

**CONSEJO DE ESTADO  
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO  
SECCIÓN TERCERA  
SUBSECCIÓN C**

**Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO**

Bogotá D.C., diez (10) de septiembre de dos mil catorce (2014)

**Radicación número:** 25000-23-26-000-1997-13613-01 (27.069)  
**Demandante:** Gloria Mercedes Gómez Barón y otro  
**Demandado:** Superintendencia de Notariado y Registro  
**Asunto:** Acción de reparación directa

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 7 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

**I. ANTECEDENTES**

1. En escrito presentado el 28 de febrero de 1997, Gloria Mercedes Gómez Barón y Jairo Martínez Agreda, quienes obran por conducto de apoderado judicial, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a la Superintendencia de Notariado y Registro, por los daños que les fueron ocasionados "con ocasión de la adquisición del inmueble ubicado en la carrera 7 # 47-58 de Santa Fe de Bogotá (fl. 10, cdno. 2).

En consecuencia, solicitaron por perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, las sumas que se demostraran con fundamento en las pruebas; y por perjuicios morales, el equivalente en pesos de 1.000 gramos oro para cada uno.

2. Como fundamento de las pretensiones expusieron los siguientes hechos:

2.1. Con fundamento en la matrícula inmobiliaria No. 50C-1076782, Gloria Mercedes Gómez Barón y Jairo Martínez Agreda, adquirieron el 70% y 30%, respectivamente, de los derechos de posesión que tenía la señora María Moreno sobre el inmueble ubicado en la carrera 7 #47-58 de Bogotá, por la suma de \$50.000.000. Para ese efecto incurrieron en una serie de gastos, correspondientes a la compra de mejoras, derechos de posesión, pago de indemnización por desocupación de varios inmuebles que se habían construido en el predio, entre otros.

2.2. Desocupado el inmueble, los demandantes iniciaron los trámites para demolerlo y construir una nueva edificación, en virtud de lo cual incurrieron en varios gastos, como: pago de facturas

de acueducto y alcantarillado, energía, impuesto predial, valorización; trámite de la licencia de construcción; impuesto de delineación urbana; honorarios cancelados a la Constructora Jiménez y Cruz Ltda., por concepto de estudio de suelos, planos hidráulicos, topográficos, eléctricos y fachadas; vigilancia del inmueble y auto avalúo.

2.3. Para la compra del inmueble y la construcción del nuevo edificio, obtuvieron un préstamo del Banco de Colombia, por la suma de \$450.000.000, de los que se han cancelado \$283.752.312. Igualmente, en 1994 Coopdesarrollo, le otorgó un préstamo a la señora Gómez Barón, por la suma de \$20.000.000, que también fueron destinados a la construcción del edificio.

2.4. El 28 de febrero de 1994, el Juez 34 Civil de Bogotá se presentó en el inmueble en cuestión, con el fin de realizar una diligencia de entrega del bien por cambio de secuestre, ordenada por el Juzgado 26 Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro del proceso de Concordato Preventivo Potestativo del Grupo Colsalud.

2.5. En vista de lo anterior, el 27 de abril de 1995, se llevó a cabo diligencia de lanzamiento por ocupación de hecho contra los demandantes, con fundamento en el folio de matrícula inmobiliaria No. 50C-609976 de la Oficina de Instrumentos Públicos de Santa Fe de Bogotá, según el cual, el bien se encontraba embargado, medida que no estaba inscrita en el folio de matrícula 50C-1076782.

2.6. Señalan que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Bogotá, incurrió en falla del servicio, toda vez que le asignó al mismo inmueble dos folios de matrícula inmobiliaria diferentes, es decir, el 50C-609976 y el 50C-1076782, siendo este último el que se puso a disposición de los accionantes y con fundamento en el cual adquirieron los derechos de posesión sobre el inmueble ubicado en la carrera 7# 47-58.

3. La demanda fue admitida en auto del 18 de marzo de 1997, y notificada en debida forma a la Superintendencia de Notariado y Registro y al Ministerio Público, sin embargo la entidad demandada la contestó extemporáneamente.

4. En proveído del 22 de mayo de 1997 se decretaron las pruebas y el 19 de julio de 2001 se citó a audiencia de conciliación, la que se llevó a cabo el 6 de septiembre del mismo año y fracasó ante la falta de ánimo conciliatorio de las partes, por lo que el 4 de octubre de esa anualidad, el tribunal les corrió traslado a ellas y al Ministerio Público, para alegar y emitir concepto, respectivamente, oportunidad en la que se pronunciaron en los siguientes términos:

4.1. La Superintendencia de Notariado y Registro adujo que no incurrió en falla en el servicio alguna, pues no le asignó dos folios de matrícula inmobiliaria al mismo inmueble, sino que se trata de un predio de mayor extensión y sus segregados.

De otro lado, manifestó que los demandantes pretendían la indemnización de todos los gastos en que incurrieron por la adquisición de los derechos de posesión cedidos por varias personas mediante diferentes escrituras, sin que ninguna de ellas se encuentre registrada, toda vez que con fundamento en el artículo 2° del decreto ley 1250 de 1970, la posesión no es objeto de registro, por lo que carecen de derecho real y tampoco tienen una posesión inscrita. En ese orden de ideas, concluyó que los accionantes, reconocían la existencia de dominio privado y por ende conocían de antemano de la posibilidad que existía de que apareciera el propietario del bien, de allí que, el daño es imputable a su propia culpa. En el mismo sentido, señaló que los demandantes compraron la posesión del predio a la señora María Moreno, mediante escritura pública No. 4051 del 31 de agosto de 1993, por lo que esta última tenía conocimiento de que el verdadero propietario del bien era del Grupo Colsalud, y por lo tanto se configuraba la excepción de hecho de un tercero.

Con fundamento en lo anterior, formuló las excepciones de “hecho de un tercero”, “culpa de la víctima” y “caducidad de la acción”, ya que a su juicio, los demandantes tenían certeza de que carecían “de facultad dispositiva sobre el predio” desde la fecha en que se inscribió la demanda de pertenencia, es decir, en septiembre de 1992, como consta en las anotaciones 04 y 05 del folio de matrícula No. 50C-1076782.

4.2. Los demandantes reiteraron los argumentos expuestos en la demanda, según los cuales, la Superintendencia de Notariado y Registro incurrió en falla del servicio, al asignarle a un mismo bien, dos folios de matrícula inmobiliaria diferentes, cada uno de las cuales reflejaba situaciones jurídicas distintas, lo que finalmente trajo como consecuencia la pérdida del bien, luego de haber realizado cuantiosas inversiones para construir la edificación nueva. Resaltaron que esa anomalía no obedeció al desenglobe del predio, por cuanto no se abrieron nuevos folios y al respecto no se hizo anotación alguna, y además, según el dictamen pericial practicado en el proceso, ambos folios se referían al mismo inmueble.

Igualmente, manifestaron que al momento de adquirir los derechos de posesión, sólo tenían conocimiento de la existencia del folio No. 50C-1076782, y con fundamento en el mismo, guiados por la buena fe, procedieron a celebrar el negocio jurídico. Sólo se enteraron de la existencia del folio No. 50C-609976, el 28 de febrero de 1995, cuando el Juzgado 34 Civil Municipal de Bogotá procedió a realizar la diligencia de entrega.

4.3. El Ministerio Público guardó silencio.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El *a quo*, en providencia del 7 de enero de 2004, negó las pretensiones de la demanda, al concluir que aunque la Superintendencia de Notariado y Registro sí incurrió en una falla, no se demostró la existencia del daño antijurídico alegado por los demandantes. En ese sentido, destacó que ninguna de las escrituras en virtud de las cuales adquirieron los derechos de posesión sobre el predio ubicado en la carrera 7# 47-59 se encontraban registradas y consideró que al comprarle los derechos de posesión a la señora María Moreno, los accionantes sabían quien era el verdadero propietario del bien y fue esa la razón por la que se hicieron parte dentro del proceso de pertenencia adelantado por la señora Moreno.

En consecuencia, consideró que los accionantes eran “simplemente poseedores con la aspiración y eventualidad de obtener reconocimiento judicial”, por lo que asumieron voluntariamente el riesgo de ser despojados del predio, “pues al igual que fueron lanzados por existir un embargo sobre el inmueble, también lo hubiesen podido ser simplemente por no haber sido reconocidos poseedores de buena fe”. En ese orden, concluyó que el daño no le era imputable a la Superintendencia de Notariado y Registro, sino a la señora María Moreno y añadió que podía incluso concurrir la culpa de la propia víctima, al no haber indagado en debida forma sobre la verdadera situación jurídica del bien, ni haber pedido aclaración o unificación de la tradición en su oportunidad.

## **III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA**

1. La parte demandante impugnó la sentencia, con el argumento que el *a quo* incurrió en un error “*in iudicando*” al considerar que pese a que existía falla en el servicio y se ocasionó un daño, el mismo no era antijurídico. Igualmente, reiteró que los señores: Gloria Gómez Barón y Jairo Martínez Agreda, sólo conocieron de la verdadera situación jurídica del bien el 28 de febrero de 1995 y no en agosto de 1995, como lo señaló el tribunal. Además recordaron que adquirieron la posesión del inmueble, precedidos de buena fe, con respaldo en el certificado de

tradicción del mismo, distinguido con el No. 50C-1076782, que analizaron minuciosamente, sin encontrar anomalía alguna y sin saber quién era su verdadero propietario, pues de lo contrario, no hubieran procedido a celebrar el mencionado contrato.

De otro lado, arguyeron que en la sentencia se le restó toda importancia a la posesión como hecho jurídico, pese a que estaba demostrado que ejecutaron numerosos actos que daban a entender que tenían ánimo de señores y dueños sobre el bien, bajo la creencia de que nadie se los arrebataría repentinamente a causa de un gravamen hipotecario. En el mismo sentido, señalaron que en el caso *sub lite*, carecía de importancia determinar si eran o no poseedores de buena fe, ya que lo verdaderamente relevante era que habían sido despojados de la posesión que venían ejerciendo como consecuencia de una falla en el servicio registral y añadieron que si bien, es cierto, tenían pleno conocimiento de que quienes les transfirieron los derechos sobre el predio no eran los titulares del derecho real de dominio, no por ello podía concluirse que incurrieron en imprevisión, negligencia o descuido.

En relación a las excepciones del hecho de un tercero, que el *a quo* encontró demostrada, arguyeron que la misma carecía de importancia y fue fruto de una conjetura.

2. El recurso se concedió el 4 de febrero de 2004 y se admitió el 24 de junio del mismo año, y luego de ello se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para emitir concepto, etapa en la que sólo se pronunció la Superintendencia de Notariado y Registro, para reiterar los argumentos expuestos en las alegaciones de primera instancia, según los cuales no incurrió en falla en el servicio alguna y en ningún momento le asignó dos folios de matrícula inmobiliaria a un mismo bien, sino que se trataba de predios que habían sido desenglobados.

De otro lado, manifestó que en el caso *sub judice*, la acción procedente no era la de reparación directa, sino la de nulidad y restablecimiento del derecho, por cuanto el daño se originó en la actuación registral de un tercero.

3. Encontrándose el proceso a despacho para proferir sentencia, mediante auto del 12 de agosto de 2013 se decretó la práctica de una prueba de oficio, por la que se ordenó a la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Bogotá, remitir copia auténtica de los certificados de tradición y libertad con matrícula inmobiliaria Nos. 050-1076782 y 50C-609976; y al Juzgado 32 Civil del Circuito de Bogotá, remitir copia de las decisiones proferidas en el proceso de pertenencia iniciado por: María Moreno, Gloria Gómez Barón de Triviño y Jairo Martínez Agreda, contra Paulina Gómez Vega y otros.

#### IV. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 7 de enero de 2004, por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, comoquiera que la pretensión mayor, individualmente considerada-, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1997 tuviera esa vocación<sup>1</sup>.

2. Previo a abordar el asunto de fondo, se debe hacer una precisión en relación a las afirmaciones realizadas por la entidad demandada en sus alegaciones de segunda instancia, aun cuando no era esa la etapa para formular excepciones. Adujo la Superintendencia de Notariado y Registro, que la acción de reparación directa no era el medio idóneo para reclamar el resarcimiento del daño alegado de los demandantes, en atención a que el mismo se derivaba de un acto de registro y no de un hecho u operación administrativa. Para la Sala este razonamiento carece de fundamento, toda vez que conforme a los hechos de la demanda, el daño no fue fruto de un acto administrativo, sino de una conducta que consistió en haberle asignado a un mismo bien inmueble, dos folios de matrícula inmobiliaria diferentes, lo que constituye un hecho, por lo que no cabe duda que la reparación directa sí era el medio procesal procedente para reclamar la respectiva indemnización.

3. Aduce la parte demandante, que como consecuencia una falla en el servicio de registro, se vio despojada de la posesión que venía ejerciendo sobre el bien inmueble ubicado en la carrera 7 No. 47-58 de la ciudad de Bogotá, toda vez que al mismo le fueron asignadas dos folios de matrícula inmobiliarias que reflejaban situaciones diferentes. Por su parte, el *a quo* negó las pretensiones de la demanda, al considerar que aún cuando se demostró que la demandada sí incurrió en falla en el servicio, no se demostró que la existencia del daño antijurídico, en razón a que los demandantes eran “simplemente poseedores con la aspiración y eventualidad de obtener reconocimiento judicial”, de allí, que asumieron el riesgo de verse despojados de sus derechos, cuando el verdadero propietario del predio los reclamara.

Los accionantes difieren de la argumentación expuesta, pues consideran un error concluir que existió falla en el servicio, mas no daño antijurídico y a su juicio, se le restó importancia al hecho de la posesión.

---

<sup>1</sup> De acuerdo con la demanda, el valor de la pretensión mayor ascendía a 1.000 gramos oro, suma que equivalía a corresponde a los perjuicios morales y equivalía a \$11.889.660 y excedía para el año en que fueron presentadas – 21 y 30 de abril de 1997- la establecida en el numeral 10° del artículo 132 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 597 de 1988, que establecía un mínimo de \$3.500.000 (ver fl. 77, cdno. 3).

Ahora bien, de conformidad con las pruebas que obran en el proceso, se advierte que si bien, es cierto, mediante la escritura pública No. 4051 del 31 de agosto de 1993, otorgada ante la Notaría 36 de Bogotá, Gloria María Gómez Barón y Jairo Martínez Agreda, adquirieron los derechos de posesión sobre el inmueble señalado en el párrafo anterior, la Sala concuerda con el *a quo*, en cuanto no encontró demostrado el daño antijurídico, pero por las siguientes razones, que son diferentes a las expuestas en la sentencia de primera instancia:

3.1. Obra en el proceso, copia del proceso de declaración de pertenencia, iniciado el 25 de agosto de 1992 por la señora María Moreno y en virtud del cual pretendía que se declarara que había adquirido por el modo de la prescripción extraordinaria, el bien ubicado en la carrera 7° con calle 47-58 (fl. 1, cdno. 5).

3.2. La demanda fue reformada mediante escrito del 23 de febrero de 1994, mediante el cual se constituyó como parte demandante, la señora Gloria Gómez Barón (fls. 84-91, cdno. 4), lo que fue admitido en auto del 24 de febrero del mismo año (fl. 92, cdno. 5).

3.3. El 10 de mayo de 1995, se profirió sentencia de primera instancia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda (fls. 120-135, cdno. 5), decisión que fue apelada por la señora Gómez Barón y que fue revocada el 11 de junio de 1997 por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, para en su lugar dictar sentencia inhibitoria, "por ausencia del presupuesto procesal de capacidad para ser parte de la demandada" (Cdno. 6).

4. De acuerdo con lo anterior, se tiene que los demandantes no tenían ningún derecho sobre el bien en cuestión y por ende, huelga concluir conforme a lo decidido por la jurisdicción civil en el proceso declarativo de pertenencia, lo que trae como consecuencia que no se causó daño antijurídico alguno, incluso si no se hubiere dado la falla que atribuyen a la Superintendencia de Notariado y Registro, de todos modos hubieran sido despojados de la posesión del bien.

Es menester precisar que aún cuando al juez de lo contencioso administrativo no lo vinculan las decisiones adoptadas por otras jurisdicciones en procesos de responsabilidad penal, disciplinaria o contravencional, no sucede lo mismo cuando la decisión define la existencia de un derecho, como ocurre con el declarativo de pertenencia, en el que se resuelve lo concerniente al derecho real de dominio del respectivo bien.

Sin duda, el daño constituye el primer elemento o supuesto de la responsabilidad, cuya inexistencia, o falta de prueba, hace inocuo el estudio de la imputación frente a la entidad demandada; esto es, ante la ausencia de daño se torna estéril cualquier otro análisis, comoquiera que es el umbral mismo de la responsabilidad extracontractual del Estado.

El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de un sujeto, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es "la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera"<sup>2</sup> aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la "amenaza o puesta en peligro del interés"<sup>3</sup>, con lo cual se amplía su concepción a la "función preventiva"<sup>4</sup> del mismo.<sup>5</sup> Ahora bien, el efecto jurídico de cualquier daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr su represión, sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todo daño merece la reacción del derecho. Así, en un comienzo se restringió el daño como el menoscabo sufrido por derecho subjetivo, definición que dejaba por fuera otras categorías jurídicas. Posteriormente se habló del daño como el detrimento de un bien jurídicamente tutelado, definición que también excluía los intereses que pese a no estar consagrados en una norma o protegidos expresamente por el ordenamiento jurídico, son lícitos,

---

<sup>2</sup> ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: "El daño es la lesión a un interés jurídico."

<sup>3</sup> DE LORENZO Miguel Federico. El daño injusto en la responsabilidad civil. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. Pág. 17.

<sup>4</sup> VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 170.

<sup>5</sup> En ese orden de ideas, se encuentran diversos conceptos del daño que ha planteado la doctrina:

"Nos encontramos ante un concepto *amplio, impreciso y esencialmente intuitivo*. De estas características se deriva la dificultad de dar un concepto unitario de <<daño>>, dada la diversidad de manifestaciones y matices que éste presenta.

"Para De Cupis <<daño>> no significa más que nocimiento o perjuicio, o lo que es lo mismo aminoración o alteración de una situación favorable. En un entendimiento similar del concepto, la doctrina suele dar un concepto meramente objetivo del <<daño>> caracterizándolo –en palabras de LARENZ- como <<el menoscabo que, a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado, sufre una persona, ya en sus bienes vitales naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio>>.

"Esta afirmación precisa de una urgente aclaración ya que el hombre no sólo sufre cuando se lesionan sus intereses materiales; <<un atentado- escriben los hermanos MAZEAUD- contra sus intereses morales, le puede resultar todavía más sensible>>. En definitiva, <<daño>> no se equipara a la mera pérdida pecuniaria.

"El concepto de daño comprende, en efecto, el perjuicio, el nocimiento causado. Es una modificación a la realidad material, modificación desfavorable para el dañado, perjudicial para sus intereses. En consecuencia, es inmanente al concepto de daño la idea de confrontación entre una situación antecedente y una sucesiva desventajosa para la víctima." (BUSTOS Lago José Manuel. La antijuridicidad del daño resarcible en la responsabilidad civil extracontractual. Ed. Tecnos. Madrid. Pág. 40.)

en tanto no están prohibidos. Este vacío doctrinario fue puesto de manifiesto por el profesor Eduardo Zannoni en su obra *El daño en la responsabilidad civil*, en la que señala:

“[...] también existen en la esfera propia de las personas otros intereses que no han logrado trascender como presupuestos de un derecho subjetivo, y que, además carecen de un medio de protección (legítimo) para asegurar su satisfacción. Sin embargo, no se trata de intereses repugnantes al derecho. O sea, su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible.” (p. 9)<sup>6</sup>

Igualmente, se destaca su definición de daño como el “menoscabo a todo interés **que integra la esfera del actuar lícito** de la persona a consecuencia del cual ella sufre la privación (en sentido lato) de un bien procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso.” De esta definición se sigue de un lado, que el daño puede recaer no sólo sobre derechos subjetivos o bienes jurídicamente tutelados, sino también sobre intereses simples que no son contrarios al derecho; y del otro, que la licitud del bien afectado<sup>7</sup> es requisito *sine quanon* para que el daño tenga el carácter de antijurídico, en otros términos, el menoscabo no debe tener por objeto relaciones o situaciones jurídicas ilegítimas, so pena de no poder ser resarcido, aspecto sobre el cual se volverá más adelante con mayor detalle.<sup>8</sup>

La antijuridicidad<sup>9</sup> se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”<sup>10</sup>, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”<sup>11</sup>, ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño<sup>12</sup>. En este punto es importante advertir la distinción introducida por Von Litz, según la cual la antijuridicidad puede

---

<sup>6</sup>Zannoni, E. 1982. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, p. 9. Y más adelante, aclara el autor que cuando se afirma que el daño debe lesionar un interés legítimo, se refiere a que “el perjuicio no tenga por objeto relaciones o situaciones jurídicas ilegítimas” (p. 9).

<sup>7</sup> Por bien se hace referencia a interés, derecho o subjetivo o bien jurídicamente tutelado.

<sup>8</sup> Zannoni, E. 1982. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, p. 14.

<sup>9</sup> Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

<sup>10</sup> BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

<sup>11</sup> Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

<sup>12</sup> Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presentó, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

“Gschnitzer entiende por antijuridicidad “una infracción de una norma, ley, contrato, ya norma expresa, ya atentado a la finalidad que la norma persiga o lesiones principios superiores”.

“En el campo penal, Mezger define la antijuridicidad –injusto– como el juicio impersonal- objetivo sobre la contradicción existente entre el hecho y el ordenamiento jurídico.”

clasificarse en: a) formal (*normwidrigkeit*), esto es, la violación a una norma de derecho o jurídica, y b) material (*rechtwidrigkeit*), es decir, el menoscabo a derechos e intereses legítimos que al ser jurídicamente protegidos, no se está en la obligación de soportar su vulneración.

Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vázquez Ferreyra, "la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos"<sup>13</sup>/<sup>14</sup>.

Bajo la lógica anterior, la antijuridicidad pasa de ser un elemento de la conducta causante del daño, a ser un elemento calificador del mismo y el análisis se desplaza del autor del daño a quien lo sufre, esquema que constituye la base de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, el profesor García de Enterría ha señalado que un perjuicio se torna en antijurídico "y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo."<sup>15</sup> La Corte Constitucional en sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, en lo que se refiere al daño antijurídico, indicó:

"El daño antijurídico no tiene una definición constitucional expresa, por lo cual es un concepto constitucional parcialmente indeterminado, cuyos alcances pueden ser desarrollados, dentro de ciertos límites, por el Legislador.

"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. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. (...).

"Esta concepción de daño antijurídico ha sido admitida por la jurisprudencia del Consejo de Estado en nuestro país. Así, en múltiples oportunidades ese tribunal ha definido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar", por lo cual "se ha desplazado la antijuridicidad de la causa del daño al daño mismo". Por consiguiente, concluye esa Corporación, "el daño antijurídico puede ser el efecto de una causa ilícita, pero también de una causa lícita. Esta doble causa corresponde, en principio, a los regímenes de responsabilidad subjetiva y objetiva"

---

<sup>13</sup> Nota del original: "así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106."

<sup>14</sup> VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

<sup>15</sup> García de Enterría, E. & Fernández, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, T. II. Bogotá, Temis, p. 364.

“Por ende, la fuente de la responsabilidad patrimonial del Estado es un daño que debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria al derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, por lo cual éste se reputa indemnizable. Esto significa obviamente que no todo perjuicio debe ser reparado porque puede no ser antijurídico, y para saberlo será suficiente acudir a los elementos del propio daño, que puede contener causales de justificación que hacen que la persona tenga que soportarlo”.

No cabe duda entonces, que el daño antijurídico es aquel que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, lo que permite inferir por oposición que el daño será jurídico cuando exista el deber de padecerlo.

Con lo anterior no pretende desconocerse que la posesión es un hecho protegido por el derecho que ha gozado de capital importancia a lo largo de la historia en la tradición romano- germánica, lo que ocurre en el presente caso, es que no hay derecho o bien jurídico alguno susceptible de protección y por ende, no hay ningún daño que deba ser resarcido.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia, sin que sea necesario entrar a analizar los demás elementos de la responsabilidad, pues como ya se explicó ante la ausencia de daño antijurídico, ese estudio resulta estéril.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### **FALLA**

**PRIMERO. Confírmase** la sentencia del 7 de enero de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en este proveído.

**SEGUNDO.** En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

**Cópiese, Notifíquese y Cúmplase**

**Enrique Gil Botero**  
Presidente

**Olga Mélida Valle de De la Hoz**

**Jaime Orlando Santofimio Gamboa**