



Estado del arte de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y sus elementos en Colombia

State of the art of the Extracontractual Responsibility of the State and its elements in Colombia

GUERRA, Débora L. [1](#) y PABÓN, Liliana D. [2](#)

Recibido: 21/11/2019 • Aprobado: 20/02/2020 • Publicado 12/03/2020

Contenido

- [1. Introducción](#)
 - [2. Metodología](#)
 - [3. Análisis Documental y Resultados](#)
 - [4. Conclusiones](#)
- [Referencias bibliográficas](#)

RESUMEN:

El Derecho de la Responsabilidad Civil pretende como último fin el resarcimiento del daño irrogado a los bienes o la persona de la víctima y a lo largo de la historia ha jugado un papel protagónico en el orden social, al ser una constante en las sociedades la causación de daños entre sus miembros, por lo que, dada la importancia de esta institución jurídica, en el presente trabajo se ha pretendido examinar los principales aspectos de la misma (como lo son su concepto, clases y regímenes), para trasladarlos al estudio de la Responsabilidad Extracontractual del Estado y los elementos que en la actualidad la conforman a partir del desarrollo constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinal que se ha gestado, en torno al deber de reparar que recae sobre el Estado, lo que evidencia la evolución de la misma en Colombia.

Palabras clave: Régimen de responsabilidad, daño, imputación, causalidad

ABSTRACT:

Reparation is a concept about a complete compensation (¿?) it's evolution has been produced by its development un diverse sources aimed all the human rights watch and after national rights. The present study is regarding research that has features looking for the meaning of reparation un Colombia. The legal output is exposed by the "Consejo de estado" in its jurisprudence. The formal source in the laws that acquires even more relevance in the diverse institutions konwlegde which make up the legal code and talking specifically after holistic reparation for victim. In this case, in the damages attributable to the state, what evidences the evolution of it in Colombia.

Keywords: Liability regime, hurt, imputation, causality

1. Introducción

Desde los albores del derecho romano se establecieron tres reglas que gobiernan la convivencia humana, ellas son: "*honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*" (Cuerpo del Derecho Civil Romano, 1889) que traduce, i) no causar daños a los demás, ii) vivir honestamente y, iii) dar a cada uno lo suyo; de las tres, quizás la más importante es la primera, por lo que se convirtió en uno de los principios rectores de toda sociedad civilizada. De manera tal que, todos los ordenamientos jurídicos, de una u otra forma lo incluyen como uno de sus principios.

De esta manera, desde su nacimiento, el derecho considera la sanción jurídica frente a una conducta lesiva de distintas formas; así quien causa un daño tiene el deber legal o al menos

moral, de responder por su conducta, esto es, se halla sujeto a responsabilidad y, en principio, la responsabilidad, se traduce en la obligación de indemnizar o reparar los perjuicios causados a una persona. Esta obligación inicialmente no recaía sobre el Estado, pero esa visión de irresponsabilidad estatal frente a los daños causados por este, ha sido reevaluada en los últimos siglos, dando paso a la creación de una amplia teoría en torno al deber de reparar que surge con ocasión de los daños sufridos por los administrados que le sean imputables, razón por la que resulta útil para quienes pretendan acudir a la administración de justicia reclamando la reparación de las afectaciones causadas, conocer el estado actual del Derecho de la Responsabilidad y particularmente el de la Responsabilidad Extracontractual del Estado, y dentro de ella, los elementos que deben acreditarse para la declaratoria judicial de la responsabilidad.

Para tal efecto, este artículo responde a la siguiente pregunta de investigación: ¿Cuál es el estado actual de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia y los elementos para que ésta sea declarada? Cuyo objetivo principal es establecer precisamente los elementos que componen la responsabilidad extracontractual en Colombia, a partir de su desarrollo legal, doctrinal y jurisprudencial, a fin de evidenciar su evolución en el país.

Conforme a lo expuesto, este artículo se aborda en el ítem de resultados en 4 apartes. En el primero de ellos se hace referencia al concepto y evolución de la responsabilidad; en el segundo a las clases de responsabilidad existentes; en el tercero, se hace un acercamiento a los regímenes de responsabilidad y en el cuarto, el artículo se centra en la responsabilidad extracontractual el Estado, en los elementos constitutivos de la misma, en la conceptualización y evolución de cada uno de ellos en Colombia, para de allí extraer las conclusiones.

2. Metodología

La investigación realizada es jurídica, con enfoque de tipo cualitativo, en el que se desarrolla un análisis documental de diversas fuentes del derecho, partiendo de un estudio general del derecho de la responsabilidad hasta llegar a la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia y sus elementos, identificando el contenido de estos a partir de un examen lógico y sistemático de la información recolectada en la normativa, en la doctrina y en la jurisprudencia colombiana.

3. Análisis documental y resultados

3.1. Concepto de responsabilidad

La responsabilidad civil es una de las figuras jurídicas que más ha evolucionado y se ha desarrollado durante los últimos tiempos en el campo del Derecho. Son muchas las definiciones que se han contemplado con respecto a esta institución jurídica, la bibliografía del tema relaciona varios acercamientos a ella. "Responder" es un verbo de raíz latina ("*responderé*") que tiene muchos significados, de los que interesan particularmente dos definiciones que ofrece la R.A.E., la primera según la cual, responder es "Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal" y la otra acepción, "Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente" (Real Academia de la Lengua Española, 2019). Ambas pueden ser subsumidas, en sentido jurídico, con la que refiere Bustamante Alsina, cuando dice que "responder es dar uno cuenta de sus actos" (López Herrera, 1998).

Existe entonces, responsabilidad en todos los casos en que una persona queda obligada a reparar un daño sufrido por otra. Pues de forma general, la responsabilidad civil es definida como la obligación de asumir las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de un hecho, acto o conducta (Pianol, y otros, 1936 pág. 664).

Por su parte, el Código Civil Colombiano, establece la responsabilidad civil extracontractual en su artículo 2341 como: "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" (Ley 84, 1873).

Desde estas definiciones y especialmente desde la regulación del Código Civil, se han generado también bases fundamentales para determinar la responsabilidad del Estado en el derecho público cuando éste lesiona intereses o derechos de sus ciudadanos. No solamente se debe responder por los hechos o conductas ilícitas sino que también ha sido objeto de estudio el deber de reparar los daños causados aún con actuaciones lícitas realizadas por el Estado.

Así las cosas, a partir de 1991 en la Constitución Política de Colombia, se introduce de forma expresa la definición de responsabilidad a cargo del Estado: "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" (Constitución Política, Asamblea Nacional Constituyente, 1991). En este artículo se define la responsabilidad como la obligación del Estado de reparar los daños que cause en razón de sus actuaciones, norma que no se encontraba consagrada en la Constitución anterior de 1886 y que hoy es determinante de la responsabilidad estatal.

3.2. Las clases de Responsabilidad

La doctrina divide la responsabilidad, según la fuente de donde provenga, esto es, responsabilidad contractual y extracontractual. En el ordenamiento jurídico colombiano se reconoce esta concepción dualista de la responsabilidad civil, dándole un tratamiento diferente a la una y la otra, pues las mismas están reguladas de manera autónoma e independiente en diferentes textos normativos, se originan en causas o fuentes diversas y sus prescripciones en materia de reparación también son diferentes.

La responsabilidad civil contractual ha sido definida por la doctrina especializada como aquella que resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un contrato válido (Tamayo, 2005 pág. 22) y a su vez la responsabilidad civil extracontractual, también denominada delictual o aquiliana, no se origina en el incumplimiento de una obligación contractual sino en un hecho jurídico, ya se trate de un delito o de un ilícito de carácter civil.

3.2.1. Responsabilidad Extracontractual

Se presenta la responsabilidad extracontractual cuando entre quien sufre el daño y quien lo ocasiona no exista vínculo anterior de naturaleza contractual o que, existiendo tal vínculo, el daño no es consecuencia del mismo sino de otra circunstancia. Según los Hermanos Mazeaud, en la responsabilidad extracontractual o delictual "no existía ningún vínculo de derecho entre el autor del daño y su víctima antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad" (Mazeaud, y otros, 1997 pág. 136).

La Corte Suprema de Justicia ha definido la responsabilidad extracontractual como el encuentro accidental y fortuito que proviene de una fuente como lo es la obligación resarcitoria generada por mandato legal y que, para que haya lugar a esta deben concurrir tres elementos: i) culpa, ii) daño y iii) relación de causalidad (Sentencia 5012, 1999) 3.

3.2.2. Responsabilidad Contractual

Se refiere a la obligación de reparar los perjuicios provenientes del incumplimiento, del cumplimiento tardío o del cumplimiento defectuoso de una obligación estipulada en un contrato, por lo que es necesario para que exista este tipo de responsabilidad, la existencia previa de una relación contractual, previa, entre el autor del daño y quien lo sufre y que el perjuicio sea causado con ocasión del incumplimiento en el marco de esa relación.

La doctrina en torno a la responsabilidad contractual presenta dos grupos de teorías; en primer lugar las que consideran que la responsabilidad contractual emana del incumplimiento de una obligación proveniente de un contrato previo y, en segundo término, las que sostienen que se está en presencia de responsabilidad contractual cuando se ha incumplido una obligación emanada no solamente de un contrato, sino cuando se incumple una obligación derivada de vínculo jurídico anterior o de la ley.

En la primera de las corrientes, la cual es mayoritaria, se enmarcan autores como Alessandri 4, los hermanos Mazeaud 5 y Gilberto Martínez Rave 6, mientras que la segunda posición la defienden, entre otros, Gustavo Ordoquí y Ricardo Olivera Ricardo 7.

3.3. Los Regímenes de Responsabilidad

Otra forma de clasificación de la responsabilidad desarrollada por la doctrina es la que la clasifica según sus regímenes, en la responsabilidad objetiva y la responsabilidad subjetiva. Si para aplicar la responsabilidad se examinan tanto el elemento objetivo y el elemento subjetivo de la estructura del *ius puniendi*, se está ante la responsabilidad subjetiva, cuando se analiza el comportamiento, la conducta del autor o causante del daño; si sólo se examina el elemento objetivo, es decir la tipicidad y la antijuricidad, se está ante la responsabilidad objetiva.

3.3.1. Responsabilidad Objetiva

Esta forma de responsabilidad se presenta por la causación material de un resultado lesivo que es el daño, sin consideración de la voluntad del sujeto activo de la conducta, es decir, no se analiza la esfera volitiva del agente causante del daño. Desde la responsabilidad objetiva se presume responsable al agente causante del daño, por el solo hecho del daño, sin interesar si es o no intencional, si actuó con culpa o con dolo, si obró bien o mal.

Para Tamayo Jaramillo la responsabilidad objetiva prescinde de cualquier elemento subjetivo que pueda estar en cabeza de quien causó el daño, señala el autor que las "Circunstancias psicológicas, económicas o externas de cualquier índole, no tienen influencia para efectos de la responsabilidad civil. Probado el vínculo causal entre agente y daño, se produce la responsabilidad; simplemente, se procura equilibrar los patrimonios de víctima y agente responsable" (Tamayo Jaramillo, 1989 pág. 19).

En Colombia, existen casos en los cuales se ha reconocido por la ley y la jurisprudencia, la aplicación de la responsabilidad objetiva, como lo son, entre otros: i) los derivados de accidentes laborales; ii) en materia de responsabilidad extracontractual del Estado, el daño especial, la ocupación de inmueble, perjuicios causados por acto administrativo y expropiación por motivos de utilidad pública; iii) responsabilidad por productos defectuosos; iv) daños al medio ambiente.

No obstante, el desarrollo que en Colombia ha tenido esta figura, es España el país que hoy por hoy se pone a la cabeza en este sentido, pues se ha impuesto la noción de responsabilidad sin falta, consagrándola expresamente y sin reservas en su ordenamiento jurídico. Así, con la expedición de la Ley de Expropiación Forzosa (LEF) en 1954, se estableció en su artículo 121 la indemnización por las lesiones sufridas por los particulares en sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos (García de Entería, y otros, 1993 pág. 369) [8](#), dando inicio con ello al desarrollo constitucional [9](#), legal y jurisprudencial [10](#) que edifica el sistema español de responsabilidad civil de la administración.

En el ordenamiento jurídico español la ley ha eliminado la consideración de los elementos ilicitud y culpa, apoyándose ahora en el criterio de "lesión", referido al perjuicio antijurídico en sí mismo considerado, el cual su titular no tiene el deber jurídico de soportar. Basta entonces que se produzca la lesión por causa de la administración para que ésta deba reparar [11](#).

3.3.2. Responsabilidad Subjetiva

También conocida como la teoría clásica de la culpa, en este caso, el fundamento de la responsabilidad civil se encuentra en la conducta del autor del daño, es decir, para determinar si se está en presencia de responsabilidad, no basta con la ocurrencia del daño, sino que es necesario que ese daño haya devenido del actuar doloso o culposo del autor del mismo.

Así, para establecer la responsabilidad extracontractual con base en la teoría subjetiva, es necesario que se presenten tres elementos, a saber: i) el daño, ii) el actuar doloso o culposo del actor y, iii) la relación de causalidad entre el daño y el actuar doloso o culposo del sujeto generador de este (Bustamente Alsina, 1997). De esa forma, una vez constatada la presencia de estos tres elementos, se considera que se da lugar a una responsabilidad civil, la cual genera el deber de indemnizar los perjuicios por parte del agente generador del daño (quien fue el que actuó con culpa o dolo) a la víctima del mismo.

3.4. La Responsabilidad Extracontractual del Estado

3.4.1. Generalidades

En Colombia la Constitución Política de 1991 introdujo una diferencia sustancial y profunda respecto de la forma como se venía manejando el concepto de la responsabilidad del Estado [12](#), con la consagración en su artículo 90 de la cláusula general de responsabilidad, en virtud de la cual, el Estado es responsable patrimonialmente por los daños antijurídicos que se originen en la acción u omisión de sus autoridades y que a su tenor señala:

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, 1991).

De esta norma se desprende que existe un régimen específico de derecho administrativo en el que: i) La responsabilidad del Estado es directa, por lo cual se desvanece la exigencia de requerir primero al servidor público y, sólo subsidiariamente, al Estado; ii) el Estado responde por el daño

antijurídico, no por la conducta dolosa o culposa de sus agentes y; iii) en el caso de resultar condenado el Estado, este debe repetir contra sus servidores.

La norma constitucional configura un régimen de responsabilidad directo en el que el Estado se alza como garante de los derechos de sus ciudadanos y responsable de los daños cometidos por sus autoridades, desplazando el análisis desde el comportamiento del actor hacia el patrimonio de la víctima, al suponer que el Estado es responsable por el daño antijurídico, sin importar la culpa, entendido entonces, como aquel que la persona perjudicada no está en el deber legal de soportar.

3.4.2. Los elementos constitutivos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

Teniendo en cuenta que la responsabilidad civil implica un hecho o acción originado por una actuación que vulnera un derecho o interés protegido y una consecuente obligación de reparar, este concepto contempla tres elementos que lo constituyen: i) El daño, como elemento esencial; ii) el fundamento, que determina los factores de imputación, es decir, la conducta, la acción, la actividad, la omisión, el hecho, el acto, que señala si la persona debe o no responder, y; iii) la causalidad o imputación, que es la atribución material y jurídica del daño a la persona que lo causó, es decir, el deber de reparar.

Ahora, en el campo de la responsabilidad del Estado, según Motta Castaño, para que esta exista, es necesario que converjan tres elementos: actuación de la Administración, daño o perjuicio y nexo causal entre el daño y la actuación (Motta Castaño, 2010).

Para establecer la responsabilidad de la administración es necesario establecer un primer elemento que es, precisamente, la actuación de la Administración y esta actúa a través de actos, hechos, operaciones, vías de hecho y omisiones [13](#). Se debe aclarar que, tratándose de responsabilidad objetiva, el Estado puede causar un daño sin que la causa sea ilegal o reprochable [14](#).

Otro elemento de la responsabilidad administrativa, es el daño. Libardo Rodríguez citando a André de Laubadère, señala que el daño es "la lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que el padecimiento moral que la acongoja" (Rodríguez, 2005 pág. 453). El Estado será responsable, cuando con su actuación haya producido un daño que reúna ciertas características: que sea cierto o real, que sea anormal, que sea especial y que se refiera a una situación legalmente protegida. Sin embargo, dentro del contexto del artículo 90 constitucional, es necesario que el daño sea además, antijurídico, es decir, que el sujeto que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo (Motta Castaño, 2010).

El tercer elemento es el nexo causal, entre la actuación imputable a la Administración y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, lo que quiere decir que el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación [15](#).

3.4.2.1. El daño

Según Henao, "El daño es un requisito indispensable para que surja la responsabilidad civil; es más, es su punto de partida, pero su existencia es independiente de que haya o no un responsable que deba repararlo" (Henao, 1998 pág. 191). Lo que se traduce en que, el daño es la causa de la reparación y esta es la finalidad última de la responsabilidad civil (Henao, 1998 pág. 37) [16](#).

El Consejo de Estado colombiano concluye que el daño es "el menoscabo de las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial; es el "perjuicio, es decir, la aminoración o alteración de una situación favorable", o la lesión de un interés jurídicamente relevante. La jurisprudencia colombiana ha señalado que el daño no sólo es el primer elemento de la responsabilidad del Estado, sino que es un elemento imprescindible, porque sin él no hay lugar a declararla, por lo que en su ausencia, resulta inoficioso verificar si se haya o no demostrada la imputación del daño a la entidad demandada (Sentencia 18425, 2010).

Sin embargo no todo daño se traduce directa o indirectamente en un menoscabo de valores económicos, pues existen daños cuyo contenido no es una suma de dinero, ni una cosa comercialmente reducible en dinero, sino que se trata del dolor, la emoción, la aflicción física o moral y, en general, una sensación dolorosa experimentada por la persona (Borrel Maciá, 1958), con lo que se adentra la concepción del daño en los umbrales del "daño moral", que si bien se traduce en un resarcimiento pecuniario no afecta valores económicos.

Ahora, si bien es cierto, que no todo daño es un perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, también es cierto, que el daño es siempre un menoscabo resarcible pecuniariamente, esto es, que cuando el daño ha consistido en un perjuicio apreciable en el patrimonio de la víctima (daño

patrimonial), el resarcimiento compensa de un modo u otro, los bienes dañados o destruidos, o su valor, y cuando el daño ha consistido en la lesión a un interés no patrimonial (daño moral), el resarcimiento o compensación en dinero se cuantifica en relación con la entidad que, objetivamente, se reconoce al interés del lesionado, como lo es la repercusión del agravio en su ser existencial individual o personal y también en su relación intersubjetiva, entre otros.

En términos generales se entiende por daño, la lesión de un derecho o de un interés jurídicamente protegido, pero solamente es reparable aquella afectación a un interés que provenga de una fuente lícita. De esta definición se evidencia que la situación lesionada debe estar protegida por el derecho y se observa que la existencia del daño genera tanto la obligación de repararlo como el derecho subjetivo de quien lo sufre a solicitar su reparación.

Así mismo, debe advertirse que el daño debe ser probado por quien lo ha sufrido y éste debe ser reparado plenamente de manera integral, reparación que no puede producir un enriquecimiento sin justa causa. Para acreditar entonces la existencia del daño, es necesario la prueba de dos elementos: que sea personal y cierto, el primero hace referencia a que quien demanda la reparación del daño debe ser quien lo sufrió, siendo necesario establecer la titularidad del interés sobre el derecho jurídicamente protegido; y el segundo, implica la necesidad de evidenciar que el daño sea pasado, actual o futuro, por lo que para su demostración, basta que el daño se haya causado a una persona titular de un bien jurídicamente protegido y que éste haya sufrido una lesión o aminoración en su patrimonio moral o económico 17.

No obstante, existen perjuicios 18 que no logran consolidarse, sobre los cuales se puede inferir que se producirán, porque son una prolongación del daño sufrido. De allí que se pueda establecer que existen daños que no se han consolidado pero que existe una situación actual que permite al juzgador calificar la certeza de que ese perjuicio se prolongará en el tiempo. En consecuencia, se considera como cierto el daño presente, pero se debe realizar una proyección hacia el futuro cuando el juzgador cuente con la certeza (aunque más se ajusta a un conocimiento epistémico en grado de probabilidad) de los elementos que permitan determinarlo.

Sin embargo, existen casos en los que el perjuicio no se ha consolidado y no hay una situación presente que permita inferir que el daño se producirá o se prolongará hacia el futuro, tal como ocurre con la denominada "pérdida de oportunidad". Situación que conlleva a que el juez analice la certeza del daño en el caso concreto, estimando supuestos, verificando y examinando los elementos particulares que permitan (y aquí cobra especial importancia la prueba indiciaria), a través de un análisis racional basado en los criterios que hoy por hoy ofrece la sana crítica, determinar si el perjuicio habrá de presentarse en el futuro, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos.

Revisado lo anterior, es necesario ahora analizar ¿cuál daño es reparable? Para dar respuesta a este interrogante, se partirá del desarrollo que en la doctrina (y que ha sido acogido por la jurisprudencia del Consejo de Estado en múltiples pronunciamientos 19) se ha generado en torno a la clasificación de los daños, basados en la naturaleza o el contenido económico del daño causado. Así las cosas, realizando una integración de las diferentes clasificaciones, se propone la siguiente clasificación del daño: a) Daño material, pecuniario o patrimonial, y b) daño inmaterial, no pecuniario o extrapatrimonial.

a) Daño material, pecuniario o patrimonial: daño emergente y lucro cesante.

El Código Civil colombiano señala en su artículo 1614 lo que se entiende por las dos tipologías de perjuicios que contempla el daño material, así, el daño emergente es "el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento", y el lucro cesante, "la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplido imperfectamente, o retardado su cumplimiento" (Ley 84, 1873).

Pese a que estas definiciones las contempla el Código Civil dentro de los derechos de los contratos, estos perjuicios han sido aceptados por la jurisprudencia y la doctrina cuando se ubican en el campo de la responsabilidad, siendo comprendido el daño emergente como esa pérdida patrimonial que requiere su restablecimiento al patrimonio de la víctima; y el lucro cesante, como el bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima (Tamayo Jaramillo, 2007) 20.

El Consejo de Estado colombiano ha consolidado su jurisprudencia en relación con estas categorías del daño, donde tal como lo precisó en Sentencia del 4 de diciembre de 2006, expresó:

El daño emergente supone, por tanto, una pérdida sufrida, con la consiguiente necesidad $\frac{3}{4}$ para el afectado $\frac{3}{4}$ de efectuar un desembolso si lo que quiere es recuperar aquello

que se ha perdido. El daño emergente conlleva que algún bien económico salió o saldrá del patrimonio de la víctima. Cosa distinta es que el daño emergente pueda ser tanto presente como futuro, dependiendo del momento en que se haga su valoración" y continúa respecto del lucro cesante indicando que este "...corresponde, entonces, a la ganancia frustrada, a todo bien económico que, si los acontecimientos hubieran seguido su curso normal, habría ingresado ya o lo haría en el futuro, al patrimonio de la víctima. Esto último es lo que ocurre con el no pago de los salarios y prestaciones mientras se prolongó la detención preventiva (Sentencia 13168, 2006).

b) Daño inmaterial, no pecuniario o extrapatrimonial.

Tratándose de este tipo de daños, debe advertirse que en Colombia los mismos no se encuentran positivizados (salvo lo contemplado en el artículo 94 del Código Penal, precisando al delito como fuente de obligaciones para la responsabilidad civil, en el entendido de que la conducta punible genera la obligación de reparar los daños tanto materiales como morales causados con ocasión de la misma), su reconocimiento como categorías de daño autónomas han sido producto de la jurisprudencia y particularmente de los pronunciamientos emitidos por el Consejo de Estado, máximo tribunal que, basado en diferentes teorías europeas (italianas, francesas y españolas), ha diseñado una clasificación de este tipo de daños, presentando una línea jurisprudencial que reporta una notable evolución frente al contenido y alcance de cada una de ellas, en procura de la reparación plena del daño causado.

Son varios los tratadistas que han realizado estudios sobre la evolución del daño inmaterial en Colombia, a partir de los cuales es posible presentar una revisión general de los mismos, basada en los principios de igualdad y de reparación integral para concluir qué tipo de daños inmateriales se reconocen por el Consejo de Estado de Colombia a partir de agosto de 2014, momento para el cual se expide por esta Corporación los referentes para la reparación de este tipo de perjuicios (Consejo de Estado, 2014) y su contraste con los ya vistos, daños materiales.

Frente a las categorías de daños inmateriales reconocidas por el Consejo de Estado, ha de precisarse que el actual reconocimiento de las mismas, viene precedido de una amplia evolución jurisprudencial, cuyo punto de partida (que se ha mantenido en el tiempo) es el "daño moral" 21. Posteriormente, empezó el reconocimiento de otras tipologías de perjuicios inmateriales, el primero de ellos fue el "daño fisiológico" como la consideración de los perjuicios que se causan al privarse del goce de los placeres cotidianos de la vida; perjuicio que se replanteó ante la consideración de los eventos en que se presente la pérdida de la posibilidad de realizar actividades vitales que no producen beneficio económico pero hacen agradable la existencia, dándosele una nueva denominación a esta categoría: "perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación" (Mcausland Sánchez, 2008).

En esa misma línea surge una modificación del criterio jurisprudencial en el sentido de que ahora el perjuicio fisiológico o daño a la vida de relación, pasa no sólo a estar referido al goce de los placeres de la vida sino también a las afectaciones que se puedan derivar por no poder realizar las actividades simplemente rutinarias o para las que se requiere un esfuerzo excesivo. En este caso el daño a la vida de relación puede surgir como consecuencia de lesiones corporales y diferentes hechos como injuria, calumnia, afectación del patrimonio económico. Perjuicios que ahora se entiende no sólo son sufridos por la víctima, sino que pueden ser padecidos por sus parientes u otras personas cercanas a esta (Sentencia 11842 CE, 2000).

Otra categoría de perjuicios establecida como daño inmaterial, desarrollado sobre el daño a la vida de relación, es el denominado "alteración de las condiciones de existencia" que se presenta cuando se modifica negativamente el curso de la existencia que sufre la víctima a consecuencia del hecho generador del daño, lo cual lleva a un trastocamiento de los roles cotidianos. En este perjuicio se encuentran los mismos elementos que definen la expresión del perjuicio del daño de la vida de relación.

De otra parte se ha identificado y propuesto la categoría autónoma de "daño a la salud", también denominado perjuicio fisiológico o biológico, que se presenta cuando existe una afectación negativa al estado de salud psicofísico de la víctima. Esta categoría aun cuando descarta el perjuicio a la vida de relación, no lo desecha cuando se presenten situaciones que vulneran derechos adicionales a los de la salud como el buen nombre, la honra, el honor, entre otros (Sentencia 38222 CE, 2011).

Finalmente, en la constante búsqueda de la reparación integral de las víctimas de violaciones de derechos humanos, el Consejo de Estado en sentencia de unificación jurisprudencial del 28 de agosto de 2014, creó una nueva categoría de perjuicios inmateriales basado en la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados,

denominado “daños a bienes o derechos convencionales y constitucionales”, privilegiando su compensación a través de medidas de reparación no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano (Sentencia 32988 CE, 2014).

Como se observa, actualmente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual del Estado, la jurisprudencia colombiana reconoce la reparación de los daños materiales compuestos por el daño emergente y el lucro cesante y los daños inmateriales, en los que se incluye: el perjuicio moral, con el que se repara la órbita interna y aflictiva del ser humano; el perjuicio a la salud, con el que se garantiza un resarcimiento más o menos equitativo y objetivo en relación con los efectos que produce un daño que afecta la integridad psicofísica de la persona [22](#); y el perjuicio de daños a bienes o derechos convencionales y constitucionales, cuando los hechos dan cuenta de que se han violado garantías fundamentales a las que está obligado el Estado, conforme a los derechos consagrados en la Constitución Política y en las normas internacionales de derechos humanos, establecida por primera vez en la Sentencia del 12 de Febrero de 2014 (Sentencia 26013 CE, 2014).

Por último, valga resaltar que el daño inmaterial no se puede medir de la misma manera que el daño material, pues como se ha mencionado su naturaleza es diferente y esa diferencia incide directamente en la cuantificación de los perjuicios que han de ser reconocidos a la víctima, esto por cuanto el monto del perjuicio material puede ser determinado a través de criterios objetivos debido a que los mismos se soportan precisamente en dinero, mientras que para el inmaterial es necesario acudir a criterios subjetivos basados en principios de equidad y razonabilidad.

Tradicionalmente, la medida de reparación aplicada en el derecho nacional para la reparación del daño ha sido la indemnización. No obstante, como lo afirma Juan Carlos Henao “El dolor es imposible medirlo con criterios objetivos, por ser en esencia subjetivo” (Henao, 1998 pág. 231), por lo que las sumas de dinero a que se condena en el reconocimiento de un perjuicio inmaterial, no puede ser entendido como el *quantum* que se le asigna al dolor, sentimiento o sufrimiento, sino que las mismas se entregan a título de compensación, entendiéndose con ello que lo que se intenta es resarcir de alguna manera el perjuicio causado, buscando ayudar a mitigar el dolor, el sufrimiento, la pena, de manera tal que pueda mejorar la alteración emocional sufrida y aminorar el daño causado.

3.4.2.2. El Fundamento jurídico o títulos de imputación

Para hablar de los fundamentos jurídicos de la responsabilidad es necesario hacer referencia a los títulos de imputación, lo cuales se refieren específicamente a la conducta, acción, omisión, actividad, acto o hecho, que hace posible la causación de un daño y que determina el régimen de responsabilidad, bien sea subjetiva u objetiva, en el que debe enmarcarse.

Cuando se sentaron las primeras bases jurídicas de la responsabilidad extracontractual con la expedición del Código Civil Francés en 1804, se establecieron dos títulos de imputación, estos fueron la culpa [23](#) y el dolo. Los artículos 1382 y 1383 de este código recogieron de las fuentes del derecho romano, la obligación de indemnizar los daños cuando una persona cometa culpa [24](#). Sin embargo, el Código Civil francés nada dice sobre la responsabilidad del Estado como ente, por cuanto para ese momento regía el principio de la irresponsabilidad del Estado al ser considerado como el rey, que bajo las premisas de “el rey manda” y “el rey no se equivoca”, se generaba la imposibilidad de atribuir la responsabilidad al Estado por su soberanía, en los eventos en que este causara daños a sus gobernados.

No obstante el mencionado principio de irresponsabilidad del Estado, el mismo empezó a reevaluarse en algunos países del continente europeo, bien sea a través del órgano legislativo como ocurrió en los países de corte anglosajona o a través de pronunciamientos jurisprudenciales como sucedió en Alemania, España e incluso Francia (García de Entería, y otros, 1993 pág. 256). Es así como en Francia, en 1873, con el denominado “Fallo Blanco”, se establece la necesidad de autonomía del estudio de la responsabilidad del Estado, no pudiendo ser regida la misma, por los principios que el Código Civil contemplaba para las relaciones entre particulares.

La anterior referencia resulta de importancia frente a la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, pues la doctrina y la jurisprudencia francesa han sido las fuentes del derecho en el país, así, puede decirse que del Fallo Blanco surge la teoría del fundamento de la responsabilidad del Estado, en cuanto a la prestación de los servicios públicos a cargo de éste. De tal forma que, cuando el Estado no presta el servicio, lo presta tardíamente o lo presta de manera defectuosa y con ello causa daños a sus ciudadanos, se activa a cargo de éste, la obligación de responder, reparando los perjuicios producidos y configurándose con ello la responsabilidad por falla del servicio.

Así las cosas, surge como fundamento de responsabilidad o título de imputación la denominada "Falla del servicio" que se ubica dentro del régimen subjetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado, debiendo demostrarse entonces que el servicio a cargo del Estado no fue prestado, se prestó tardíamente o de forma defectuosa 25.

Siguiendo con la evolución de los títulos de imputación, se destaca que después de la revolución industrial, surge también en Francia, en el campo laboral, la responsabilidad del empleador por el uso de las máquinas, de la se origina la teoría generalizada de "la responsabilidad por el hecho de las cosas y por la realización de actividades peligrosas", a partir de la cual, cuando el Estado en el desarrollo de su actividad, realiza acciones que ponen en riesgo a los administrados, aunque la actividad sea lícita, si se concreta el riesgo y se ocasionan daños, el Estado se encuentra obligado a reparar. A este fundamento se le denomina "riesgo excepcional", ubicándose dentro del régimen de responsabilidad objetiva, lo que implica que basta simplemente con la realización del riesgo en el resultado dañoso para que el Estado sea declarado responsable 26.

A mediados del siglo XX, también en Francia, surge otro título de la Responsabilidad Extracontractual del Estado cuando se causan daños graves y anormales con ocasión de una acción u omisión lícita, donde en la búsqueda de un beneficio general se causa un perjuicio a uno o varios particulares, rompiendo la carga que estos como administrados deben soportar, este fundamento se denomina "daño especial" y se ubica dentro del régimen objetivo de la responsabilidad 27.

Así las cosas, son tres los fundamentos o títulos de imputación de la responsabilidad del Estado en Colombia: i) falla del servicio, ii) riesgo excepcional y iii) daño especial, los cuales han sido tomados del desarrollo jurisprudencial francés incorporándose en el derecho nacional en virtud de las decisiones del Consejo de Estado en Colombia. Situación reafirmada con la consagración constitucional de la cláusula general de la responsabilidad del Estado.

3.4.2.3. Relación causal o Causalidad

Este elemento debe ser analizado previo al fundamento de la responsabilidad. Es posible que se pueda establecer que alguien obró con culpa o que una entidad pública falló en la prestación del servicio cuando en realidad esa culpa o esa falla del servicio son absolutamente inocuas para la causación del daño, por ello, lo primero que se debe establecer es si existe o no una acción u omisión (al margen de que sea culposa o no) a la cual le sea imputable el resultado (Díez-Picazo , y otros, 1999 pág. 331).

Es claro que el concepto de relación causal, resiste a ser definido apriorísticamente de forma general, puesto que cualquier acaecimiento lesivo se presenta normalmente, no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces, qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final.

El desarrollo de este elemento ha estado principalmente a cargo de la jurisprudencia, desde la que se han sentado criterios relacionados por ejemplo con la prueba de la causalidad, estando está siempre a cargo del demandante (carga estática de la prueba). Otro de los criterios jurídicos emitidos por la jurisprudencia al respecto, es acerca de la aplicación para el análisis por parte del juzgador, de la teoría de la "condición necesaria", según la cual de las diferentes causas que intervienen en la producción del daño sólo hay una o algunas adecuadas que son condición necesaria para que el daño se produzca. Esta teoría exige que del antecedente que se analiza como causa adecuada, debe ser esperable el resultado y no otro, conforme a las reglas de la experiencia o el curso normal de los acontecimientos.

Teniendo claridad de la existencia del daño, se debe completar el proceso de imputación, en la que la causalidad juega un papel protagónico y para lo cual se deben seguir los siguientes pasos: i) Determinar la causa inmediata del daño (causa material o física); ii) atribuir esa causa material; iii) establecer cuál es el hecho dañino; iv) atribuir ese hecho dañino (aquel a quien le es atribuible jurídicamente el daño); v) atribuir ese hecho dañino (a quien se demanda, a quien se le realiza la imputación) y; vi) completado el proceso de imputación el demandado puede exonerarse demostrando la existencia de una causa extraña.

De esta manera, la causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Patrimonial del Estado y en general de la Responsabilidad Civil, tiene dos funciones: La primera, relativa a la imputación del hecho dañoso a su autor, denominada por buena parte de la doctrina italiana como "causalidad

material" y, la segunda, que busca determinar el contenido de la obligación resarcitoria, conocida como "causalidad jurídica" (Prevot, 2010).

Conforme a lo expuesto, el estado actual de la responsabilidad extracontractual del Estado en Colombia, asume una visión tripartita de los elementos que la componen como necesarios para su configuración, se trata pues, del daño, el fundamento jurídico o título de imputación y la relación de causalidad. El primero de estos es el punto de partida para el análisis de la responsabilidad estatal, sin la existencia de un daño antijurídico no es posible endilgar al Estado responsabilidad patrimonial alguna; el segundo elemento por su parte, cumple la función de determinar el régimen en el cual deberá enmarcarse el estudio de la obligación de reparar las conductas, acciones, omisiones, actividades, actos o hechos que dieron lugar al daño. Y finalmente, la relación de causalidad constituye un elemento que conecta a los dos anteriores, pues se encarga de determinar si el actuar del Estado a través de sus funcionarios es el que efectivamente dio lugar a la causación de un daño a sus administrados.

4. Conclusiones

La responsabilidad civil se puede concebir como un concepto con tendencia a una definición universal como: la obligación de reparar, tanto para los particulares como para el Estado, el daño causado injustificadamente a un bien, a un interés o a un derecho jurídicamente tutelado de una persona.

La Responsabilidad Extracontractual del Estado como institución jurídica que deja atrás la concepción de irresponsabilidad estatal que imperaba hasta hace pocos siglos, ha generado la necesidad de un estudio que si bien parte de la teoría de la responsabilidad civil, se erige como autónoma, en la medida de que las relaciones entre los sujetos que en ella convergen (Administrador y administrados) son distintas a las relaciones entre los particulares.

El Derecho de la Responsabilidad Extracontractual del Estado en Colombia, ha surgido producto del desarrollo, especialmente de la jurisprudencia que se vio fortalecida con la expedición de la Constitución Política de 1991 y con ello, la inclusión en el ordenamiento jurídico de la Cláusula General de Responsabilidad. En esa evolución ha asumido un especial papel el Consejo de Estado que a través de sus pronunciamientos ha dotado de contenido cada uno de los elementos que configuran la responsabilidad estatal: i) la existencia de un daño, ii) la imputación de ese daño al Estado y iii) el nexo de causalidad entre el daño causado y la actuación u omisión que resulta imputable a la Administración.

Tratándose del primer elemento analizado frente a la responsabilidad del Estado, es preciso resaltar la clasificación que del mismo se hace por la doctrina y que con los pronunciamientos de la alta corte de lo Contencioso Administrativo se ha dotado de contenido e incluso se ha asumido una función creadora. Con todo esto, se distingue entre el daño material o patrimonial que su subdivide a su vez en daño emergente y lucro cesante, y el daño inmaterial o extrapatrimonial que actualmente está compuesto por el daño moral, el daño a la salud y el daño a bienes constitucional y convencionalmente protegidos.

Por su parte, los fundamentos de la responsabilidad para la imputación del daño al Estado, han sido en Colombia, producto de los criterios jurídicos emitidos a través de la jurisprudencia del Consejo de Estado, que desde antaño, con base en el derecho francés, ha venido estableciendo los diferentes títulos de imputación aplicables (falla del servicio, riesgo excepcional y daño especial) y dotándolos de contenido, tanto en lo sustancial como en lo procesal.

El tercer elemento que configura la responsabilidad del Estado es el nexo causal, y en Colombia se ha acogido la teoría de la condición necesaria para definir en cada caso concreto, cuál de las causas que intervienen en la producción del daño es realmente la que, de acuerdo con el curso normal de los acontecimientos, dio lugar al hecho dañino.

Referencias bibliográficas

Borrel Maciá, Antonio. 1958. *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil*. Barcelona : Editorial Bosch, 1958.

Bustamente Alsina, Jorge. 1997. *Teoría General de la Responsabilidad Civil*. Novena. Buenos Aires : Abeledo Perrot, 1997.

Caso León Villaveces vs. Municipio de Bogotá. 1922. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación. *M.P. Tancredo Nannetti*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 21 de julio de 1922.

Caso Rosazza. 1986. Corte Suprema de Justicia. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 22 de octubre de 1986.

Consejo de Estado. 2014. *Consejo de Estado, Documento final Aprobado mediante Acta del 28 de agosto de 2014 Referentes para la reparación de perjuicios inmateriales*. Varios, s.l. : Consejo de Estado, 28 de Agosto de 2014.

Constitución Política. 1991. Asamblea Nacional Constituyente. Bogotá D.C., Colombia : Gaceta Constitucional No. 116 de 20 de julio de 1991, 20 de julio de 1991.

Cuerpo del Derecho Civil Romano. 1889. *Cuerpo del Derecho Civil Romano. Institutas de Justiniano. Libro I. Título I*. [trad.] Ildefonso Garcia del Corral. Barcelona : Consejo de Ciento, 1889.

Díez-Picazo , Luis y Ponce de León, Luis. 1999. *Derecho de daños*. Madrid : Editorial Civitas, 1999.

Prevot, Juan Manuel. *El problema de la relación de causalidad en el Derecho de la Responsabilidad Civil*. 2010. 15, s.l. : Revista Chilena de Derecho Privado, 2010, págs. 143-178.

García de Entería, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón. 1993. (1993). *Curso de Derecho Administrativo. Tomo II*. Madrid : Civitas, 1993.

Henao, Juan Carlos. 1998. *El Daño*. Bogotá D.C. : Universidad Externado, 1998.

Cárdenas Mesa, John Arturo. *La reparación del daño evento en Colombia*. 2015. 45, 2015, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas - UPB, Vol. 123.

Nieto, Alejandro. *La Responsabilidad Civil de la Administración Pública*. 1982. 10, Revista de Derecho Público.

Henao, Juan Carlos. *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*. 2015. 28, 2015, Revista de Derecho Privado, págs. 277-366.

Ley 84. 1873. Código Civil de los Estados Unidos de Colombia. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 26 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

Congreso de la República. *Código Civil de los Estados Unidos de Colombia*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 23 de mayo de 1873. Diario Oficial No. 2.867 de 31 de mayo de 1873.

López Herrera, Edgardo. 1998. *Manual de Responsabilidad Civil*. Buenos Aires : Editorial Abeledo Perrot, 1998.

Mazeaud, Henry, y otros. 1997. *Tratado teórico práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires : Ediciones Jurídicas Europa-América, 1997. Vol. I.

Mcausland Sánchez, María Cecilia. 2008. *Tipología y Reparación del Daño no Patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Bogotá D.C. : Editorial Universidad Externado de Colombia, 2008.

Pianol, Marcel y Ripert, Georges. 1936. *Tratado práctico de Derecho Civil Francés. Las obligaciones (Primera parte)*. La Habana : Editorial Cultural SA, 1936.

Real Academia de la Lengua Española. 2019. Diccionario de la lengua española. [En línea] 2019. <https://dle.rae.es/?w=responsabilidad>.

Motta Castaño, Deissy. *Responsabilidad civil extracontractual del Estado colombiano por violación a los derechos humanos*. 2010. Bogotá D.C. : Universidad Autónoma de Colombia. Facultad de Derecho. Fondo de Publicaciones, 2010.

Rodríguez, Libardo. 2005. *Derecho Administrativo General y Colombiano*. Bogotá D.C. : Temis S.A., 2005.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 01415(AP) CE. 2008. *C.P. Ramiro Saavedra Becerra*. Bogotá D.C., Colombia : Radicación No. 54001-23-31-000-2004-01415-01(AP), 21 de mayo de 2008.

Tribunal Supremo España. Sentencia 1033. 2007. Rec. casación 1033/2007.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 11842 CE. 2000. *C.P.: Alier Eduardo Hernández Enríquez*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 19 de julio de 2000. Radicado No. 11842.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 13168. 2006. *C.P.: Mauricio Fajardo Gómez*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 4 de diciembre de 2006. Radicado No. 13168.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia 13681 CE. 2009. Sección Primera. *C.P. María Clauia Rojas Lasso*. Bogotá D.C., Colombia : Radicación No. 68001-23-15-000-1997-13681-01, 12 de noviembre de 2009.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 18425. 2010. *C.P.: Ruth Stella Correa Palacio*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 3 de febrero de 2010. Expediente No. 18425.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Subsección A. Sentencia 1971-10. 2013. *C.P. Alfonso Vargas Rincón*. Bogotá D.C., Colombia : Radicación No. 05001-23-31-000-2004-00123-01(1971-10), 7 de febrero de 2013.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 26013 CE. 2014. *C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 12 de febrero de 2014. Radicación No. 26013.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia 32988 CE. 2014. *C.P.: Ramiro de Jesús Pazos Guerrero*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 28 de agosto de 2014. Radicado No. 32988.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sala Plena. Sentencia 32988. 2014. *C.P. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 28 de agosto de 2014. Vols. Radicación No. 05001-23-25-000-1999-01063-01(32988).

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia 34928. 2017. *C.P. Jaime Orland Santofimio Gamboa*. Bogotá D.C., Colombia : Radicación No. 68001231500019990233001 (34928), 16 de febrero de 2017.

Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia 38222 CE. 2011. *C.P.: Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C., Colombia : s.n., 14 de septiembre de 2011. Radicado No. 38222.

Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subseccion C. Sentencia 40060. 2014. *C.P. Enrique Gil Botero*. Bogotá D.C., Colombia : Radicación No. 05001-23-31-000-2004-04210-01 (40.060) , 20 de octubre de 2014.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil y Agraria. Sentencia 5012. 1999. *M.P. José Fernando Ramírez Gómez*. Bogotá D.C. : Referencia: Expediente 5012, 25 de octubre de 1999.

Tamayo Jaramillo, Javier. 1989. *De la Responsabilidad Civil: Las presunciones de Responsabilidad y sus Medios de Defensa. Tomo I*. Bogotá D.C. : Editorial Temis S.A., 1989. Vol. 2.

Tamayo, Alberto. 2005. *La Responsabilidad Civil Extracontractual y la Contractual*. Bogotá D.C. : Ediciones Doctrina y Ley, 2005.

Guerra Moreno, Débora. *Tendencias del lucro cesante en el régimen de responsabilidad extracontractual de Estado en el derecho colombiano a partir de la Constitución de 1991*. 2015. 10, 2015, Revista Academia & Derecho, págs. 157-184.

Zannoni, Eduardo. 1977. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires : Editorial Astrea, 1977.

Artículo de investigación producto del proyecto de investigación de tesis doctoral denominado: *"Modelo de reparación integral para Colombia - Justicia restaurativa con vocación transformadora, un aporte atendiendo a las directrices aplicadas por los Tribunales internacionales (Corte Interamericana de Derechos Humanos y Tribunal Europeo de Derechos Humanos"*, desarrollado en el programa de Doctorado en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín.

1. Doctora en Administración, Hacienda y Justicia en el Estado Social, Magíster en Responsabilidad contractual y extracontractual civil y del Estado, especialista en Contratación Estatal y en Derecho Empresarial, actualmente profesora investigadora de la Universidad Libre Seccional Cúcuta, colíder del Grupo de Investigación en Derecho Público de la Universidad Libre. Correo electrónico de contacto debora.guerra@unilibre.edu.co
2. Doctora en Derecho de la Universidad Nacional de Rosario – Argentina. Magíster en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Docente Investigadora Senior según medición Colciencias y Líder del Grupo de Investigaciones en Derecho Procesal de la Universidad de Medellín. Correo electrónico de contacto ldpabon@udem.edu.com
3. "...con apoyo en el tenor del artículo 2341 del Código Civil, para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona natural o jurídica, a título extracontractual, se precisa de la concurrencia de tres elementos que la doctrina más tradicional identifica como culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y este" (Sentencia 5012, 1999).
4. Así para Alessandri "La responsabilidad contractual supone una obligación anterior, se produce entre personas ligadas por un vínculo jurídico preexistente y cuya violación sirve de sanción. Es la que proviene de la violación de un contrato: consiste en la obligación de indemnizar al acreedor el perjuicio que le causa el incumplimiento del contrato o su cumplimiento tardío o imperfecto. Si todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, justo es que quien lo viole sufra las consecuencias de su acción y repare el daño que así cause" (Alessandri Rodríguez, 1981 pág. 42).
5. Ellos sostienen que "la responsabilidad contractual es aquella que resulta del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato. Cuando el contratante no cumple la obligación puesta a su cargo por el contrato, puede causar

un perjuicio al otro contratante, acreedor de la obligación. En ciertas condiciones, está obligado a reparar ese perjuicio" (Mazeaud, y otros, 1960 pág. 10)

6. Para este autor, la responsabilidad contractual es aquella que "nace para una persona que ocasiona un daño por el incumplimiento, demora o desconocimiento de determinadas obligaciones, adquiridas a través de un contrato o convención" (Martínez Rave, 1988 pág. 14).

7. Estos autores, cuya posición se opone a la mayoritaria, señalan que la responsabilidad contractual "no es la emanada de un contrato, sino la derivada de obligaciones determinadas, emergentes del acto lícito o de la ley, con exclusión de las que tienen causa en actos ilícitos como los delitos y cuasidelitos (Ordoquí, y otros, 1974 pág. 47).

8. Al respecto, Alejandro Nieto ha dicho con este artículo "se introduce sin matización alguna la responsabilidad objetiva más absoluta en unos términos a cuya generosidad no ha llegado ningún país del mundo (La Responsabilidad Civil de la Administración Pública, 1982 pág. 49).

9. Debido a que en la Constitución de 1978 se asumió en su artículo 9.3. la cláusula general de responsabilidad de la administración, estableciendo de los particulares a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos. Se consagra así la responsabilidad directa de la Administración no solo por los daños ilegítimos que son consecuencia de una actividad culpable de la Administración o de sus agentes como consecuencia del funcionamiento anormal de los servicios públicos, sino también los daños producidos por toda actividad lícita de la Administración o funcionamiento normal del servicio público que causa daño.

10. Esta fuente del derecho, progresivamente se ha dirigido a una objetivación de la responsabilidad patrimonial del Estado a través de doctrinas como la del daño desproporcionado o la de prueba aparente según la cual, si se ha producido una consecuencia dañosa estimable en el ámbito del agente, debe ser éste quien desvirtúe la relación de causalidad que exista de su actuación, aunque no esté plenamente verificada, pues en palabras del Alto Tribunal, esto: "...permite, paliando la exigencia de prueba de la culpa y de la relación de causalidad, no ya deducir una negligencia, sino aproximarse al enjuiciamiento de la conducta del agente a partir de una exigencia de explicación que recae sobre el mismo, ya que ante el daño desproporcionado, que es un daño habitualmente no derivado de la actuación de que se trata ni comprensible en el riesgo generalmente estimado en el tipo de actos o de conductas en que el daño se ha producido, se espera del agente una explicación o una justificación cuya ausencia u omisión puede determinar la imputación" (Sentencia 546, 2007).

11. Al respecto concluye Leguina Villa "creemos que es forzoso concluir que la obligación de resarcir de la Administración es concebida por el ordenamiento español como responsabilidad objetiva, cuya articulación técnica en la norma positiva nos parece extremadamente coherente y adecuada a su verdadera función" (Leguina Villa, 1998 pág. 171).

12. Traídas al derecho nacional las bases teóricas de la responsabilidad civil del derecho francés que a su vez se establecieron en el origen del derecho romano clásico y posclásico, la naturaleza de la responsabilidad civil en Colombia tiene como objetivo el resarcimiento del daño injustamente causado a un interés jurídicamente protegido (La reparación del daño evento en Colombia, 2015). No obstante, pese a que la norma civil señala el deber de reparar el daño, la Constitución Política de 1886 no establecía el derecho de los ciudadanos a ser reparados cuando fuese el Estado quien vulnerara sus derechos. Fue entonces, a través de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado que se construyeron progresivamente los fundamentos que soportaron jurídicamente la responsabilidad del Estado (y que se concretó con la Constitución de 1991) basados en la legislación civil, específicamente en los artículos 2347 y 2349.

13. Libardo Rodríguez sostiene que "para que una persona pública pueda ser considerada responsable de algo, debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora" (Rodríguez, 2005 pág. 453)

14. En España, por ejemplo, la responsabilidad por daños al medio ambiente es una responsabilidad extracontractual, denominada también aquiliana, regulada en los artículos 1902 a 1919 del Código Civil, aunque pueda existir algún caso concreto en que se dé además, una relación contractual.

15. El Tribunal Supremo español al estudiar la responsabilidad patrimonial establece una doctrina jurisprudencial consolidada que no sólo ha ido configurando los requisitos legales antes vistos sino que ha recalcado que "[...] debe existir un nexo causal entre la actuación de la Administración en cuestión y el resultado dañoso de forma imprescindible aun cuando la antijuridicidad se refiere no al proceder o al actuar administrativo en concreto sino a su resultado donde debe concurrir" (Sentencia 1033, 2007).

16. Señala en otra obra este mismo autor que "el daño es toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátase de derechos pecuniarios o no pecuniarios, de derechos individuales o colectivos que se presentan como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que será objeto de reparación si los otros elementos de la responsabilidad se encuentran reunidos (Henao, 2015).

17. La certeza de que el daño se haya producido es necesaria para que se proceda a la reparación del mismo. La eventualidad no tiene cabida en este campo para determinar el resarcimiento de un daño.

18. Término que no debe confundirse con el de "daño", pues aunque en la jurisprudencia se han tomado en varias ocasiones como sinónimos, lo cierto es que se trata de dos figuras distintas y que según la doctrina (Henao, 1998 pág. 71), existen elementos que los diferencian, pues el daño se observa como una afrenta a la integridad de una persona o de una situación o cosa, mientras que el perjuicio corresponde al conjunto de elementos que surgen como una consecuencia que deviene del daño producido a la víctima.

19. Como las siguientes sentencias: (Sentencia 32988, 2014); (Sentencia 40060, 2014); (Sentencia 34928, 2017).

20. En relación con los criterios que ha sentado el Consejo de Estado en su jurisprudencia respecto de la liquidación del lucro cesante, el criterio de equidad que se ha autorizado en razón de principios y directrices internacionales para garantizar la reparación en aquellos casos en que la víctima no aporta prueba del ingreso, la presunción de que la víctima como mínimo devenga un salario mínimo mensual legal vigente para la liquidación de este perjuicio, entre otros aspectos, puede verse el siguiente estudio: (Guerra Moreno, 2015).

21. Así lo estableció la Corte Suprema de Justicia en Sentencia del 21 de julio de 1922, en la que resolvió el caso Villaveces (Caso León Villaveces vs. Municipio de Bogotá, 1922), en el que se indemnizó por primera vez el daño moral al ordenar la reparación de los daños causados al demandante por causa del traslado sin serle consultado de los restos mortales de su cónyuge en un cementerio de la ciudad de Bogotá. Esto sin desconocer la controversia que ha podido generarse respecto del caso Rosazza (Caso Rosazza, 1986), en el cual se reconoce la suma de \$12.000 por la privación

injusta de la libertad, monto que para algunos autores puede ser considerado como una reparación del daño moral (Aramburo, 2018).

22. Sobre estas tipologías de perjuicios señala Enrique Gil Botero que su aplicación garantiza la reparación estática y dinámica del perjuicio, esto es, los efectos internos y externos, subjetivos y objetivos, individuales y colectivos que la lesión antijurídica o injusta desencadena en el sujeto y las personas que constituyen su entorno” (Gil Botero, 2013 pág. 293).

23. Esta es definida, en lo pertinente, según la Real Academia de la Lengua Española como la “Omisión de la diligencia exigible a alguien, que implica que el hecho injusto o dañoso resultante motive su responsabilidad civil o penal”

24. “Artículo 1382. Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo” y “Artículo 1383. Cada cual será responsable del daño que cause no solamente por su actuación, sino también por su negligencia o por su imprudencia” (Código Civil, 1804)

25. En 1941 en Colombia se adopta la tesis del fundamento jurídico de falla del servicio aplicable a las personas jurídicas de derecho público, soportada en la prestación inadecuada del servicio público, la cual fue sustentada bajo el artículo 2341 del Código Civil, sin embargo, en 1967 se concreta el concepto de falla del servicio con base en el mal funcionamiento, no funcionamiento o funcionamiento tardío de los servicios públicos que el Estado estaba obligado a prestar a sus ciudadanos.

26. Esta teoría es aplicada por primera vez en Colombia en 1984, al resolver un caso en el que al caerse unas líneas primarias de energía eléctrica sobre un pozo petrolero, se produce la muerte de varios semovientes, razón por la cual el Consejo de Estado concluye que la conducción de energía eléctrica es una actividad peligrosa que conlleva riesgos, que pueden realizarse, produciendo con ello daños que deben ser reparados por el Estado.

27. Este se formula en Sentencia del 29 de julio de 1947, en el caso conocido como “Periódico El Siglo” en el que éste demanda al Estado por las medidas tomadas en 1944 con relación al golpe de Estado realizado en Pasto. Aquí, el Consejo de Estado señala que no existió una falla del servicio porque el Estado actuó lícitamente para restablecer el orden público, pero estimó que con esa medida, pese a buscar beneficiar a la comunidad, se le causó un daño anormal a un particular, generándose con ello el rompimiento de la carga que debía soportar el periódico demandante.

28. Sentencias como: (Sentencia 1971-10, 2013); (Sentencia 13681 CE, 2009); (Sentencia 01415(AP) CE, 2008).

Revista ESPACIOS. ISSN 0798 1015
Vol. 41 (Nº 08) Año 2020

[Índice]

[En caso de encontrar algún error en este website favor enviar email a webmaster]

revistaESPACIOS.com



This work is under a Creative Commons Attribution-
NonCommercial 4.0 International License