaca que desde antes de la expedición de la Constitución Política de 1991 el Consejo de Estado le había dado cabida a regímenes de responsabilidad sin culpa, como el daño especial.

2.4. Concepto de daño antijurídico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional

Teniendo en cuenta que la Corte Constitucional es el órgano al que se le encargó la guardia y supremacía de la Constitución Política en nuestro país, en

³ La Constitución Política de 1991 fue promulgada el 4 de julio de 1991 en la Gaceta Constitucional número 114.

términos de lo estipulado en el artículo 241 del texto constitucional, y que es considerada el intérprete autorizado de la misma, se juzga útil finalizar el presente capítulo realizando un acercamiento a la noción de daño antijurídico desarrollada por dicha Corporación.

Ahora bien, dado que resulta imposible el análisis exhaustivo de todas las sentencias emitidas por dicho órgano desde 1991 a la fecha, se procedió a la consulta de sentencias expedidas por la Corte, y que fueron referenciadas por doctrinantes, o en buscadores de bases de datos jurídicas, o que fueron citadas por la misma Corporación. Se revisaron un total de treinta y dos (32) sentencias, de las cuales se encontró que dieciséis (16) desarrollaban el concepto de daño antijurídico de forma expresa, seleccionando dentro de estas las sentencias más citadas, y que, a su vez al desarrollar el concepto, incluían elementos nuevos, es decir, que no se limitaban a reproducir las nociones ya desarrolladas en sentencias anteriores. Con el ejercicio adelantado se pretendió contar con un panorama del concepto de daño antijurídico por parte de la Corte Constitucional, que sirva como referente para la discusión que se plantea en la presente monografía.

Una vez se realizó este ejercicio se pudo identificar que la Corte en términos generales ha realizado un desarrollo uniforme de la noción de daño antijurídico, acogiendo la definición según la cual daño antijurídico es aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, para lo cual la Corporación se apoyó en la doctrina, especialmente en la española, como también en el entendimiento que al término le ha dado el Consejo de Estado en sus sentencias⁴.

En la sentencia C-333 del 1 de agosto de 1996⁵, con ponencia del magistrado Alejandro Martínez Caballero, la Corte realizó un análisis del artículo 90 de la Constitución Política y dentro de este, de la noción de daño antijurídico, sentando las bases de lo que es el entendimiento de este elemento por esta Corporación. Los

⁴La Corte Constitucional citó entre otras las sentencias de fecha 22 de noviembre de 1991, 26 de noviembre de 1992, 2 de marzo de 1993, 13 de julio de 1993, 8 de mayo de 1995, 21 de junio de 1995 y 29 de marzo de 1996 del Consejo de Estado. El desarrollo del concepto de daño antijurídico por parte del Consejo de Estado será objeto de análisis en el siguiente capítulo del presente trabajo.

⁵ En esta sentencia la Corte Constitucional resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta frente al artículo 50 de la Ley 80 de 1993 (parcial), el cual fue acusado de violar el artículo 90 de la Constitución Política.

argumentos esgrimidos en esta sentencia son reiterados en las sentencias C-430 de 2000, C-100 de 2001, C-832 de 2001, C-285 de 2002, C-619 de 2002, C-965 de 2003, C-644 de 2011, C-043 de 2014, C-957 de 2014, SU-355 de 2017, entre otras, lo que nos permite considerar que esta sentencia constituye sin dudas, un referente en relación con el desarrollo del concepto.

En esta sentencia inició la Corte sosteniendo que el daño antijurídico corresponde a un **concepto constitucional parcialmente indeterminado**, ya que no tiene una definición constitucional expresa, por lo que considera que los elementos centrales del mismo pueden determinarse a partir de: (1) un estudio sistemático de la Carta y (2) los antecedentes de la norma. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero: 1 de agosto de 1996).

En relación con los antecedentes de la norma, indicó la Corporación que la inclusión del artículo 90 en la Constitución Política de 1991 por parte de la Asamblea Nacional Constituyente tiene como referente el artículo 106 de la Constitución Española, el cual, según la Corporación, consagró un sistema de responsabilidad patrimonial del Estado no sancionador, toda vez que la indemnización no constituye una pena para el agente causante del daño, sino que tiene como fundamento la posición de la víctima, buscando garantizar la reparación del menoscabo sufrido por esta. Por esta razón, se sostuvo, podrán existir casos en los que exista daño antijurídico, sin que exista culpa de la autoridad o falla en el servicio.

Señaló la Corte que la doctrina española ha definido el daño antijurídico “no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero: 1 de agosto de 1996).

La Corporación acogió la noción de daño antijurídico desarrollada por el Consejo de Estado, tomando como referente a la doctrina española, conforme a la cual el daño antijurídico es aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, definición que, aunque parece ser diáfana, no suministra elementos que nos permitan

determinar cuándo nos encontramos frente a un daño antijurídico y cuando nos encontramos frente a un daño jurídico, es decir, un daño que se deba soportar.

Desde el punto de vista sistemático consideró la Corporación que la noción de daño antijurídico, como fundamento de la responsabilidad del Estado, armoniza con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, consagrados en el artículo 1 de la Constitución Política. Según la Corte, de esta forma la responsabilidad del Estado se convierte en una garantía de los administrados frente al creciente poder público de la administración, la cual puede ocasionar daños incluso en el ejercicio lícito de sus atribuciones, circunstancias en las cuales el deber de reparar tiene como fundamento también el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, es decir, la igualdad frente a las cargas públicas.

De conformidad con uno de los apartados de la sentencia, en el que la Corte define el daño antijurídico, pareciera ser que la Corporación delimita este concepto a partir de la ausencia de causales de justificación, al sostener que es necesario acudir “a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo.” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero: 1 de agosto de 1996).

Definir el daño antijurídico a partir de la ausencia de causales de justificación no aporta mayores elementos al concepto, máxime cuando no se explica cuáles son las causales que darían lugar a la justificación del daño. En responsabilidad civil se entiende por causales de justificación aquellas “situaciones en las que el ordenamiento jurídico considera que el agente actúo de forma legítima, dadas las condiciones que rodearon la realización del hecho dañino” (Tamayo Jaramillo, 2007, p.144). No resulta claro si la Corte se está refiriendo a las mismas causales de justificación que existen en el ámbito de la responsabilidad civil y cómo las mismas pueden convertirse en la nota distintiva del calificativo de antijuridicidad del daño. Quedan sobre la mesa los mismos interrogantes: ¿Cuándo se considera que un daño es jurídico? ¿Cuándo un daño es justificado?

Dentro de este acercamiento a la noción de daño antijurídico desarrollada por la Corte Constitucional, resulta necesario hacer referencia a la sentencia C-043⁶ del 27 de enero de 2004, con ponencia del magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra, en la cual la Corporación se pronunció sobre lo que denominó “responsabilidad objetiva del Estado por el daño antijurídico”. Sostuvo la Corporación en esta providencia que el artículo 90 modificó el panorama de la responsabilidad estatal en nuestro país, no solo porque la reguló expresamente, sino también porque amplió el ámbito de la responsabilidad, que según señala, se había circunscrito a la falla en el servicio, y que se desplazó a la noción de daño antijurídico, por lo que lo fundamental no es la conducta del agente del Estado, sino la calificación del daño, que debe ser antijurídico, o en otras palabras, un perjuicio que quien lo padece no está obligado a soportar.

Se reiteró en esta providencia lo señalado en la sentencia C-333 de 1996, respecto a que la noción de daño antijurídico, como nuevo fundamento de la responsabilidad estatal, se corresponde con los nuevos valores y principios que fundamentan el Estado Social de Derecho. Nuevamente la Corte hace alusión a lo que denomina “daño justificado”, al señalar que no todo daño debe ser reparado, sino aquel que se revista de la connotación de antijurídico, en contraposición al daño justificado (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-043 de 2004. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra: 27 de enero de 2004), pero no se indica cuáles son las circunstancias o causales que dan lugar a la justificación del daño.

Esta sentencia, aunque está muy en la línea de lo sostenido en la C-333 de 1996, llama la atención porque en la misma la Corte se refiere a la responsabilidad del Estado por daño antijurídico como una responsabilidad de tipo objetivo, es decir, como si la introducción de dicho término eliminará la existencia de regímenes de responsabilidad por culpa en materia de responsabilidad estatal, los cuales siguieron existiendo en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política. No se evidenció que esta postura fuera reiterada en sentencias posteriores.

⁶ En esta sentencia la Corte resolvió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta frente al artículo 171 (parcial) del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, que consagra la condena en costas en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El 31 de agosto de 2011 la Corte expidió la sentencia C-644 de 2011⁷ con ponencia del magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, en la que si bien se reiteró la línea argumentativa expuesta en la Sentencia C-333 de 1996, señalando que el artículo 90 constitucional consagra un régimen único de responsabilidad, que se proyecta en el ámbito extracontractual, precontractual y contractual, se advirtió que ello no significa en momento alguno que se hubieren eliminado las diferencias conceptuales que se presentan en los distintos ámbitos de aplicación de la responsabilidad patrimonial del Estado. Según señaló la Corporación, “la pretensión constitucional se limita a subsumir bajo el concepto de daño antijurídico los distintos tipos de responsabilidad, dejando a salvo la manera como cada una se estructura, se configura y se materializa dentro del campo del derecho público.” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: 27 de enero de 2004).

Indicó a renglón seguido la Corte que para que el daño antijurídico sea indemnizable, se requiere que el mismo sea consecuencia “del incumplimiento de las obligaciones de la Administración, esto es, desde una perspectiva negativa, que el daño sufrido por la víctima no se derive de un fenómeno de fuerza mayor o sea atribuible a su conducta negligente” (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: 27 de enero de 2004), afirmación que resulta equívoca, teniendo en cuenta que precisamente lo que ha sostenido la Corporación es que no se requiere una conducta anómala del Estado, para que el daño antijurídico sea indemnizable. Así mismo, se relaciona de forma errada la ausencia de causales de exoneración de responsabilidad, con la conducta de la administración, que no necesariamente debe corresponder a una conducta anómala para que surja responsabilidad, en términos de lo que había sostenido la misma Corporación.

⁷ En esta sentencia se resolvió la demanda de constitucionalidad interpuesta frente a los artículos 140 y 144 de la Ley 1437 de 2011 (parcial).

Finalmente, se hará referencia a la sentencia C-957 del 10 de diciembre de 2014⁸, con ponencia de la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado. En esta providencia la Corte señaló los siguientes requisitos para que el daño genere responsabilidad:

- 1) que exista;
- 2) que sea imputable a la administración; y
- 3) que sea antijurídico, que significa no que sea contrario a derecho, sino que el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo.

Nuevamente la Corte, al intentar definir el daño antijurídico, recurre al concepto de justificación, pero en este caso se intentó por parte de la Corporación indicar en qué casos el daño está justificado, así:

La antijuricidad del daño, en consecuencia, ocurre, en principio, cuando la actuación del Estado no se encuentra justificada, bien sea porque (i) no existe un título jurídico válido que autorice o admita el daño causado, -caso en el que el Estado no está legitimado para producir la afectación correspondiente-, o (ii) cuando el daño excede las cargas que normalmente **un individuo en la sociedad** está obligado a soportar⁹. (Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 10 de diciembre de 2004).

A modo de cierre del presente capítulo podemos concluir que en términos generales la Corte Constitucional ha mantenido su línea argumentativa respecto a la definición de daño antijurídico. Es así cómo ha entendido que daño antijurídico es aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, postura que se ha mantenido incólume en las sentencias analizadas y que fue desarrollada de forma amplia en la sentencia C-333 de 1996 y reiterada en términos generales en las sentencias

⁸ En esta sentencia se resolvió la demanda de constitucionalidad interpuesta frente a algunos apartes del artículo 81 de la Ley 142 de 1994.

⁹ Sentencia C-333 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

posteriores. Ahora bien, no ha definido de forma clara, en contraposición al daño antijurídico, qué podemos considerar como daño jurídico; es decir, cuándo debe soportarse el daño, y al tratar de hacerlo, se alude siempre a que el daño no se encuentre “justificado”, pero tampoco resulta claro que debemos entender por justificación.

Habiéndose realizado este acercamiento a la noción de daño antijurídico desarrollada por la doctrina y por la Corte Constitucional, en los capítulos subsiguientes nos centraremos en la noción de daño antijurídico desarrollada por el Consejo de Estado y en la noción de daño indemnizable adoptada por la Corte Suprema de Justicia.

3. Segundo capítulo

Concepto de daño y de daño antijurídico en la jurisprudencia del Consejo de Estado

Con el fin de delimitar el concepto de daño y especialmente el de daño antijurídico en la jurisprudencia del Consejo de Estado, se dividió el período objeto de estudio en tres (3) subperíodos: (1) de 1991 a 2000; (2) de 2001 a 2010 y (3) de 2011 a 2020. Es preciso resaltar que el análisis de providencias no fue exhaustivo en cada uno de estos subperíodos; es decir, no se analizaron todas las sentencias proferidas por la Corporación durante cada uno, sino que se intentó seleccionar una muestra, con la cual se pretende realizar un acercamiento a las nociones de daño y de daño antijurídico adoptadas por el Consejo de Estado, y poder evaluar además, si han tenido una variación a lo largo del período analizado, o si por el contrario, se han mantenidos incólumes. Este análisis nos servirá de insumo para de forma posterior hacer el comparativo con la noción de daño adoptada por la Corte Suprema de Justicia.

En total se revisaron un total de cuarenta y nueve (49) sentencias, durante los tres (3) subperíodos, así:

Período	Sentencias revisadas	Total
Etapa inicial (1991-2000)	Expedientes 6454, 6515, 6784 y 6608 de 1991; 7130 de 1992; 7742, 9550, 7429, 7781, 7622, 8163 y 6144 de 1993; 8577 de 1994; 8118 y 7969 de 1995; expedientes acumulados 10948 y 11643 de 1999 y 14787, 11601, 11945, 11890 y 12166 de 2000.	21
Etapa intermedia (2001-2010)	Expediente de 2001; expediente 15001-23-31-000-2001-01541-03(AG) y 12158 de 2005; expediente 13168 de 2006; expedientes 14443, 15726 y 17412 de 2008 y 18425 de 2010.	8
Etapa final (2010-2020)	Expedientes 21007 de 2011; 20614, 22366 y 24633 de 2012; 20614 y 29828 de 2014; 32570, 31412 y 28289 de 2015; 39321, 43447, 44260, 42121, 37304, 38824 y 50451 de 2017; 37719 de 2018; 49993 y 11001333603320120033901 de 2019 y 53834 de 2020.	20
Total		49

De estas providencias, se procedió a la selección de aquellas que desarrollan de forma amplia y/o novedosa los conceptos analizados, las cuales fueron agrupadas bajo referentes temáticos, indicando además en cuales casos las mismas son reiteradas en sentencias posteriores.

3.1. Período de 1991 a 2000

En este período el Consejo de Estado comenzó a darle contenido a la expresión “daño antijurídico” contenida en el artículo 90 de la Constitución Política, siendo importante resaltar que la noción de “lesión”, entendida como el daño que no se está en el deber jurídico de soportar, venía siendo utilizada por la Corporación con antelación a la promulgación de la Constitución Política de 1991.

3.1.1. Desarrollo de la noción de daño antijurídico; daño antijurídico y responsabilidad objetiva

En sentencia del 27 de junio de 1991, proferida por la Sección Tercera del Consejo de Estado, dentro del expediente 6454¹⁰, con ponencia del doctor Julio Cesar Uribe Acosta, se definió la lesión como perjuicio antijurídico, de la mano de los doctrinantes españoles Leguina y García de Enterría. Ello permite evidenciar que la definición que actualmente conocemos de daño antijurídico, como aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, no se empezó a desarrollar de forma exclusiva con la consagración del artículo 90 constitucional, sino que, con apoyo en la doctrina extranjera, ya venía siendo usado con antelación por el Consejo de Estado, aunque para ese momento no se empleara el término “daño antijurídico”, tal como fue consagrado en la Constitución Política de 1991, promulgada el 4 de julio de 1991.

Esta definición fue retomada en sentencia del 31 de octubre de 1991, dictada dentro del expediente 6515, en vigencia de la Constitución Política de 1991, con ponencia del mismo magistrado, Julio Cesar Uribe Acosta, dentro del proceso iniciado por Fabio Ruíz Ospina y otros contra la Nación Colombiana – Ministerio de Obras Públicas - Fondo Vial Nacional, con el fin que se indemnizaran los presuntos perjuicios causados a una persona que transitaba en un vehículo particular por una carretera del orden nacional y que sufrió unas lesiones al caerle una piedra sobre el vehículo. El Tribunal que conoció el caso en primera instancia negó las pretensiones de la demanda, al considerar que no estaba acreditado de qué forma se causaron las lesiones y la relación de causalidad entre éstas y la falla en la vigilancia y control del estado sobre la carretera.

El Consejo de Estado revocó la sentencia al considerar que el caso debía ser estudiado bajo la óptica de la lesión, como perjuicio antijurídico y fundamento del deber de reparar, con apoyo en el artículo 90 de la Constitución Política. En esta providencia se retoman los argumentos expuestos en la sentencia expediente 6454, a la que hicimos alusión anteriormente, y con apoyo en las teorías desarrolladas por los tratadistas españoles Leguina y García de Enterría, se definió el daño antijurídico

¹⁰ Decidió la Sala el grado de consulta frente a sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Valle del Cauca, dentro del proceso instaurado por Edgar Pérez Rodríguez y otra contra el Instituto de Crédito Territorial, con el fin que se le indemnizaran los presuntos perjuicios causados por ruina de un edificio de propiedad de la entidad pública demandada.

como aquel daño causado a un interés patrimonial protegido por el ordenamiento jurídico que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar. Como se podrá observar a lo largo de estos acápites, esta noción se mantiene vigente hasta nuestros días.

Hay un elemento importante a resaltar de esta providencia y es que en la misma el Consejo de Estado sostuvo que a partir del artículo 90, y en especial de la introducción de la figura del daño antijurídico, la responsabilidad del Estado se volvió objetiva, en virtud que el deber de reparación se desvinculó de la licitud o ilicitud del hecho causante del daño. En este sentido sostuvo la Corporación que la antijuridicidad se predica del daño, no de la conducta del agente del Estado, lo cual se consideró como un nuevo enfoque “de la responsabilidad administrativa en el derecho colombiano” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 6515. Julio Cesar Uribe Acosta: 31 de octubre de 1991), posición que coincide con la que fue expuesta en las ponencias presentadas en el seno de la Asamblea Nacional Constituyente, por Juan Carlos Esguerra Portocarrero y Jaime Arias López, tal como indicamos en el capítulo anterior (Lleras & Tangarife, 1996, p. 360), en las que esta norma fue presentada como una novedad que cambiaría el fundamento del régimen de responsabilidad del Estado.

Estas nociones fueron aplicadas al supuesto fáctico sometido a estudio, concluyéndose por parte de la Corporación que “los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 6515. Julio Cesar Uribe Acosta: 31 de octubre de 1991). Es preciso resaltar que la noción de daño antijurídico desarrollada en esta sentencia es reiterada en las sentencias 6784 del 25 de noviembre de 1991, 7130 del 26 de noviembre de 1992 y 7781 del 25 de marzo de 1993, todas con ponencia del doctor Julio Cesar Uribe Acosta.

De esta sentencia se considera importante resaltar dos aspectos: (i) la tesis de que a partir del artículo 90 de la Constitución Política y de la introducción de la figura del daño antijurídico la responsabilidad del Estado se convirtió en objetiva, punto que en providencias posteriores fue rectificado por la Corporación y (ii) evidenciar como la noción de daño antijurídico es utilizada en casos concretos para

resolver los problemas jurídicos planteados en los procesos, aspecto que se resalta porque evidencia la utilidad de que se realicen análisis de conceptos como este, que usamos de forma reiterada en el discurso jurídico y como base para la resolución de casos, muchas veces sin detenernos a cuestionarnos acerca de su contenido.

3.1.2. Rectificación por parte del Consejo de Estado – El daño antijurídico no convirtió en objetiva la responsabilidad del Estado

En sentencia del 25 de febrero de 1993, dictada dentro del Expediente 7742¹¹, con ponencia del magistrado Carlos Betancur Jaramillo, conoció la sección Tercera del Consejo de Estado, en grado de consulta, de la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Cauca, que condenó a la Nación -Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a indemnizar los daños materiales causados con motivo de acción militar.

El Consejo de Estado consideró que el caso bajo estudio debía ser examinado bajo la óptica del daño especial, en apoyo de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución Política. En relación con el daño resaltó dos aspectos: i) que el daño debía sufrirlo alguien; y ii) que debía ser antijurídico, carácter que en voces de la Corporación alude a que independiente de que haya sido causado por una conducta regular o irregular de la administración, debe trasgredir el principio de igualdad ante las cargas públicas. Nótese entonces como se relaciona la antijuridicidad del daño con la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

En esta sentencia se rectificó por parte del Consejo de Estado que la consagración del daño antijurídico como elemento de la responsabilidad no convirtió en objetiva la responsabilidad del Estado, conclusión que pareciera derivarse de lo sostenido en las sentencias de los expedientes 6515, 7781, 7130 y 6784, a las que hicimos alusión en el apartado anterior, con ponencias del magistrado Julio César Uribe Acosta.

Los argumentos expuestos en esta sentencia frente al daño antijurídico fueron reiterados en la sentencia de fecha 2 de marzo de 1993, expediente número 7429, con ponencia del mismo consejero Betancur Jaramillo, en la que se indicó que la

¹¹ Rodrigo Rivera Coronel contra la Nación – Ministerio de Defensa – Ejército Nacional.

consagración del daño antijurídico, no debe ser entendida como si se hubiera eliminado la falla del servicio, ya que si el daño se causó por una falla, ella tiene que ser acreditada dentro del proceso, lo cual no implica que en los casos en los que no exista falla, y se haya causado un daño que los administrados no tienen el deber jurídico de soportar, no exista responsabilidad (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 7429. Carlos Betancur Jaramillo: 2 de marzo de 1993).

Esta tesis fue retomada en sentencia 7622 del 12 de julio de 1993, con ponencia del mismo consejero, en la que la Sala sintetizó varios puntos en relación con el régimen de responsabilidad del Estado a partir del artículo 90 de la Constitución Política de 1991 y el daño antijurídico. De dichos puntos, destaco los siguientes por referirse exclusivamente a este último tópico:

(...)

b) La antijuridicidad se predica del daño causado y no de la conducta de la administración, la que puede ser legal o regular o ilícita.

(...)

d) No es indiferente que el sujeto activo obre correcta o incorrectamente, ya que se (sic) el obrar fue regular la antijuridicidad del daño, que puede calificarse de objetiva, surgirá de la existencia del mismo y no de la conducta administrativa. En cambio, cuando esa conducta sea irregular y produzca un perjuicio, éste seguirá siendo antijurídico y objetivo, pero su prueba se facilitará con la constatación de esa irregularidad. En dicho evento nada impide que se hable, frente a la conducta misma, de antijuridicidad subjetiva. Pero la calificación, cabe reconocerse, es más de tono académico que práctico.

e) Una cosa es la antijuridicidad del daño y otro es el criterio para definir la imputación. El daño es el efecto de una conducta (regular o irregular). La imputación es el elemento o vínculo que permite evidenciar la relación causal entre ese daño y el sujeto que lo produce, prescindiendo es esa relación de la calificación de la ilegalidad de la

conducta de un funcionario determinado o del servicio objetivamente considerado.

(...)

g) La antijuridicidad del daño es siempre objetiva (no tenía el sujeto lesionado porqué sufrirlo); pero no sucede igual con la antijuridicidad de la conducta, la que siempre mostrará una actividad por fuera del ordenamiento. Esta es la razón para que se entienda porqué, en ciertos eventos, la administración, resulta responsable pese a que actuó regularmente. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 7622. Carlos Betancur Jaramillo: 12 de julio de 1993).

Llama la atención como el Consejo de Estado estableció que el calificativo de antijuridicidad se refiere al daño en sí mismo, no a la conducta, y que dicha antijuridicidad se considera objetiva, en la medida que es independiente de la conducta del agente, razón por la cual, concluyó la Corporación, en algunos casos el Estado puede resultar responsable así haya actuado de forma legítima.

Posteriormente en sentencia del 13 de julio de 1993, dictada dentro del expediente 8163¹² por la sección tercera del Consejo de Estado, con ponencia del consejero Juan de Dios Montes Hernández, se indicó que la responsabilidad del Estado continuaba siendo por regla general de naturaleza subjetiva y que el artículo 90 de la Constitución Política es el fundamento de la responsabilidad patrimonial de la administración, tanto la contractual como extracontractual. En relación con la noción de daño antijurídico se reiteró la posición que ha mantenido la Sala, con apoyo en la doctrina y en la jurisprudencia española.

¹²Demandante José Elías Rivera Arenas y otros contra la Nación – Ministerio de Justicia. En esta providencia, conoce el Consejo de Estado en grado de consulta la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo del Quindío, que condenó a la Nación -Ministerio de Justicia a indemnizar los daños causados por las lesiones causadas al demandante cuando se encontraba prestando sus servicios en establecimiento carcelario.

Se evidencia entonces como el Consejo de Estado en estos pronunciamientos rectificó que la noción de daño antijurídico no convirtió en objetiva la responsabilidad del Estado.

3.1.3. El daño antijurídico como elemento invariable en cualquier clase o régimen de responsabilidad

Hay un aspecto que también hace parte del entendimiento de la noción de daño antijurídico por parte del Consejo de Estado y es que el daño antijurídico se considera un elemento invariable en cualquier clase o régimen de responsabilidad, sea responsabilidad contractual o extracontractual del Estado. Este punto es desarrollado entre otras, en providencia del 8 de mayo de 1995, emitida dentro del expediente 8118¹³, con ponencia del consejero Juan de Dios Montes Hernández.

Sostuvo el Consejo de Estado en esta providencia que la noción de daño antijurídico “es invariable cualquiera sea la clase (contractual o extracontractual) o el régimen de responsabilidad de que se trate; consistirá siempre en la lesión patrimonial o extrapatrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar.” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 8118. Juan de Dios Montes Hernández: 8 de mayo de 1995). De acuerdo con lo anterior, se indicó que la diferencia estriba en cuál es el título de imputación en cada caso, así como, por ejemplo, en casos de responsabilidad contractual serán títulos de imputación los mandatos de la buena fe, igualdad y equilibrio entre las prestaciones y derechos en los contratos conmutativos; para la responsabilidad extracontractual lo serán la falla en el servicio, el riesgo excepcional, el error judicial y el anormal funcionamiento de la administración de justicia, entre otros. No obstante, advirtió la Corporación,

¹³ Demandante SOC. CONSTRUCTORA CARDENAS Y AMAYA LTDA contra SENA REGIONAL DE CUNDINAMARCA. En esta providencia, decidió el Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo de Cundinamarca, que condenó a la entidad pública demandada al considerar que se enriqueció sin justa causa con la ejecución de obras adicionales efectuadas por la demandante, y ordenó el reconocimiento y pago del enriquecimiento obtenido por el demandado.

siempre debe estar presente el daño antijurídico como elemento de la responsabilidad.

Este es el aspecto central desarrollado en esta providencia en relación con la temática, sostenido por la Corporación hasta el día de hoy y que fue retomado por la Corte Constitucional en sentencia C-333 de 1996, a la que hicimos alusión anteriormente. Ahora bien, frente a este punto debemos advertir que, aunque se sostiene por parte de la Corporación que el daño antijurídico es un elemento tanto de la responsabilidad contractual como extracontractual, el desarrollo de la noción se ha dado de forma preponderante en la responsabilidad civil extracontractual. Sobre este punto no profundizaremos en el presente trabajo, por escapar al objeto del mismo; no obstante, se encontró que, al realizar la consulta en las bases de datos, las sentencias referenciadas y a su vez citadas dentro del cuerpo de las mismas, son sentencias proferidas en su mayoría por la Sección Tercera del Consejo de Estado, conociendo de demandas de reparación directa.

Otro aspecto que se advierte en relación con este tópico es que el Consejo de Estado no justifica porque tiene que ser el daño antijurídico el elemento común a ambos regímenes, y no simplemente el daño. Se llama la atención sobre este punto, toda vez que en responsabilidad civil es simple y llanamente el daño el elemento común tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual.

3.1.4. El daño antijurídico como aquel que no tiene causales de justificación

En sentencia del 21 de octubre de 1999, dictada dentro de los expedientes 10948 y 11643¹⁴, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, la sección Tercera del Consejo de Estado dedicó un acápite completo a la temática del daño antijurídico. Inició la Sala señalando que, con la Constitución Política de 1991,

¹⁴Demandante LUIS POLIDORO COMBITA y otros contra EL MINISTERIO DE DEFENSA – POLICÍA NACIONAL. En esta providencia, decidió la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Tolima, que denegó las pretensiones de la demanda, tendientes a obtener la indemnización de los perjuicios ocasionados por muerte violenta causada por un miembro de la Policía Nacional con su arma de dotación oficial.

por primera vez en el ordenamiento colombiano se consagró un precepto constitucional con el fin de regular la responsabilidad patrimonial del Estado, norma que abarca tanto la responsabilidad contractual como extracontractual de la administración, punto al que ya habíamos hecho referencia en el acápite anterior.

Sostuvo la Corporación que, conforme a dicha disposición, son dos los elementos necesarios para que se configure responsabilidad del Estado: (i) el daño antijurídico; y (ii) la imputabilidad del mismo al Estado, aspecto que es retomado de otras sentencias de este mismo cuerpo colegiado. (Expediente 7662. Carlos Betancur Jaramillo: 12 de julio de 1993 y Expediente 8118. Juan de Dios Montes Hernández: 8 de mayo de 1995). Consideró así mismo que esta disposición constituye uno de los principios de mayor importancia en un Estado social de Derecho, toda vez que otorga una mayor autonomía a la responsabilidad del Estado, comparada con la responsabilidad de los particulares, aunado a que busca reparar los daños antijurídicos causados en la víctima, antes que sancionar a un agente infractor.

En relación con la definición de daño antijurídico, con apoyo en la doctrina española se sostuvo que daño antijurídico es aquel que se configura cuando no concurren causales de justificación:

El daño antijurídico, que el derecho español prefiere denominar “lesión”, “ será, entonces un concepto más estricto que daño, que perjuicio, será un perjuicio antijurídico al margen de cualquier idea subjetiva - y no, por consiguiente, un daño causado antijurídicamente - y utilizable únicamente cuando no concurren causas de justificación expresas que legitimen el perjuicio, de modo que la lesión se dará exclusivamente cuando se produzca un daño que el sujeto determinado no tenga obligación de soportar. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expedientes 10948-11643. Alier Eduardo -Hernández Enríquez: 8 de mayo de 1995)

Estos argumentos son reiterados en la sentencia de fecha 3 de febrero de 2000, proferida dentro del expediente 14787, con ponencia del mismo consejero Hernández Enríquez (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14787. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 3 de febrero de 2000).

De esta sentencia se destacan dos aspectos; por un lado, como la Corporación intenta distanciarse de la dogmática de la responsabilidad de los particulares, y considera que el sustento para ello es el artículo 90 de la Constitución Política y dentro de este, el calificativo de antijuridicidad del daño. Por otro, como comenzó a delimitarse el concepto de daño antijurídico, a partir de la ausencia de causales de justificación, lo cual, advertimos, no aporta mayor claridad a la discusión, comenzando porque no resulta diáfano a cuáles causales de justificación se está haciendo referencia, punto que ya fue tocado en el capítulo anterior, cuando realizamos un acercamiento al concepto de daño antijurídico adoptado por la Corte Constitucional.

3.1.5. Cualidades del daño antijurídico

En esta delimitación que estamos intentando realizar del concepto de daño antijurídico en la jurisprudencia del Consejo de Estado, resulta relevante revisar cuáles son las cualidades, que se le han atribuido a este elemento por parte de la Corporación. Al respecto en la sentencia del 14 de septiembre de 2000, dictada dentro del expediente 12166¹⁵, con ponencia de la consejera María Elena Giraldo Gómez, la Sección Tercera sintetizó lo que denominó “cualidades del daño antijurídico” así:

- **Cierto o determinado:** presente y futuro cierto, porque existe y se proyecta, inclusive, al futuro.
- **Particular:** a las personas que solicitan reparación.

¹⁵Demandante EDUARDO LÓPEZ PIEDRAHITA y otros contra ICBF. En esta providencia, decidió el Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por las partes e intervinientes frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Risaralda, que declaró administrativamente responsable a la entidad demandada de los perjuicios causados a los demandantes en accidente de tránsito con vehículo oficial.

- **Anormal:** por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio y
- **Protegido jurídicamente**, porque recae sobre bienes legítimos de las personas demandantes. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12166. María Elena Giraldo Gómez: 14 de septiembre de 2000).

La característica de anormalidad también es desarrollada en la sentencia del 27 de septiembre de 2000, dictada dentro del expediente 11601¹⁶, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez. En este caso, para resolver el problema jurídico planteado se consideró necesario por parte de la Corporación determinar si se le causó un daño a la parte actora, sosteniéndose que no cualquier daño da lugar a la existencia de un perjuicio indemnizable, ya que los ciudadanos deben soportar algunas cargas derivadas de la función administrativa, siendo necesario que exista el carácter de “anormalidad”, para que haya lugar a indemnización, aclarándose por parte de la Sala que la anormalidad no depende de la conducta de quién lo causa.

En relación con estas características que se atribuyen por parte de la Corporación al daño antijurídico, resultará relevante revisar, una vez se realice el acercamiento a la noción de daño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, si estas o algunas de ellas también se le atribuyen a la noción de daño en el sistema de responsabilidad de los particulares.

3.2. Período de 2001 a 2010

¹⁶ Demandante ANA ETHEL MONCAYO DE ROJAS y otros contra la NACIÓN – PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN-MINISTERIO DE JUSTICIA. En esta providencia, decidió la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera, que negó las pretensiones de la demanda, mediante las cuales se pretendía indemnización de los presuntos perjuicios causados por presuntas fallas y omisiones en proceso judicial y disciplinario iniciado contra la demandante.

En este subperíodo se revisaron ocho (8) sentencias, las que, si bien continúan en la misma línea que las sentencias reseñadas en el período anterior, sintetizan y en algunos casos clarifican los conceptos objeto de investigación, aunado a que permiten evidenciar que en términos generales la posición del Consejo de Estado en relación con estos tópicos se mantuvo uniforme en los primeros 20 años siguientes a la promulgación de la Constitución Política de 1991. A continuación, haremos alusión a las providencias más relevantes estudiadas durante este período, a partir de los referentes temáticos desarrollados en las mismas.

3.2.1. Desarrollo de la noción de daño antijurídico y sus características a partir de los referentes desarrollados por la misma Corporación

Al hacer la revisión de las providencias emitidas durante este periodo, se pudo evidenciar que las mismas se apoyan en las sentencias emitidas con antelación por la Corporación para definir el daño antijurídico y sus características, a partir de lo cual desarrollan estos conceptos, intentando clarificar los mismos y darle profundidad a su contenido. Por ejemplo, en sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 12158¹⁷, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, así como en algunos de los casos reseñados en apartados anteriores, la Sala, para resolver el problema jurídico planteado, consideró necesario determinar si se presentaba un daño antijurídico y para ello, comenzó por definir el daño antijurídico y delimitar sus características, para lo cual advirtió, que aunque en el ordenamiento jurídico no estaba definido, la jurisprudencia nacional, con apoyo de la doctrina extranjera lo había hecho, considerando que este obedece a “la lesión de un interés legítimo,

¹⁷ Demandante SOCIEDAD CONSTRUCTORA SANTA CLARA LTDA contra EL MUNICIPIO DE NEIVA. En esta providencia, decidió el Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Huila, en la que se declaró inhibido para decidir de fondo el proceso instaurado para obtener la indemnización de los perjuicios causados por suspensión de una licencia de construcción, al considerar que la acción que debió impetrarse era la de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que los perjuicios reclamados se derivan de actos administrativos. La Sala consideró que en el caso bajo estudio no se configuró el vicio de inepta demanda, toda vez que la parte alega que los perjuicios fueron causados en virtud de una operación administrativa, es decir, de la indebida ejecución de unos actos administrativos que no fueron enjuiciados dentro del proceso.

patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 11945. María Elena Giraldo Gómez: 2 de marzo de 2000) o como el daño que carece de causales de justificación, conforme se sostuvo en sentencias de la misma Corporación del 11 de noviembre de 1999, expediente 11499 y del 27 de enero de 2000, expediente 10867.

Nótese entonces como la Sala partió de las dos definiciones que en términos generales habían sido desarrolladas por la misma Corporación: el daño antijurídico como aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar y el daño antijurídico como aquel que carece de causales de justificación. A partir de estas definiciones consideró la Corporación que se podían extraer dos de las principales características del concepto:

1. No todos los daños que causa el Estado son indemnizables; solamente originan el deber de reparar aquellos que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones a una persona que vive en sociedad. De acuerdo con lo anterior, sólo “pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que **superan** la normal tolerancia” o que impiden el goce anormal y adecuado del derecho.” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12158. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 14 de septiembre de 2000).
2. El Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente no es objeto de protección jurídica, “en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contrario al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y el Estado (artículo 83 de la Constitución)” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12158. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 14 de septiembre de 2000).

Las características desarrolladas en esta sentencia se corresponden con la característica de anormalidad del daño y de legitimidad del interés protegido, que ya

habían sido esbozadas por el Consejo de Estado en sentencias anteriores, como en la sentencia del 14 de septiembre de 2000, con ponencia de la consejera María Elena Giraldo Gómez, expediente 12166 y en providencia del 27 de septiembre de 2000, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, expediente 11601. Esta sentencia fue reiterada en la sentencia calendada del 27 de abril de 2011, expediente 21007, con ponencia de la consejera Stella Conto Díaz del Castillo.

3.2.2. El daño como fenómeno físico y el daño antijurídico como categoría jurídica

En la aclaración de voto a la sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 15726¹⁸, el consejero Enrique Gil Botero señaló que se aparta de la Sala en relación con el análisis de los elementos que constituyen la responsabilidad, que a su entender, en términos de lo estipulado en la Constitución Política de 1991, son únicamente dos: el daño antijurídico y la imputación. Es así como el consejero se detuvo en el análisis del concepto daño, sosteniendo que el daño es una entidad fenoménica, ontológica y que le corresponde al Juez dotarlo de contenido, hacer su valoración, y determinar en cada caso concreto si quien lo padece debe soportarlo o no:

Ahora bien, configurada la existencia del daño como entidad fenoménica, ontológica, donde va implícita la causalidad entendida como ese *continuum*, es donde interviene el juez en una postura axial frente a ese dato objetivo o conocimiento dado por la experiencia, para impregnar de contenidos valiosos o disvaliosos el daño como tal, y donde su labor apunta no a la valoración de la conducta, sino más bien, a establecer si quien lo padece debe soportarlo o no. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 15726. Salvamento de voto de Enrique Gil Botero: 30 de julio de 2008).

¹⁸ Demandante GILBERTO ANTONIO HENRÍQUEZ y otros contra el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES.

Sostuvo que, superado el concepto de daño como fenómeno natural, este es relevante para el derecho cuando es considerado antijurídico resarcible, circunstancias en las cuales el daño jurídicamente relevante es considerado una especie del daño en su sentido genérico, y el daño antijurídico, una especie del daño jurídico relevante. Frente al calificativo de antijuridicidad se advirtió que este significa contrario a derecho, lo que es una tautología en sí y una categoría heredada del derecho penal, que no sólo pertenece al ámbito de la responsabilidad, sino que es una categoría general del derecho. Se reiteró en esta sentencia que el daño antijurídico es el principal elemento configurativo de la responsabilidad del Estado. Esta posición fue reiterada en las sentencias calendadas el 9 de mayo de 2012, expediente 22366 y del 12 de noviembre de 2014, expediente 29828, con ponencias del consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa. El salvamento de voto se consideró relevante para este análisis, toda vez que en el mismo se intentó explicar el daño antijurídico a partir de una relación de género a especie, considerando que el daño es el género, fenómeno físico, que el daño jurídicamente relevante es una especie, categoría jurídica, y dentro de esta se encuentra la subespecie, del daño antijurídico, planteamientos que recuerdan a los expuestos por De Cupis (1996) en su obra “El Daño”, toda vez que este autor sostuvo que el daño es un fenómeno físico, objeto del conocimiento común, pero que a su vez, puede ser un fenómeno jurídico, susceptible de ser jurídicamente calificado, tal y como se explicó en el apartado 1.2, aunque se advierte, que este carácter dual del daño, como fenómeno físico y cómo fenómeno relevante para el mundo del derecho, se plantea en la teoría de la responsabilidad civil, sin que para dichos efectos sea necesario agregar el calificativo de antijuridicidad.

3.3. Período de 2011 a 2020

En este subperíodo se revisaron veinte (20) providencias, observándose que, aunque continúan en la misma línea, en algunas se intenta profundizar y clarificar algunos tópicos, las cuales incluyo a continuación.

3.3.1. Reiteración de las nociones de daño antijurídico y de los elementos del daño

En muchas de las sentencias revisadas durante este período el Consejo de Estado reiteró las nociones de daño y de daño antijurídico que habían sido desarrolladas en providencias anteriores por la misma Corporación y por la Corte Constitucional, y no se evidenció que se realizaría algún cuestionamiento frente a la utilidad del concepto y su necesidad, es más en algunos casos se evidenció que el calificativo de antijuridicidad no tuvo ninguna relevancia al momento de hacer el análisis del caso concreto.

Cuando se refiere a utilidad, es a la utilidad que en la práctica genera el calificativo de antijuridicidad para el concepto de daño, tal y como lo cuestiona en su libro el profesor Zapata García (2019), y la necesidad de que el mismo sea el fundamento de la responsabilidad del Estado, tesis que sostiene el Consejo de Estado y la Corte Constitucional en las sentencias a las que hemos hecho referencia anteriormente.

Por ejemplo, en sentencia del 9 de octubre de 2014, dictada dentro del expediente 40411¹⁹, se inició el análisis del problema jurídico planteado evaluando si en el caso concreto se había acreditado la existencia de un daño, partiendo de la base de que *“el daño es el presupuesto principal de la responsabilidad extracontractual del Estado”* (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 40411. Ramiro Pazos Guerrero: 9 de octubre de 2014) y que el calificativo de antijuridicidad tiene que ver con que la víctima no tiene que soportar el daño, porque no existen causas jurídicas que así lo justifiquen. Sobre este punto no profundiza la

¹⁹Demandante MIRALBA RÍOS OTALVARO contra NACIÓN-MINISTERIO DE DEFENSA-POLICÍA NACIONAL-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. En esta providencia decidió la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Cesar, que negó las pretensiones de la demanda, mediante las cuales se pretendía indemnización de los presuntos perjuicios causados por falla en el servicio por parte de agentes de la Policía Nacional y por haberse vinculado a la actora a proceso penal por el delito de violencia contra servidor público, del cual fue absuelta.

Sala, con el fin de explicar cuáles son las razones jurídicas que en un caso concreto justifican el daño.

Se sostuvo a renglón seguido que para que el daño sea indemnizable debe verificarse la configuración de los elementos que lo estructuran, los cuales son que “sea cierto²⁰, actual²¹, real²², determinado o determinable²³ y protegido jurídicamente²⁴.” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 40411. Ramiro Pazos Guerrero: 9 de octubre de 2014), aspecto que también había sido resaltado en providencias anteriores²⁵. No obstante, estas disquisiciones en relación con el daño y su nota de antijuridicidad, en el caso concreto, al momento de evaluar si existió o no un daño, el Consejo de Estado no hizo ningún análisis en relación con la antijuridicidad, concluyendo simplemente que el daño alegado por la actora se encontraba debidamente acreditado.

3.3.2. Casos en los que no resulta soportable el daño

En sentencia del 12 de noviembre de 2014, proferida dentro del expediente 29828²⁶, con ponencia del Consejero Jaime Orlando Santofimio Gamboa, la Sección Tercera del Consejo de Estado sostuvo que el daño, como elemento de la responsabilidad civil extracontractual y del Estado, requiere considerar dos

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de abril de 2010, rad. 18878, reiterada por la sentencia del 1º de febrero de 2012, rad. 20505, M.P. Olga Mélida Valle de De la Hoz.

²¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de marzo de 2012, rad. 20497, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz; sentencia del 12 de febrero de 2014, rad. 28857, M.P. Olga Mélida Valle de De La Hoz.

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2001, rad. 12555, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, rad. 18425, M.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 19 de mayo de 2005, rad. 2001-01541 AG, CP. María Elena Giraldo Gomez.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio 2005, rad. 199902382 AG, CP. María Elena Giraldo Gómez.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 14 de septiembre de 2000, rad. 12166, CP. María Elena Giraldo Gómez, entre otras.

²⁶ Demandante Hugo González Roza y otros contra Instituto Colombiano de Reforma Agraria – INCORA. En esta providencia, decidió la Subsección C de la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Tolima, dentro de proceso de reparación directa adelantado con el fin que se indemnizaran los presuntos perjuicios causados por la entrega de la posesión y eventualmente propiedad de bien inmueble de su propiedad, a un tercero.

componentes: a) el daño como entidad jurídica, es decir, el menoscabo que sufre una persona ya sea en sus bienes vitales o en su propiedad o en su patrimonio, o la lesión de un interés o la lesión del bien idóneo para satisfacerlo; y b) aquello que derivado de la actividad o inactividad de la administración, no sea soportable: (1) porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal; o (2) porque sea irrazonable en términos de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos o (3) porque no encuentra sustento en la prevalencia del interés general. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 29828. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 12 de noviembre de 2014).

Este es el punto que llama la atención en esta providencia, toda vez que tal como se había señalado al realizar el análisis de sentencias anteriores, aunque el Consejo de Estado y la Corte Constitucional definen el daño antijurídico como aquel que la víctima no tiene el deber de soportar, no explicaban en qué casos la víctima debía soportar el daño y en cuáles no, tal como se cuestiona por parte de Tamayo Jaramillo en su libro “La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas”.

En esta providencia se intentó explicar cuándo las víctimas no tienen que soportar el daño, pero nótese cómo, para hacer ello, parece que nos adentráramos en el campo de la imputación, al indicarse que el daño debe provenir de la actividad o inactividad del Estado, lo cual no debería estudiarse en el elemento daño.

Asimismo, si nos detenemos a analizar las causales propuestas, las cuales son: contrario a la Constitución Política o a la Ley; irrazonable en términos de derechos constitucionalmente protegidos y cuando no encuentra sustento en la prevalencia del interés general, advertimos que las mismas tampoco logran esclarecer el panorama, toda vez que no otorgan ningún criterio objetivo para determinar cuando el daño no se debe soportar, máxime cuando el Estado ha sido instituido para proteger a las personas en su honra, vida y bienes, en términos de lo dispuesto en el artículo 2 de la Constitución Política, por lo que el solo hecho de que el Estado cause daños a los administrados es una transgresión de dicho artículo constitucional; en todo caso, de la mano del profesor Zapata García (2019)

consideramos que el hecho que el daño deba o no soportarse, sólo puede determinarse cuando se evalúan todos los elementos de la responsabilidad (p. 185).

Posteriormente en sentencia del 27 de agosto de 2017, con ponencia de la consejera Marta Nubia Velásquez Rico, expediente 37304²⁷, para resolver el problema jurídico sometido a estudio de la Corporación, se consideró necesario examinar si se había acreditado la existencia de un daño, así como su antijuridicidad, para lo cual se definió el daño y especialmente el daño antijurídico.

La Sala partió de la base de que el daño surge como un fenómeno físico o material, pero que su contenido es eminentemente deontológico o normativo (carácter dual del daño, como fenómeno físico y como categoría jurídica, al que ya habíamos hecho referencia en los apartados 2.2 y 2.3.2), sosteniendo que no toda alteración del mundo exterior puede ser considerada un daño en sentido jurídico, ya que se requiere: (1) que la afectación recaiga o afecte un interés lícito y (2) que sea antijurídica, es decir, que el ordenamiento jurídico no imponga el deber de soportarla en términos resarcitorios. Se sostuvo que es la ley la encargada de definir o establecer qué situaciones son o deben ser toleradas por los ciudadanos, y dentro de los ejemplos de estas afectaciones o restricciones legítimas se colocan el servicio militar obligatorio, el pago de impuestos y el decomiso y la destrucción de mercancías de contrabando, entre otros.

En relación con la característica establecida en el numeral 1 (que la afectación recaiga o afecte un interés lícito), es inherente a la noción del daño en la medida que el daño es definido por la doctrina y la jurisprudencia en términos generales como toda afectación a un interés o derecho protegido por el ordenamiento jurídico (Tamayo Jaramillo, 2007; Henao, 2015; Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12166. María Elena Giraldo Gómez: 14 de septiembre de 2000; Consejo

²⁷ Altos de Teusacá S.A. contra CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR. En esta providencia, decidió la Subsección A de la Sección Tercera del Consejo de Estado el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, que negó las pretensiones de la demanda, con la cual se pretendía la indemnización de los presuntos perjuicios causados con la presunta omisión administrativa en el trámite de licencias ambientales.

de Estado. Sección Tercera. Expediente 29828. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 12 de noviembre de 2014, entre otras).

Respecto a la característica incluida en el numeral 2 (antijuridicidad), se discute a lo largo de este trabajo su necesidad y la utilidad de su inclusión.

En esta providencia se indicó que es la ley la encargada de indicar en qué casos el daño debe ser soportado y se colocaron como ejemplos de daños soportables el servicio militar obligatorio, el pago de impuestos y el decomiso y la destrucción de mercancías de contrabando. Ahora bien, si se examinan con detenimiento estos casos es difícil sostener que existe un daño, en los términos en que el mismo ha sido definido por la doctrina, pues los primeros dos son obligaciones impuestas por la Ley y en la segunda no existe afectación a un interés legítimo, siendo este uno de los elementos necesarios para que exista daño. De aceptar que estos ejemplos constituyen un daño, tendríamos que aceptar que constituyen daño todas las obligaciones impuestas legalmente, como, por ejemplo, el cumplimiento de las normas de tránsito o de las normas en materia ambiental. Estos ejemplos, en vez de aclarar el panorama, evidencian la dificultad que existe para sustentar en la práctica el concepto de daño jurídico, con lo cual se intenta delimitar a su vez la figura opuesta, es decir, el daño antijurídico.

Aun reconociendo que en estos casos nos encontramos frente a un daño, entendiendo este concepto en sentido amplio, tal y como sostiene el profesor Zapata García (2019) en relación con el pago del impuesto, debemos advertir que falta la nota de accidentalidad, ya que tanto el servicio militar obligatorio, el pago de un impuesto y el decomiso y la destrucción de mercancías de contrabando están precedidos de la ley o de una decisión de la administración, y por tanto son situaciones que no pueden equipararse a las que se presentan cuando se causa un daño a otro, y es precisamente ese hecho la fuente de la obligación.

En esta providencia se afirmó también que el papel del Juez es fundamental en la medida en que en cada caso concreto es quien determina si el daño sufrido ostenta o no la nota de antijuridicidad. Este argumento había sido sostenido en la

aclaración de voto realizada por el consejero Enrique Gil Botero a la sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 15726, que fue analizada en el apartado 2.3.2.

Se sostuvo también que para que el daño antijurídico sea indemnizable requiere que se constaten unos elementos tales como la certeza; que sea personal, que sea lícito y persistente, puntos sobre los cuales existen pronunciamientos reiterados del Consejo de Estado a los que hicimos alusión en el apartado 2.2.5, cuando se hizo referencia a las cualidades del daño.

3.4. Recapitulación- Desarrollo del concepto de daño antijurídico por el Consejo de Estado en los tres períodos estudiados

Después de realizar la revisión de cuarenta y nueve (49) sentencias en los tres (3) subperíodos en los que se dividió el intervalo de tiempo que transcurrió de la Constitución Política de 1991 a la fecha, encontramos que la construcción de la noción de daño antijurídico por parte del Consejo de Estado no ha tenido grandes sobresaltos, sino que por el contrario ha sido muy uniforme.

A la fecha continúa imperante la definición de daño antijurídico como aquel que no se tiene el deber jurídico de soportar, o que carece de causales de justificación, nociones, reiteramos, un tanto simplistas, que parecen diáfanos, pero que generan no pocos problemas prácticos dadas las dificultades a las que nos enfrentamos al intentar determinar en qué casos un daño es justificado o debe ser soportado por la víctima, pregunta que no es resuelta de forma satisfactoria por el Consejo de Estado.

En sentencias recientes la Corporación ha intentado delimitar el concepto estableciendo unas causales que dan lugar a la justificación del daño (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 29828. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 12 de noviembre de 2014)²⁸, o se indica que será la ley la encargada de determinar en qué casos el daño se debe soportar, y que le corresponde al Juez en cada caso

²⁸Las causales indicadas por el Consejo de Estados son: (i) contrario a la Constitución Política o a la Ley; (ii) irrazonable en términos de derechos constitucionalmente protegidos y (iii) cuando no encuentra sustento en la prevalencia del interés general. Esta sentencia fue referenciada en el acápite 2.4.2.

evaluar si nos encontramos frente a un daño justificado o no (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 37304. Marta Nubia Velásquez Rico: 27 de agosto de 2017).

Ello no resuelve la inquietud planteada; se intenta demarcar el concepto de daño antijurídico a partir de la concreción del concepto opuesto, es decir, del daño jurídico, pero incluso al analizar con detenimiento los ejemplos incluidos en las providencias como daños soportables (impuesto, destrucción de mercancía de contrabando y servicio militar obligatorio), se advierte que los mismos no constituyen un daño en la forma en que éste ha sido definido por la doctrina y la jurisprudencia, ya que en todos ellos existen normas jurídicas previas que sustentan la erogación o el servicio.

Tal como se cuestiona por parte de Tamayo Jaramillo (1997) nos encontramos ante un juego de palabras, porque para poder determinar cuándo un daño es antijurídico, debemos preguntarnos, por exclusión de materia, cuándo el daño es jurídico, y la respuesta es que es jurídico cuando quien lo sufre tiene la obligación de soportarlo, y si cuestionamos cuándo quien lo sufre tiene la obligación de soportarlo, la respuesta es cuando el Estado tiene el derecho de causarlo, y si nos preguntamos cuando el Estado tiene el derecho de causarlo, no existe una respuesta a este interrogante (p. 31).

En estas circunstancias, llama la atención que no se evidenció que por parte de la Corporación se cuestionara la noción de daño antijurídico, ni su necesidad y utilidad, evidenciándose por demás que su uso no es uniforme y que en algunos casos incluso el calificativo de antijuridicidad no agrega nada a los análisis realizados. Por ejemplo, trayendo a colación los mismos supuestos fácticos de algunas de las sentencias estudiadas en los acápite anteriores, se encontró:

- i) Que en algunos casos se resolvió el problema jurídico estudiando únicamente el elemento daño “antijurídico”, dejando de lado la imputación. Esto sucedió en la sentencia proferida el 31 de octubre de 1991, con ponencia del magistrado Julio Cesar Uribe Acosta, en la que se condenó al Estado al reconocimiento de los perjuicios causados a

una persona que transitaba en un vehículo particular por una carretera del orden nacional y que sufrió lesiones al caerle una piedra sobre el vehículo. En esta providencia se sostuvo que “los ciudadanos que transitan por las vías públicas no tienen por qué soportar ningún detrimento patrimonial por el hecho de hacerlo” (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 6515. Julio Cesar Uribe Acosta: 31 de octubre de 1991).

- ii) En otros casos, para evaluar si existió un daño antijurídico o no, se acudió a las “*cualidades*” del daño antijurídico. Ello tal como se sostuvo en sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, del 14 de septiembre de 2000, dictada dentro del expediente 12166, con ponencia de la consejera María Elena Giraldo Gómez, en la que se confirmó la sentencia de primera instancia que condenó al pago de los perjuicios causados en accidente con vehículo oficial. Así mismo, en sentencia proferida el 27 de septiembre de 2000, dictada dentro del expediente 11601, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, se negaron las pretensiones de la demanda consistentes en reconocer los perjuicios causados por vinculación a proceso disciplinario y penal, al considerar que el daño causado no cumplía con la característica de “anormalidad”.
- iii) En algunos casos, la Sección Tercera del Consejo de Estado resolvió la situación fáctica evaluando si el daño reviste o no el calificativo de “antijuridicidad”. Así sucedió en el caso estudiado en sentencia del 5 de diciembre de 2005, expediente 12158, con ponencia del consejero Alier Eduardo Hernández Enríquez, en el que una constructora pretendía que un municipio indemnizara los presuntos perjuicios causados por suspensión de una licencia de construcción. La Sección Tercera del Consejo de Estado concluyó que sólo la confianza legítima era merecedora de protección jurídica, y que en el caso, el daño había sido propiciado o auspiciado por la ignorancia inexcusable de los

particulares respecto de situaciones que debían ser de su conocimiento, circunstancias en las cuales consideró que no estaba acreditada la existencia de un daño antijurídico, situación que conllevó a la denegación de las pretensiones de la demanda.

- iv) En algunos casos, al momento de hacer el análisis del caso concreto, la Sección Tercera del Consejo de Estado se refirió únicamente al concepto de daño, prescindiendo del calificativo de antijuridicidad. Así sucedió en la sentencia del 9 de octubre de 2014, dictada dentro del expediente 40411, con ponencia del consejero Ramiro Pazos Guerrero, en la cual se condenó a la indemnización de los perjuicios causados por la Nación-Ministerio de Defensa y Policía Nacional con ocasión de la agresión física infligida por agentes estatales durante el desarrollo de un procedimiento de policía ilegal.

Así mismo, con el fin de darle contenido a la noción, el Consejo de Estado ha ido consolidando unas características del daño y del daño antijurídico, las cuales, en principio, no parecen ser exclusivas del daño en la responsabilidad estatal, punto en el que ahondaremos una vez nos adentremos en la noción de daño adoptada por la Corte Suprema de Justicia. Se advierte también que a pesar de que se indica que el daño antijurídico es un elemento común tanto a la responsabilidad contractual como extracontractual del Estado, el desarrollo de la noción y sus características se ha dado de forma preponderante en la responsabilidad extracontractual; pareciera ser que la responsabilidad contractual del Estado es analizada bajo otros esquemas, punto que requeriría hacer un análisis más profundo que excede los objetivos de este trabajo, no obstante de forma preliminar podemos advertir que al realizar la búsqueda de las sentencias que desarrollan el concepto de daño antijurídico para realizar su análisis, se encontró que la mayoría corresponde a providencias proferidas dentro de procesos de reparación directa, es decir, en los que se analiza la responsabilidad extracontractual del Estado.

Habiendo realizado este acercamiento a la noción de daño antijurídico desarrollada por el Consejo de Estado, en el capítulo siguiente nos adentraremos en

la noción de daño adoptada por la Corte Suprema de Justicia, a la par que iremos realizando el comparativo entre ambas nociones.

4. Tercer capítulo

Concepto de daño en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y su comparación frente al concepto de daño antijurídico desarrollado por el Consejo de Estado

Teniendo en cuenta que el objetivo de este trabajo es realizar un comparativo entre el concepto de daño antijurídico desarrollado por el Consejo de Estado a partir de la Constitución Política de 1991 y el concepto de daño adoptado por la Corte Suprema de Justicia, se procedió a realizar una búsqueda de providencias en las que la Corte Suprema de Justicia haya desarrollado la noción de daño y sus características.

Para realizar la búsqueda se tomó como límite temporal inicial el año 1991, con el único fin de que al momento de hacer el comparativo, podamos partir de la posición reciente de la Corporación. No obstante, es menester advertir que el concepto de daño viene siendo desarrollado por la Corte Suprema de Justicia desde mucho tiempo atrás, y que su desarrollo no devino en virtud de la Constitución Política de 1991, razón por la cual no se consideró necesario hacer la subdivisión del período objeto de estudio en subperiodos, como si se hizo con el Consejo de Estado.

Después de realizar la búsqueda, se seleccionaron 16 sentencias para análisis, que referencio en la siguiente tabla y que desarrollan el concepto de daño y/o sus características:

Sentencias seleccionadas	Total
(1) Expediente 4897 (9 de agosto de 1999); (2) expediente 6367 (27 de septiembre de 2000); (3) expediente 5502 (4 de abril de 2001); (4) expediente 6623 (25 de febrero de 2002); (5) expediente 7326 (26 de noviembre de 2003); (6) referencia 17042-3103-001-2005-00103-01 (9 de septiembre de 2010); (7) referencia 08001-3103-008-1994-26630-01 (16 de septiembre de 2011); (8) referencia 08001-3103-008-1994-26630-01 (1 de noviembre de 2013); (9) referencia 11001-31-03-003-2003-00660-01 (5 de agosto de 2014); (10) referencia 05001-31-03-003-2005-00174-01 (24 de agosto de 2016); (11)	16

11001-31-03-008-2000-00196-01 (17 de noviembre de 2016); (12) 11001-31-03-019-2005-00327-01 (14 de agosto de 2017); (13) 11001-31-03-032-2011-00736-01 (21 de febrero de 2018); (14) 23660-31-03-001-2009-00004-01 (14 de diciembre de 2020); (15) 08001-31-03-003-2008-00234-01 (15 de febrero de 2021) y (16) 11001-31-03-036-2009-00278-01 (22 de febrero de 2021).	
--	--

De las sentencias seleccionadas se intentará extraer la noción de daño adoptada por la Corte Suprema de Justicia, como también, la posición de la misma respecto a si el daño es elemento fundamental e invariable en cualquier régimen de responsabilidad y las cualidades de este. A la par que se realizará esta tarea, se adelantará el comparativo con la posición que frente a estos tópicos ha adoptado el Consejo de Estado, de acuerdo con el análisis que fue realizado en el capítulo anterior.

4.1. Concepto de daño

En sentencia del 27 de septiembre de 2000, dictada dentro del expediente 6367²⁹, con ponencia del magistrado Jorge Santos Ballesteros, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, indicó que tal como ha sostenido con persistencia, el daño, es el menoscabo antijurídico de un interés tutelado por la ley, que ante todo debe ser cierto. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 6367. Jorge Santos Ballesteros: 27 de septiembre de 2000).

Denota lo anterior que la definición de daño tiene un componente eminentemente jurídico, es decir, daño no es la simple afectación o menoscabo (fenómeno físico), toda vez que se indica, el menoscabo debe ser antijurídico y el interés afectado debe ser un interés tutelado por la ley.

Posteriormente en sentencia del 16 de septiembre de 2011, con ponencia del magistrado Arturo Solarte Rodríguez, radicación 08001-3103-008-1994-26630-01³⁰,

²⁹ COOPERATIVA DE HOSPITALES LTDA (EN LIQUIDACION) contra el SERVICIO DE SALUD DE BOGOTA. Resolvió la Sala el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia que negó las pretensiones de la demanda.

³⁰ ALFONSO, NATALIA, MARCIA ALEJANDRA, ALICIA y GUILLERMO PAZOS ÁLVAREZ, LUZ MAR PAZOS LÓPEZ y MANUEL ANDRÉS PAZOS CADENA, quien obra como heredero y representante de la sucesión intestada del señor Manuel Pazos López, en contra de la sociedad CELULOSA Y PAPEL DE COLOMBIA. Mediante esta providencia dictó la Sala sentencia sustitutiva.

se sostuvo que el daño es el “detrimento, menoscabo o deterioro, que afecte bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con los bienes de su personalidad, o con su esfera espiritual o afectiva” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 19001-3103-003-2005-00058-01. Arturo Solarte Rodríguez: 16 de septiembre de 2011).

Esta definición fue reiterada en sentencia del 1 de noviembre de 2013, dictada dentro del expediente 08001-3103-008-1994-26630-01, con ponencia del mismo magistrado. Esta a su vez fue reiterada en sentencia del 10 de mayo de 2016, dictada dentro del expediente 11001-31-03-008-2000-00196-01, con ponencia del magistrado Álvaro Fernando García Restrepo; así mismo en sentencia del 14 de agosto de 2017, con ponencia del magistrado Luis Alonso Rico Puerta, radicación 11001-31-03-019-2015-00327-01 y en términos generales, en sentencia del 15 de febrero de 2021, dictada dentro del expediente 08001-31-03-003-2008-00234-01, con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, en la cual se sostuvo que el daño es el menoscabo que la conducta dañosa del victimario irroga al patrimonio, sentimiento, vida de relación o bienes de especial protección de la víctima (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 08001-31-03-003-2008-00234-01. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: 15 de febrero de 2021).

Se puede considerar que esta definición ha sido acogida de forma general por la Corporación y que es la posición mayoritaria a la fecha. Conforme a ella, tenemos que el daño no es una simple situación fáctica de disminución o menoscabo, ya que el mismo tiene un carácter jurídico o normativo, puesto que se requiere que la afectación o menoscabo recaiga sobre un derecho o interés protegido por el ordenamiento jurídico. De acuerdo con lo anterior, se pueden extraer los siguientes dos elementos de la definición.

- i) Que exista un detrimento, menoscabo o disminución.
- ii) Que dicho detrimento, menoscabo o disminución recaiga sobre derechos o intereses protegidos por el ordenamiento jurídico.

Esto último es lo que se ha entendido corresponde al carácter jurídico o normativo del daño. En relación con este punto, en providencia del 24 de agosto de 2016, con

ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, dentro del expediente radicado 05001-31-03-003-2005-00174-01, se sostuvo que para que exista un daño resarcible, debe tratarse de una lesión a un bien jurídico que goza de protección legal o constitucional, por lo que se considera que es el sistema jurídico el que fija las pautas para determinar cuando existe un daño. En este sentido se indicó:

El sufrimiento de un mal, menoscabo o detrimento en sentido '*natural*' no es motivo suficiente para considerar la presencia de un daño resarcible, pues debe tratarse de una lesión a un bien jurídico que goza de protección constitucional o legal, de suerte que dicha trasgresión faculta a su titular para exigir su indemnización por la vía judicial, es decir que el bien vulnerado ha de tener un valor para el derecho, y tal situación se deduce del amparo que el ordenamiento le otorga. El criterio para establecer la existencia del daño es, entonces, normativo; lo que quiere decir que los valores, principios y reglas del propio sistema jurídico dictan las pautas para determinar lo que debe considerarse como daño. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 05001-31-03-003-2005-00174-01. Ariel Salazar Ramírez: 24 de agosto de 2016).

De esta forma, se realizó un acercamiento, en términos generales al concepto de daño en la jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Justicia. Ahora bien, si se compara esta definición, con la definición de daño antijurídico adoptada por el Consejo de Estado, conforme a la cual, el daño antijurídico es aquel daño causado a un interés patrimonial protegido por el ordenamiento jurídico que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar o que no tiene causales de justificación, pareciera como si el daño antijurídico fuera una especie del género daño, un daño cualificado, que requiere que además de la afectación al interés legítimo, no exista el deber jurídico de soportarlo o no hayan causales de justificación.

Ello fue sostenido por el Consejero de Estado Enrique Gil Botero en la aclaración de voto a la sentencia del 30 de julio de 2008, expediente 15726, que fue objeto de análisis en el capítulo anterior, en la cual se sostuvo que el daño jurídicamente relevante es considerado una especie del daño en su sentido genérico, y el daño antijurídico, una especie del daño jurídico relevante. Si bien, ello desde el punto de vista de la lógica es cierto, vale la pena preguntarse si dicho calificativo resulta necesario, cuando nos movemos del ámbito de la responsabilidad de los particulares a la responsabilidad del Estado.

En relación con que el daño no se tiene el deber jurídico de soportar, en línea con lo sostenido por el profesor Zapata García (2019), se reitera que el hecho que el daño lo deba o no soportar por la víctima, solo se determina cuando se examinan todos los elementos de la responsabilidad (185) y se evalúa si en esas circunstancias concretas el daño puede imputársele a otro, que en el caso sería el Estado.

Frente a que el daño carezca de causales de justificación, entendiendo ello como que no es justificado por el derecho o por la ley, esta expresión no deja de dar lugar a equívocos toda vez que tal como advertimos al hacer el acercamiento a la noción de daño antijurídico en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en responsabilidad civil también existe jurisprudencial y doctrinalmente causales de justificación. Ahora bien, todos los daños que son objeto de indemnización deben ser ajenos a la configuración de causales de justificación; esa es la razón por la cual resultan indemnizables, por lo que ello no le agrega nada al concepto de daño, como elemento de la responsabilidad.

Con el concepto de daño antijurídico es como si se pretendiera anticipar el análisis de la responsabilidad, incluyendo todos sus elementos, en la noción de daño.

Con el fin de proseguir con el análisis, a partir de las sentencias seleccionadas se revisarán algunos aspectos en relación con el elemento daño, que hacen parte del entendimiento de la noción de daño antijurídico por parte del Consejo de Estado, y que según se indica en algunas providencias, justifican dicha figura. Tal como se evidenciará a continuación, dichos tópicos también hacen parte de la noción de daño adoptada en responsabilidad civil por la Corte Suprema de Justicia, lo que deja en

entredicho que sean ellos los que justifiquen la introducción del calificativo de antijuridicidad.

4.2. El daño como elemento fundamental e invariable en cualquier régimen de responsabilidad

Ha sostenido el Consejo de Estado que el artículo 90 de la Constitución Política otorgó una mayor autonomía a la responsabilidad del Estado, comparada con la responsabilidad de los particulares, y que la consagración del daño antijurídico en dicha disposición trajo consigo un cambio en el régimen de responsabilidad del Estado. Lo anterior, toda vez que, de acuerdo con la Corporación, el fundamento de la responsabilidad pasó de estar en la conducta del agente a centrarse en el daño (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expedientes 10948-11643. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 8 de mayo de 1995). Este punto fue reiterado en varias sentencias de la misma Corporación e incluso fue uno de los fundamentos de las ponencias presentadas en el seno de la Asamblea Constituyente frente al proyecto de norma. (Lleras y Tangarife, 1996, p. 360).

Otro aspecto que hace parte del entendimiento de la noción de daño antijurídico por parte del Consejo de Estado es que se considera que este es un elemento invariable en cualquier clase o régimen de responsabilidad, sea responsabilidad contractual o extracontractual del Estado. Este punto fue desarrollado entre otras, en providencia del 8 de mayo de 1995, emitida dentro del expediente 8118, con ponencia del consejero Juan de Dios Montes Hernández, que fue analizada en el capítulo anterior.

Ahora bien, al hacer el análisis de la noción de daño adoptada por la Corte Suprema de Justicia encontramos que dichos axiomas también constituyen pilares de la responsabilidad civil, es decir, no son exclusivos de la responsabilidad del Estado, por lo que a partir de ellos no se podría justificar la existencia de la figura del daño antijurídico.

Es así como en sentencia del 4 de abril de 2001, dictada dentro del expediente No. 5502³¹, con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sostuvo que el daño es el requisito fundamental de la responsabilidad civil, ya sea en el plano contractual o extracontractual. En dicha providencia se sostuvo:

En materia de la responsabilidad civil, resulta imperativo para la prosperidad de las pretensiones esgrimidas por la parte actora, que los elementos que la estructuran se encuentren debidamente comprobados, entre ellos, por supuesto, el daño, requisito que, *mutatis mutandis*, se erige en la columna vertebral de la responsabilidad civil, en concreto de la obligación resarcitoria a cargo de su agente (victimario), sin el cual, de consiguiente, resulta vano, *a fuer* de impreciso y también hasta especulativo, hablar de reparación, de resarcimiento o de indemnización de perjuicios, ora en la esfera contractual, ora en la extracontractual, habida cuenta de que “Si no hay perjuicio”, como lo puntualiza la doctrina especializada, “...no hay responsabilidad civil” (Corte Suprema de Justicia. Expediente 5502. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: 4 de abril de 2001).

En el mismo sentido se pronunció esta Corporación, en sentencia proferida el 26 de noviembre de 2003 dentro del expediente 7326, con ponencia del magistrado Edgardo Villamil Portilla. La sentencia dictada dentro del expediente No. 5502 a la que hicimos referencia anteriormente fue reiterada en la sentencia calendada el 9 de septiembre de 2010, proferida dentro del proceso radicado 17042-3103-001-2005-00103-01, con ponencia del magistrado William Namén Vargas y en sentencia del 12 de junio de 2018, proferida dentro del radicado 11001-31-03-032-2011-00736-01, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, entre otras, lo que nos

³¹José Ignacio Vanegas Rodríguez y otros contra Fabio Pinzón Henao.

permite colegir que corresponde a una posición consolidada y actual de la Corporación.

En la misma línea, en sentencia del 5 de agosto de 2014, dictada dentro del expediente radicado 11001-31-03-003-2003-00660-01³², con ponencia del magistrado Ariel Salazar Ramírez, la Sala señaló que el daño es considerado actualmente el tema central de la responsabilidad civil, en tanto el interés se concentra en la reparación de la afectación causada a la víctima. En dicha sentencia se señaló:

El estudio del daño ha adquirido una importancia cada vez mayor en los últimos tiempos, al punto que para muchos autores el análisis de ese elemento constituye en la actualidad el tema central de la responsabilidad civil, pues ya no se lo examina como un simple asunto accesorio al factor de imputación, sino que se le concede todo el protagonismo que le otorgan una sociedad y una cultura jurídica interesadas en la reparación del derecho o bien vulnerado, en el reconocimiento del valor de la persona humana, en la reivindicación del nombre de las víctimas y en la obtención de su perdón por haber resultado agredida su dignidad. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-31-03-003-2003-00660-01. Ariel Salazar Ramírez: 5 de agosto de 2014.)

Recientemente en sentencia del 14 de diciembre de 2020, dictada dentro del expediente radicado 23660-31-03-001-2009-00004-01, con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo se indicó que el daño es el sustrato del débito indemnizatorio, elemento *sine qua non* para la estructuración de responsabilidad en cualquiera de sus vertientes (precontractual, contractual y extracontractual). (Corte

³² Fernando Augusto García Matamorros y otra en contra del Banco Granahorrar S.A. Decidió la Corte el recurso extraordinario de casación que interpuso la parte actora contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá.

Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 23660-31-03-001-2009-00004-01. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: 14 de diciembre de 2020)

Es evidente entonces que la Corte Suprema de Justicia desde tiempo atrás y de forma consolidada, ha considerado que el elemento daño es el eje fundamental e invariable en cualquier régimen de responsabilidad, posición que continúa vigente a la fecha. Por tanto, este es un tópico que no es exclusivo de la responsabilidad del Estado y que tampoco tuvo como origen la consagración en el artículo 90 del daño antijurídico, por lo que no podemos sostener que fue con dicha norma que el fundamento de la responsabilidad pasó de la conducta del agente al resarcimiento de la víctima. En responsabilidad civil también se ha centrado la institución en el elemento daño y el resarcimiento de la víctima, sin que fuera necesario para ello introducir la figura del daño antijurídico.

4.3. Cualidades del daño

El Consejo de Estado ha identificado dentro de las cualidades del daño antijurídico que sea cierto o determinado; particular, anormal y protegido jurídicamente. Al respecto puede revisarse entre otras la sentencia del 14 de septiembre de 2000, dictada dentro del expediente 12166, con ponencia de la consejera María Elena Giraldo Gómez, que fue referenciada en el capítulo anterior. (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12166. María Elena Giraldo Gómez: 14 de septiembre de 2000.)

Ahora bien, al contrastar dichas características con las características que la Corte Suprema de Justicia le dado al elemento daño, encontramos algunas coincidencias, tal como se evidenciará a continuación.

En sentencia del 9 de agosto de 1999, con ponencia del magistrado José Fernando Ramírez Gómez, dictada dentro del expediente 4897³³, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia se refirió a la certeza del daño, indicando que el daño para que sea indemnizable debe ser cierto, pero no

³³ Uigberto Elainer García Pardo y otro contra Jaime Alberto Gaitán Buitrago y otro. Resolvió la Sala mediante esta providencia el recurso de Casación interpuesto por los demandantes.

necesariamente actual, ya que también se indemniza el daño futuro. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 4897. Jose Fernando Ramírez Gómez: 14 de septiembre de 2000.)

La característica de certeza del daño también fue analizada en sentencia del 27 de septiembre de 2000, dictada dentro del expediente No. 6367, con ponencia del magistrado Jorge Santos Ballesteros, a la cual ya habíamos hecho referencia anteriormente, en la cual se sostuvo que el daño, ante todo, debe ser cierto en su existencia.

Recientemente, en sentencia del 15 de febrero de 2021, dictada dentro del expediente radicado No. 08001-31-03-2008-00234-01, con ponencia del magistrado Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, se identificaron los siguientes caracteres del elemento daño, con apoyo en sentencias proferidas por la misma Corporación:

Para que el daño sea susceptible de ser reparado se requiere que sea «‘directo y cierto’ y no meramente ‘eventual o hipotético’, esto es, que se presente como consecuencia de la ‘culpa’ y que aparezca ‘real y efectivamente causado’ (Sentencias de 26 de enero de 1967 (CXIX, 11-16) y 10 de mayo de 1997, entre otras)» (SC, 27 mar. 2003, exp. n.º C-6879); asimismo, debe afectar un interés protegido por el orden jurídico (SC13925, 30 sep. 2016, rad. n.º 2005-00174-01)

De acuerdo con esta providencia podemos identificar las siguientes características del elemento daño:

- i) Directo.
- ii) Cierto.
- iii) Debe afectar un interés protegido por el orden jurídico.

Las características ii) y iii) identificadas anteriormente coinciden con características que el Consejo de Estado ha identificado en la noción de daño antijurídico, tal como

se referenció al inicio de este acápite, lo que permite concluir que ambos conceptos no son diametralmente opuestos.

En relación con el carácter que el Consejo de Estado ha denominado anormalidad, se debe advertir que no se evidenció que la Corte Suprema de Justicia desarrollara el mismo en su jurisprudencia; esta característica, en términos de lo sostenido por aquella Corporación hace alusión a que no cualquier daño debe ser reparado, sino aquel que excede los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones a una persona que vive en sociedad (Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12158. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 14 de septiembre de 2000). Al parecer estaría más relacionado con el equilibrio frente a las cargas públicas, aspecto que no hace parte de la noción de daño desarrollada por la Corte Suprema de Justicia y que discutimos en todo caso a lo largo de este trabajo su necesidad y utilidad.

5. Conclusiones

Con el presente trabajo, más que dar respuesta a un problema jurídico, se buscó visibilizar una discusión que no ha tenido, en nuestra opinión, el suficiente eco en la jurisprudencia y la doctrina, y la misma consiste en analizar si el calificativo de antijuridicidad, introducido por la Constitución Política de 1991 y al cual el Consejo de Estado ha venido llenando de contenido por medio de su jurisprudencia, en realidad resulta útil y necesario para efectos de sustentar la responsabilidad del Estado.

Lo que se evidenció, a partir del análisis jurisprudencial realizado es que el elemento daño y el elemento daño antijurídico, no son diametralmente distintos como parece a simple vista. Ambos son conceptos normativos que tiene la misma definición base: aminoración o afectación de un interés legítimo. Sin embargo, al daño antijurídico en términos conceptuales, se ha entendido por la jurisprudencia del Consejo de Estado como un daño cualificado, en la medida en que se sostiene obedece al daño que no se tiene el deber jurídico de soportar o que carece de

causales de justificación. Esta noción resulta un tanto simplista, a pesar de lo cual ha sido acogida sin mayor discusión en el ámbito de la responsabilidad estatal.

Ahora bien, no ha sustentado la jurisprudencia del Consejo de Estado de forma satisfactoria cuándo el daño se debe soportar o cuáles son las causales de justificación. Incluso los ejemplos que las providencias consagran de daños justificados, tales como el pago de un impuesto, el decomiso de mercancía de contrabando y el pago del servicio militar obligatorio, no constituyen daños, en los términos descritos, en la medida en que existe una ley o acto administrativo que justifica el pago del impuesto, el decomiso de la mercancía de contrabando y la prestación del servicio militar obligatorio. Por dicha vía podríamos considerar daño cualquier restricción a la libertad que surge de la vida en sociedad, como, por ejemplo, el acatar las normas de tránsito o el cumplimiento de las normas del Código de Convivencia Ciudadana.

Así mismo, se encontró que algunas características que la jurisprudencia de esta Corporación ha consolidado respecto al daño antijurídico, y que incluso se ha indicado que sustentan su inserción en el ordenamiento jurídico de nuestro país, se corresponden en términos generales con características que la Corte Suprema de Justicia también ha consolidado desde tiempo atrás respecto al elemento daño, lo que deja en entredicho que sean estas las que justifican su existencia.

En responsabilidad del Estado se ha sostenido que el daño antijurídico es el fundamento de la responsabilidad tanto contractual como extracontractual, y que la introducción de dicho concepto significó un giro en el sistema de responsabilidad estatal, el cual pasó a gravitar en torno a la víctima y el daño causado, dejando a un lado al agente y su comportamiento. El análisis jurisprudencial realizado evidenció que en responsabilidad civil desde años atrás se ha sostenido también que el daño es el elemento fundamental de la responsabilidad, tanto en el ámbito extracontractual como contractual, y que en el análisis debe privilegiarse la posición de la víctima y el resarcimiento del daño que se le ha causado, siendo este el primer elemento que debe estudiarse en los juicios de responsabilidad.

En el mismo sentido, caracteres como la certeza del daño y que este afecte un interés jurídicamente protegido existen tanto en el ámbito de la responsabilidad civil como en el ámbito de la responsabilidad del Estado, lo cual evidencia aún más la necesidad de que se evalúe la utilidad del concepto de daño antijurídico, ya que por lo menos desde estas características no se sustenta el mismo.

Tal como sostiene el profesor Pedro A. Zapata García (2019), en su texto fundamento y límites de la responsabilidad del Estado, la responsabilidad es una institución compleja, cargada de elementos y construcciones conceptuales y el daño antijurídico no parece ser un concepto que aporte elementos a dicha institución (186).

Referencias

Céspedes Muñoz, C. (2017). *El daño lícito y el derecho de huelga*. *Revista de derecho*, 47, 250-289. doi: <http://dx.doi.org/10.14482/dere.47.9765>

Código Civil Colombiano (CC). Ley 57 de 1887. Art. 2341 y ss.15 de abril de 1887 (Colombia).

Constitución Política de Colombia. (C.P.). Artículo 90. 7 de julio de 1991 (Colombia)

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-333 de 1996. (M.P. Alejandro Martínez Caballero; agosto 1 de 1996).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1008 de 2010. (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; diciembre 9 de 2010).

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-644 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio: 27 de enero de 2004

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-957 de 2014. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado: 10 de diciembre de 2004.

Corte Constitucional de Colombia. Sentencia SU-355 de 2017. M.P. Iván Humberto Escruce Mayolo; mayo 25 de 2017.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 6454. Julio Cesar Uribe Acosta: 27 de junio de 1991.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 6515. Julio Cesar Uribe Acosta: 31 de octubre de 1991.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 6784. Julio Cesar Uribe Acosta: 25 de noviembre de 1991.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 7130. Julio Cesar Uribe Acosta: 26 de noviembre de 1992.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 7781. Julio Cesar Uribe Acosta: 25 de marzo de 1993.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 7742. Carlos Betancur Jaramillo: 25 de febrero de 1993.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 7622. Carlos Betancur Jaramillo: 12 de julio de 1993.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 8118. Juan de Dios Montes Hernández: 8 de mayo de 1995.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 10948 y 11643. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 21 de octubre de 1999.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 11499. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 11 de noviembre de 1999.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 10867. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 27 de enero de 2000.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 14787. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 3 de febrero de 2000.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12166. María Elena Giraldo Gómez: 14 de septiembre de 2000.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 11601. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 27 de septiembre de 2000.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 12158. Alier Eduardo Hernández Enríquez: 5 de diciembre de 2005.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 15726. Salvamento de voto de Enrique Gil Botero: 30 de julio de 2008.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 21007. Stella Conto Díaz del Castillo: 27 de abril de 2011.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 22366. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 9 de mayo de 2012.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 40411. Ramiro Pazos Guerrero: 9 de octubre de 2014.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 29828. Jaime Orlando Santofimio Gamboa: 12 de noviembre de 2014.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Expediente 37304. Marta Nubia Velásquez Rico: 27 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 4897. José Fernando Ramírez Gómez: 9 de agosto de 1999.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Expediente 6367. Jorge Santos Ballesteros: 27 de septiembre de 2000.

Corte Suprema de Justicia. Sala de casación Civil. Expediente 5502. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo: 4 de abril de 2001.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicado 17042-3103-001-2005-00103-01. William Namén Vargas: 9 de septiembre de 2010.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 19001-3103-003-2005-00058-01. Arturo Solarte Rodríguez: 16 de septiembre de 2011.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-31-03-003-2003-00660-01. Ariel Salazar Ramírez: 5 de agosto de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-31-03-008-2000-00196-01. Álvaro Fernando García Restrepo: 10 de mayo de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 05001-31-03-003-2005-00174-01. Ariel Salazar Ramírez: 24 de agosto de 2016.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 11001-31-03-019-2015-00327-01. Luis Alonso Rico Puerta: 14 de agosto de 2017.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Radicado 11001-31-03-032-2011-00736-01. Luis Armando Tolosa Villabona: 12 de junio de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. SC5170-2018. Margarita Cabello Blanco: 3 de diciembre de 2018.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 23660-31-03-001-2009-00004-01. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: 14 de diciembre de 2020.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Ref.: 08001-31-03-003-2008-00234-01. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo: 15 de febrero de 2021.

De Cupis, A. (1996). *El daño: Teoría General de la Responsabilidad Civil*. [Traducido al español de IL DANNO. Teoria generale della responsabilità Civile] Bogotá, Colombia: Bosch.

Lleras de la Fuente, C. y Tangarife Torres, M. (1996). *Constitución Política de Colombia: Origen, evolución y vigencia*. Medellín, Colombia: Biblioteca Jurídica Diké. Tomo I.

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

Henao, J.C. (2015). Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: Hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de derecho privado*, (28), 277-366. Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/4133>

García de Enterría, E. (1956). *Los principios de la nueva Ley de expropiación forzosa*. Navarra, España: Editorial Aranzadi S.A.

Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Navia Arroyo, F. (2000). La responsabilidad extracontractual del Estado a la luz del artículo 90 de la Constitución Política. *Revista De Derecho Privado*, (6), 211-232. Recuperado a partir de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/659>

Saavedra Becerra, R. 2018. *De la responsabilidad patrimonial del Estado*. Bogotá, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.

Tamayo Jaramillo, J. (1997). *La responsabilidad del Estado. El riesgo excepcional y las actividades peligrosas. El daño antijurídico (Const. Pol., art. 90)*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.

Tamayo Jaramillo, J. (2007). *Tratado de responsabilidad civil*. Tomos I y II. 2a Ed. Bogotá, Colombia: Legis.

Zapata García, P. A. (2019). *Fundamentos y límites de la responsabilidad del Estado. Una lectura unificada de la responsabilidad contractual y extracontractual*. Bogotá, Colombia: Editorial Universidad Externado de Colombia.