

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Niega. Caso municipio de Pradera no expidió oportunamente Plan Básico de Ordenamiento Territorial y negó licencia de construcción

CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS - La Constitución Política de 1991 como cláusula general de responsabilidad patrimonial del Estado / CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS - Deber de reparar el daño antijurídico ocasionado por el Estado

En relación con la responsabilidad del Estado, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización” erigiéndola como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés. (...) Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública tanto por la acción, como por la omisión. **NOTA DE RELATORIA:** Con aclaración de voto del consejero Guillermo Sánchez Luque, allegado a la relatoría el 09/02/2017. Síntesis del caso: Se demanda al municipio de Pradera por los perjuicios ocasionados al no expedir oportunamente el Plan Básico de Ordenamiento Territorial y por ello negar licencia de construcción. Problema jurídico: ¿La constitucionalización del derecho de daños se consolidó a partir de la expedición de la Constitución Política colombiana de 1991?.

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Niega. No se demostró el daño antijurídico alegado / ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Actos que pueden realizar las sociedades en liquidación / ACTOS QUE PUEDEN REALIZAR LAS SOCIEDADES EN LIQUIDACIÓN - La sociedad demandante se encontraba en liquidación y por tanto solo podía vender sus activos con fines de liquidación y dentro de los mismos no existía ninguna licencia urbanística / LICENCIA URBANÍSTICA - Fue solicitada por otra sociedad / PLAN DE ORDENAMIENTO TERRITORIAL - Legislación aplicable. Régimen de licencias urbanísticas

En virtud de lo dispuesto por el artículo 222 del Código de Comercio, a partir del 12 de diciembre de 1996 la Sociedad demandante estaba en imposibilidad de adelantar cualquier gestión tendiente a vender lotes vinculados con proyectos urbanísticos. En consecuencia sólo podía vender sus activos con fines de liquidación, y dentro de los mismos no existía ninguna licencia urbanística que le hubiese sido otorgada, la misma fue otorgada a otra sociedad, (...) Lo anterior evidencia a la Sala que el 11 de diciembre de 1996, fecha en la que se disuelve la sociedad demandante, el plazo para expedir el plan de básico de ordenamiento territorial, cuya omisión se alega en la demanda como el hecho dañoso, ni siquiera había empezado a correr; pues esta es una obligación impuesta por una legislación posterior ley 388 de 1997; y cuando esta obligación se venció para el municipio de pradera, el 31 de diciembre de 2000, ya dicho incumplimiento no podía causar daño alguno a la sociedad INVERSIONES CEPAPO S.A en liquidación, comoquiera que esta no podía adelantar proyecto urbanístico alguno, y la venta que podía hacer respecto de sus activos no podía tener otro propósito que liquidar el patrimonio de esa sociedad, sin que dichos activos pudiesen estar vinculados a algún proyecto urbanístico. Los bienes inmuebles que el liquidador estaba autorizado a vender ya no se podían enajenar como activos móviles sino como activos fijos, y en ese sentido, no podían estar vinculados a proyectos urbanísticos, puesto que la sociedad ya disuelta no podía desarrollar su objeto social. Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia de

primera instancia, comoquiera que no se acreditó el primero de los elementos necesarios para que haya responsabilidad del estado, esto es, el daño antijurídico. En efecto, la inexistencia de un plan básico de ordenamiento territorial del municipio de Pradera- Valle, después del 31 de diciembre de 2000 no constituye una lesión a la sociedad demandante, por cuanto la misma en esa fecha no estaba autorizada para desarrollar su objeto social, esto es, vender proyectos urbanísticos; simplemente estaba a autorizada a vender sus activos fijos con fines de liquidación y para ello no requería de la existencia del plan básico de ordenamiento territorial.

FUENTE FORMAL: LEY 388 DE 1997

PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA - Acción de reparación directa. Adecuación del título de imputación / TITULO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO EN APLICACIÓN DEL PRINCIPIO IURA NOVIT CURIA

De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio iura novit curia, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa petendi, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión.

CONDENA EN COSTAS - Normatividad aplicable / CONDENA EN COSTAS - Se demostró temeridad en la actuación de la parte actora, sociedad demandante

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y en este caso la Sala encuentra que la sociedad demandante actuó con temeridad. En efecto el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, vigente en el momento en que se interpuso el recurso de apelación; y el artículo 79 del código General del Proceso, vigente en la fecha de esta providencia, determinan que se actúa con temeridad cuando, entre otras hipótesis, sea manifiesta la carencia de fundamento legal del recurso, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. En el sub judice, es evidente que la parte actora sabía que con ocasión de su disolución no podía ejercer su objeto social; no obstante ello, y aunque el Tribunal de primera instancia lo había advertido, insistió en un recurso carente del fundamento legal, pues el mismo liquidador a resolver el interrogatorio admitió que la licencia de construcción estaba siendo solicitada por otra empresa, debido a que INVERSIONES CEPAPO S.A. en liquidación no podía desarrollar su objeto social desde el 12 de diciembre de 1996, fecha de su disolución. En consecuencia, es evidente la temeridad con la que se actuó al proponer el recurso de apelación que aquí se resuelve, por lo cual habrá de condenarse en costas a la sociedad demandante, liquídense por secretaría.

FUENTE FORMAL: LEY 446 DE 1998 - ARTICULO 55 / CODIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTICULO 79 / CODIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL - ARTICULO 74

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 76001-23-31-000-2003-00707-01(33870)

Actor: INVERSIONES CEPAPO S.A. - EN LIQUIDACION

Demandado: MUNICIPIO DE PRADERA

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Contenido: Se confirma la decisión de primera instancia que había negado las pretensiones, especificando que tal negativa obedece a la ausencia de daño antijurídico. Prespuestos de la responsabilidad Extacontractual del Estado. El régimen de las licencias urbanísticas Los actos que pueden realizar las sociedades disueltas y en estado de liquidación.

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra de la sentencia de 6 de abril de 2006 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca – , que dispuso:

“ NIÉGANSE las pretensiones de la demanda

COPIESE NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE”.

ANTECEDENTES

1. La demanda.

Fue presentada el 10 de marzo de 2003 por INVERSIONES CEPAPO S.A. EN LIQUIDACION, mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C.C.A, con el objeto de que se declarara responsable administrativa y patrimonialmente al MUNICIPIO DE PRADERA de los daños y perjuicios de carácter moral y material que sufrieron como consecuencia de la omisión de la entidad territorial demandada, de expedir oportunamente el Plan Básico de Ordenamiento Territorial PBOT.

Como consecuencia de la anterior declaración, los demandantes solicitaron condenar al MUNICIPIO DE PRADERA a pagar, en favor de INVERSIONES CEPAPO S.A. EN LIQUIDACION, por concepto de perjuicios materiales, consistentes en la utilidad que dejó de percibir por el negocio que no pudo realizar con la Caja de Compensación Familiar COMFAUNION; perjuicios que estimó en la suma de MIL DOSCIENTOS SESENTA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$ 1.260.368.000.00). Además, solicitó la actora que se condenara al municipio demandado a pagar a la sociedad demandante por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a 1000 gramos de oro.

3. Fundamentos Fácticos:

Como fundamento de las pretensiones, el actor expuso los hechos que la Sala sintetiza así:

La sociedad INVERSIONES CEPAPO S.A. se constituyó en junio de 1996 y fue declarada disuelta y en estado de liquidación en diciembre del mismo año. Uno de los objetos sociales de esta compañía era *“la compraventa de lotes y demás bienes inmuebles, su parcelación, construcción y remodelación”*.

Se afirma en la demanda que la compañía demandante, ya encontrándose en estado de liquidación, y en desarrollo de su objeto social, inicia un proyecto inmobiliario en un lote de terreno ubicado en el municipio de Pradera, Departamento del Valle del Cauca; inmueble que le había sido adjudicado en desarrollo de la liquidación de la sociedad ETELCOPOS LTDA.

Según lo relatado en el libelo, transcurridos aproximadamente 10 años desde el momento en que se inició el proyecto, al solicitar la licencia de construcción el municipio demandado negó la expedición aduciendo que esta entidad territorial no había aprobado su plan de ordenamiento territorial, circunstancia que le impedía expedir licencias.

Considera la sociedad actora que lo anterior constituye una omisión que genera una falla del servicio, la que a su vez le generó daños, comoquiera que no pudo concretar su proyecto inmobiliario, ni tampoco perfeccionar algunos negocios con terceros sobre el referido lote.

2. Actuación procesal en primera instancia.

Mediante providencia de fecha 13 de mayo de 2003 el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca admitió la demanda (Fl. 463 Cdn.1), la que fue debidamente notificada a la entidad demandada el 20 de octubre siguiente (Fl. 473 Cdn.1).

El municipio de Pradera contestó la demanda en la oportunidad legal (Fls. 482-494 Cdn.1), mediante escrito en que manifestó que se oponía a las pretensiones; admitió algunos hechos, negó otros, y respecto de otros sostuvo que no le constaban. A propósito del estado de liquidación en que se encuentra la demandante, afirma que al tratarse de una sociedad cuyo objeto era la parcelación, construcción y remodelación de lotes destinados a vivienda; lo pertinente era el trámite administrativo de intervención, con el fin de que se tomara posesión de ésta y se procediera a su liquidación forzosa. Por lo tanto no era procedente el desarrollo de actividades propias del objeto social, teniendo en cuenta que el liquidador designado no había notificado al Alcalde Municipal.

En la contestación de la demanda se propusieron las excepciones de caducidad de la acción, ineptitud sustantiva de la demanda por indebida escogencia de la acción, culpa exclusiva del demandante. La primera de estas excepciones la fundamento en que la obligación que tenía los municipios de expedir el Plan Básico de Ordenamiento Territorial, vencía el 24 de enero de 1999, por lo tanto la actora contaba hasta el 24 de enero de 2001 para demandar. La indebida escogencia de la acción la sostuvo en que no existe ninguna omisión por parte de la administración, sino que se discute la no expedición de las licencias de construcción por la no aprobación del PBOT del municipio de Pradera. Finalmente, la culpa exclusiva de la compañía demandante la hace consistir en que ésta no solicitó previamente la licencias de construcción, y en que no solicitó la intervención del municipio para vender lotes, dado el Estado de liquidación en que se encontraba es sociedad.

Mediante auto de fecha 5 de diciembre de 2003, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca decretó la apertura a pruebas (Fl. 496 Cdn.1); y por auto de fecha 28 de noviembre de 2005 se corrió traslado común a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que presentara concepto escrito (Fls. 517 Cdn.1).

El 13 de diciembre de 2005 el apoderado judicial de la actora presentó sus alegatos de conclusión, insistiendo en que el Plan Básico de Ordenamiento Territorial reviste un aspecto de importancia para todos los municipios del país, al punto que el gobierno modificó los plazos para permitir que todos estos entes territoriales pudieran expedir el propio. En cuanto al argumento expuesto en la contestación de la demanda, según el cual lo que procedía era la liquidación obligatoria, sostiene que ello no es cierto, por cuanto INVERSIONES CEPAPO S.A EN LIQUIDACION no es una empresa que haya estado en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones (fls.521-524 Cdn.1).

El mismo 13 de diciembre de 2005, el apoderado judicial de la entidad demandada (Fls.518-520 Cdn.1) radicó sus alegatos de conclusión, en éstos reiteró que la obligación de expedir el Plan Básico de Ordenamiento Territorial no dependía exclusivamente del Municipio de Pradera, por lo tanto no existe omisión de esta entidad territorial, pues ésta cumplió con su parte de presentar oportunamente el proyecto de plan a consideración del Honorable Consejo Municipal y a las demás entidades; cosa distinta es que los organismos asesores interinstitucionales hayan hecho objeciones que generaron la demora en la expedición del PBOT.

El Ministerio Público en esta instancia no rindió concepto escrito.

3. Sentencia de primera instancia

El Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca negó las súplicas de la demanda. En el fallo se declaran imprósperas las excepciones propuestas por el municipio demandado, sin embargo, se niegan las pretensiones con base en dos argumentos: La inexistencia de una omisión por parte del municipio, toda vez que, según el a quo, la obligación de expedir el Plan Básico de Ordenamiento Territorial no dependía enteramente de éste, y lo que le correspondía hacer al respecto lo realizó oportunamente. En segundo lugar, se afirma en el fallo que, pese a que el anterior argumento resultaría suficiente para negar las pretensiones, advierte además, que no está demostrado el daño, comoquiera que las autorizaciones para adelantar el proyecto SERREZUELA, fueron adelantadas por la Compañía CEPAPO LTDA, persona jurídica distinta a INVERSIONES CEPAPO S.A- EN LIQUIDACION, que es la que aquí demanda. (Fls. 526-542 Cdn. Ppal).

El fallo, pese a que se expidió el 6 de abril de 2006, fue notificado a las partes mediante edicto el 16 de enero de 2007. (fl. 542, anverso Cdn. Ppal).

4. Recurso de Apelación

Encontrándose dentro de la oportunidad legal, la parte actora, mediante apoderado judicial, interpuso y sustentó recurso de apelación en contra de la sentencia del *a quo* (Fls.543- 545 Cdn. Ppal). Arguye que no es cierto que el municipio demandado haya realizado los trámites necesarios para adoptar el PBOT, pues se trató de una actividad realizada por pura inercia; además, el plazo previsto por la ley vincula al municipio y no a las demás entidades. De otra parte, a propósito del impedimento que presuntamente tendría la sociedad actora para desarrollar su objeto social mientras se encontraba en estado de liquidación, sostiene el recurrente que dicho impedimento se predica de actos nuevos realizados en desarrollo de tal objeto; pero que la sociedad mantiene incólume su capacidad de realizar actos que tienen que ver con su liquidación.

5. Actuación en segunda instancia.

1 El recurso de apelación fue admitido mediante providencia del 6 de agosto de 2007 (Fls. 552 Cdn. Ppal.) Mediante auto del 1 de febrero de 2008, se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; y al Ministerio Público para que, sí a bien lo tenía, presentara su concepto escrito. (fl. 554 Cdn. Ppal.).

Las partes y el Ministerio Público guardaron silencio.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corporación es competente para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, el 6 de abril de 2006, mediante la cual se negaron las súplicas de la demanda.

A efectos de determinar la competencia de la Sala para conocer de la segunda instancia del presente asunto, debe tenerse en cuenta lo previsto en el Decreto 597 de 1988, el cual señalaba que para el año 2003, toda vez que el recurso se presentó antes de que entraran en funcionamiento los Juzgados Administrativos; pues bien, en la fecha de presentación de la demanda, la cuantía mínima para que un proceso en acción de reparación directa fuere susceptible del recurso de apelación era de \$36.950.000.00, la cual se determina por el valor de las pretensiones, sin tomar en cuenta los frutos, intereses, multas o perjuicios reclamados como accesorios; que se causen con posterioridad al libelo introductorio. En el caso concreto la pretensión mayor fue por concepto de perjuicio material, que fue estimado en la suma MIL DOSCIENTOS SESETNA MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL PESOS (\$1.260.368.000.00), con lo cual se evidencia que el presente asunto debe ser ventilado en dos instancias, y para adelantar la segunda de estas instancias es competente esta Sala.

2. Objeto del Recurso.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandante en su escrito de apelación oportunamente presentado [siguiendo la sentencia de Sala Plena de Sección Tercera de 9 de febrero de 2012, expediente 21060]. Por lo cual la Sala procederá a analizar si la sociedad demandante al encontrarse en estado de liquidación estaba en condiciones de desarrollar o vender el proyecto de la urbanización Serrezuela; solo si la respuesta a este interrogante es afirmativa, la Sala pasará a examinar si existió o no una falla en el servicio del municipio demandado por la no expedición oportuna del Plan Basico de Ordenamiento Territorial.

Para resolver lo pertinente la Sala en primer lugar se reseñarán las pruebas obrantes en el proceso que se consideran trascendentes para tomar la decisión; luego se analizarán los presupuestos necesarios para que se configure la responsabilidad del Estado; a continuación se examinará el régimen de las licencias urbanísticas; enseguida se estudiarán los actos que pueden realizar las sociedades que se encuentran disueltas y en estado de liquidación; y finalmente, se analizará el caso concreto.

3. Hechos Probados

1. Comunicación de Acuavalle, dirigida al Administrador de ETELCOPOS LTDA, el 22 de abril de 1993, en el que se informa que para determinar la viabilidad de servicios de acueducto en el predio “La Serrezuela”, es necesario allegar un plano topográfico de la nivelación del terreno, y el plano de loteo con el número de viviendas a construir (fl.68 Cdn.1).
2. Escritura pública No. 1603 del 28 de febrero de 1994, mediante la cual se liquidó la sociedad ETELCOPOS LTDA, y en la que se le adjudicó el lote de terreno “La Serrezuela” que dio lugar a este proceso a CEPACO LTDA(fl. 24-58 Cdn.1).
3. Escritura pública No. 330 del 30 de marzo de 1995, mediante la cual CEPAPO LTDA, realizó el loteo del terreno denominado “La Serrezuela” (fls. 165-219 Cdn 1).
4. Certificado expedido el 30 de junio de 1995, por la Alcaldía del Municipio de pradera en el que hace constar la aprobación del plano de loteo urbanístico a la Sociedad CEPAPO LTDA, hecha el 5 de mayo de ese mismo año, para la urbanización “Serrezuela”; y que en la actualidad se encuentra adelantando trámites de aprobación de servicios públicos y estudios ambientales, para obtener la licencia de parcelación (fl.221 cdn1).
5. Comunicación de ENRIQUE POSADA PATIÑO, gerente de CEPAPO LTDA, de fecha 21 de septiembre de 1995, en la que solicita se le informe cuáles son los requisitos que debe presentar la empresa, para obtener la licencia de urbanización como también el permiso de enajenación, del proyecto denominado URBANIZACIÓN SERREZUELA I y II Etapa; y se advierte en este documento que dichas etapas se encuentran aprobadas a nivel de Planeación Municipal de Pradera desde enero 31 de 1995. (fl. 224 Cdn.1).
6. Documento suscrito por el Director de Planeación Municipal, en respuesta a la comunicación anterior (fl.225 Cdn.1).
7. Escritura pública No. 3497 del 20 de junio de 1996, mediante la cual la sociedad CEPAPO LTDA, ante la necesidad de desarrollar parte de su objeto social, concretamente el llevar a cabo proyectos urbanísticos, decidió escindir

algunos activos y con ellos conformar una nueva sociedad INVERSIONES CEPAPO S.A, para que fuera esta la que desarrollara en forma independiente tales proyectos (fls.2-20 cdn.1).

8. Certificado de existencia y representación de la sociedad INVERSIONES CEPAPO- EN LIQUIDACION. FL. 21-22 Cdn.1). En este documento consta que mediante escritura pública No. 1414 del 11 de diciembre de 1996, fue declarada disuelta y en estado de liquidación esta sociedad.

9. Comunicación de AcuaValle,

10.Certificado por la Sociedad de Acueductos y Alcantarillados del Valle del Cauca S.A. E.S.P, ACUAVALLE, expedido el 2 de octubre de 1997 en la que hace constar que la Urbanización Serrezuela cumplió todos los requisitos exigidos para la instalación de la red de acueducto de acuerdo con el proyecto aprobado por la subgerencia Operativa (fl 83 Cdn. 1).

11.Resolución No. 010, del 25 de noviembre de 1996, mediante la cual la Oficina de Planeación Municipal de la Alcaldía de Pradera- Valle, le concede a la sociedad CEPAPO LTDA, autorización para la enajenación de 541 lotes con servicios de acuerdo con el proyecto urbanístico aprobado por la misma oficina (fls.249-250 Cdn.1).

12.Comunicación de la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca, dirigida a CEPAPO LTDA., en la cual se le informa que con algunas modificaciones el proyecto puede ejecutarse conforme al plan de Manejo ambiental (fl. 157 Cdn.1).

13.Resolución No. 009 del 30 de diciembre de 1996, expedida por la Oficina de Planeación Municipal de la Alcaldía de Pradera –Valle, mediante la cual se le otorga a la Sociedad CEPAPO LTDA, la licencia urbanística para el desarrollo de la Urbanización Serrezuela.

4. Presupuestos de la Responsabilidad Extracontractual del Estado

En relación con la responsabilidad del Estado¹, la Carta Política de 1991 produjo su “constitucionalización”² erigiéndola como garantía de los derechos e intereses de los administrados³ y de su patrimonio⁴, sin distinguir su condición, situación e interés⁵. Como bien se sostiene en la doctrina,

“La responsabilidad de la Administración, en cambio, se articula como una garantía de los ciudadanos, pero no como una potestad⁶; los daños cubiertos por la responsabilidad administrativa no son deliberadamente causados por la Administración por exigencia del interés general, no aparecen como un medio necesario para la consecución del fin público”⁷.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado⁸, este concepto tiene como

¹ La “responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización”. Corte Constitucional, Sentencia C-333 de 1996. Postura que fue seguida en la sentencia C-892 de 2001, considerándose que el artículo 90 de la Carta Política “consagra también un régimen único de responsabilidad, a la manera de una cláusula general, que comprende todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones y abstenciones de los entes públicos”. Corte Constitucional, sentencia C-892 de 2001.

² En precedente jurisprudencial constitucional se indica: “El Estado de Derecho se funda en dos grandes axiomas: El principio de legalidad y la responsabilidad patrimonial del Estado. La garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos no se preserva solamente con la exigencia a las autoridades públicas que en sus actuaciones se sujeten a la ley sino que también es esencial que si el Estado en ejercicio de sus poderes de intervención causa un daño antijurídico o lesión lo repare íntegramente”. Corte Constitucional, Sentencia C-832 de 2001.

³ Derechos e intereses que constitucional o sustancialmente reconocidos “son derechos de defensa del ciudadano frente al Estado”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés*. 1ª reimp. México, Fontamara, 2007, p.49.

⁴ “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos”. Corte Constitucional, sentencia C-832 de 2001.

⁵ La “razón de ser de las autoridades públicas es defender a todos los ciudadanos y asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado. Omitir tales funciones entraña la responsabilidad institucional y la pérdida de legitimidad. El estado debe utilizar todos los medios disponibles para que el respeto de la vida y derechos sea real y no solo meramente formal”. Sentencia de 26 de enero de 2006, Exp. AG-2001-213. En la doctrina puede verse STARCK, Boris. *Essai d une théorie general de la responsabilité civile considerée en sa doublé fonction de garantie et de peine privée*. Paris, 1947.

⁶ “La responsabilidad, a diferencia de la expropiación, no representa un instrumento en manos de la Administración para satisfacer el interés general, una potestad más de las que ésta dispone al llevar a cabo su actividad, sino un mecanismo de garantía destinado a paliar, precisamente, las consecuencias negativas que pueda generar dicha actividad. La responsabilidad, por así decirlo, no constituye una herramienta de actuación de la Administración, sino de reacción, de reparación de los daños por ésta producidos”. MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*. 1ª ed. Madrid, Civitas, 2001, p.120.

⁷ MIR PUIGPELAT, Oriol. *La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema*., ob., cit., pp.120-121.

⁸ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de

fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública⁹ tanto por la acción, como por la omisión.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico). Conforme a lo cual se analizará el caso a resolver, desechando, de antemano, las excepciones propuestas por la entidad demandada, denominadas *“inexistencia del nexo de causalidad como elemento constitutivo de la responsabilidad del Estado y el rompimiento del nexo causal”*.

4.1 Daño Antijurídico

En cuanto al daño antijurídico, el precedente jurisprudencial constitucional señala que la,

*“... antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima. De otro lado, la concepción del daño antijurídico a partir de la consideración de que quien lo sufre no está obligado a soportarlo constituye otra forma de plantear el principio constitucional según el cual, la igualdad frente a las cargas públicas es sustento de la actividad de la administración pública”*¹⁰.

Justicia y, en especial, del Consejo de Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada – en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-037 de 2003.

⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, Exps.10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”. Sentencia de 13 de julio de 1993. En el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “En efecto, el artículo de la Carta señala que para que el Estado deba responder, basta que exista un daño antijurídico que sea imputable a una autoridad pública. Por ello, como lo ha reiterado esta Corte, esta responsabilidad se configura “siempre y cuando: i) ocurra un daño antijurídico o lesión, ii) éste sea imputable a la acción u omisión de un ente público”. Corte Constitucional, sentencias C-619 de 2002; C-918 de 2002.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: “El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en

Así pues, el precedente jurisprudencial constitucional ha señalado,

“La Corte Constitucional ha entendido que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación estatal armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho debido a que al Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración”¹¹.

De igual manera, el precedente jurisprudencial constitucional considera que el daño antijurídico se encuadra en los “principios consagrados en la Constitución, tales como la solidaridad (Art. 1º) y la igualdad (Art. 13), y en la garantía integral del patrimonio de los ciudadanos, prevista por los artículos 2º y 58 de la Constitución”¹².

Así mismo, queda claro que es un concepto constante en la jurisprudencia del Consejo Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un “Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”¹³. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable¹⁴, anormal¹⁵ y que se trate de una situación jurídicamente protegida¹⁶.

En el *sub judice*, se encuentra plenamente establecida la existencia del daño antijurídico, consistente en la muerte de GUSTAVO MOLANO MORALES,

el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996. Puede verse también: Corte Constitucional, sentencia C-918 de 2002. A lo que se agrega: “El artículo 90 de la Constitución Política le suministró un nuevo panorama normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado. En primer lugar porque reguló expresamente una temática que entre nosotros por mucho tiempo estuvo supeditada a la labor hermenéutica de los jueces y que sólo tardíamente había sido regulada por la ley. Y en segundo lugar porque, al ligar la responsabilidad estatal a los fundamentos de la organización política por la que optó el constituyente de 1991, amplió expresamente el ámbito de la responsabilidad estatal haciendo que ella desbordara el límite de la falla del servicio y se enmarcara en el más amplio espacio del daño antijurídico”. Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002.

¹² Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1996; C-832 de 2001.

¹³ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigirle al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sentencia de 9 de febrero de 1995. Exp.9550.

¹⁴ Sentencia de 19 de mayo de 2005. Rad. 2001-01541 AG.

¹⁵ “por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sentencia de 14 de septiembre de 2000. Exp.12166.

¹⁶ Sentencia de 2 de junio de 2005. Rad. 1999-02382 AG.

acaecida el día 9 de agosto de 1998, como consecuencia de la herida que en su humanidad se causó con arma de fuego el día 31 de julio de 1998, cuando transitaba por la calle decima entre carreras octava y novena de la ciudad de Pereira – Risaralda, en el momento en que dos agentes de la Policía Nacional perseguían a un ciudadano que para no ser requisado emprendió la huida.

Ciertamente, dicho daño es a todas luces antijurídico y de él se derivan los perjuicios, cuya reparación pretenden los demandantes y sobre los cuales se pronunciará la Sala, en el evento de encontrar acreditada la imputación del daño a la entidad demandada.

4.2 Imputación de la responsabilidad al Estado

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio –simple, presunta y probada-; daño especial –desequilibrio de las cargas públicas, daño anormal-; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en el precedente jurisprudencial constitucional se sostiene,

“La superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”¹⁷.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad¹⁸, según el cual, la indemnización

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

¹⁸ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: “*Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del*

del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica¹⁹. Debe quedar claro, que el derecho no puede apartarse de las “estructuras reales si quiere tener alguna eficacia sobre las mismas”²⁰.

Al respecto, cabe precisar que la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que “*parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones*”²¹. Siendo esto así, la imputación objetiva implica la “*atribución*”, lo que denota en lenguaje filosófico-jurídico una prescripción, más que una descripción. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de “*cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta*”²².

Esto, sin duda, es un aporte que se representa en lo considerado por Larenz según el cual había necesidad de “*excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar*”²³. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo

acto, es una imputación judicial (*imputatio iudiciaria*), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (*imputatio diiudicatoria*). KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: “*La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

¹⁹ El “*otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados*”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

²⁰ “*Tenía razón Welzel al considerar que el Derecho debe respetar estructuras antropológicas como la capacidad de anticipación mental de objetivos cuando se dirige al hombre mediante normas. Desde luego, si el ser humano no tuviera capacidad de adoptar o dejar de adoptar decisiones teniendo en cuenta motivos normativos, sería inútil tratar de influir en el comportamiento humano mediante normas prohibitivas o preceptivas*”. MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, 05-05-2003 [<http://criminnet.urg.es/recpc>], pp.6 y 7.

²¹ “*El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionados por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre*”. GIMBERNAT ORDEIG, E. *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*. Madrid, 1990, pp.77 ss.

²² MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, ob., cit., p.7.

²³ LARENZ, K. “*Hegelszurechnungslehre*”, en MIR PUIG, Santiago. “*Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal*”, ob., cit., p.7.

de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no²⁴.

Dicha tendencia es la que marcó el precedente jurisprudencial constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad²⁵ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación²⁶ que el juez está llamado a aplicar, de tal manera que se aplique como máxima que: “Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”²⁷.

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

²⁵ “El principio de proporcionalidad se compone de tres subprincipios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización... En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer subprincipio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación” (subrayado fuera de texto). ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62.

²⁶ “La ley de la ponderación pone de manifiesto que la ponderación puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.64.

²⁷ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). *Cátedra Ernesto Garzón Valdés.*, ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. *Between Facts and Norms*, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium

En ese sentido, el precedente jurisprudencial constitucional indica:

*“... el núcleo de la imputación no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible. Primero hay que determinar **si el sujeto era competente** para desplegar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección²⁸ frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible²⁹. Ejemplo: un desprevenido transeúnte encuentra súbitamente en la calle un herido en grave peligro (situación de peligro generante del deber) y no le presta ayuda (no realización de la acción esperada); posteriormente fallece por falta de una oportuna intervención médica que el peatón tenía posibilidad de facilitarle trasladándolo a un hospital cercano (capacidad individual de acción). La muerte no le es imputable a pesar de la evitabilidad y el conocimiento. En efecto, si no tiene una posición de garante porque él no ha creado el riesgo para los bienes jurídicos, ni tampoco tiene una obligación institucional de donde surja un deber concreto de evitar el resultado mediante una acción de salvamento, el resultado no le es atribuible. Responde sólo por la omisión de socorro y el fundamento de esa responsabilidad es quebrantar el deber de solidaridad que tiene todo ciudadano”³⁰.*

A lo que se agrega por el mismo precedente,

“En la actualidad, un sector importante de la moderna teoría de la imputación objetiva (la nueva escuela de Bonn: Jakobs, Lesch, Pawlik, Müssig, Vehling) estudia el problema desde una perspectiva distinta a la tradicional de Armin Kaufmann: el origen de las posiciones de garante se encuentra en la estructura de la sociedad, en la cual existen dos fundamentos de la responsabilidad, a saber:

*1) En la interacción social se reconoce una libertad de configuración del mundo (competencia por organización) que le permite al sujeto poner en peligro los bienes jurídicos ajenos; el ciudadano está facultado para crear riesgos, como la construcción de viviendas a gran escala, la aviación, la exploración nuclear, la explotación minera, el tráfico automotor etc. Sin embargo, la contrapartida a esa libertad es el surgimiento de **deberes de seguridad en el tráfico**, consistentes en la adopción de medidas especiales para evitar que el peligro creado produzca daños excediendo los límites de lo permitido. Vg. Si alguien abre una zanja frente a su casa, tiene el deber de colocar artefactos que impidan que un transeúnte caiga en ella. Ahora bien, si las medidas de seguridad fracasan y el riesgo se exterioriza amenazando con daños a terceros o el daño se produce – un peatón cae en la zanja- surgen los llamados **deberes de salvamento**, en los cuales el sujeto que ha creado con su comportamiento peligroso anterior (generalmente antijurídico) un riesgo para los bienes jurídicos, debe revocar el riesgo – prestarle ayuda al peatón y trasladarlo a un*

Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. *Habermas on Law and Democracy*. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

²⁸ Deberes de protección que es “una consecuencia de la obligación general de garantía que deben cumplir las autoridades públicas y se colige claramente de los artículos 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regulan el derecho a disponer de un recurso efectivo en caso de violaciones a los derechos humanos”. CASAL H, Jesús María. *Los derechos humanos y su protección. Estudios sobre derechos humanos y derechos fundamentales*. 2ª ed. Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2008, p.31.

²⁹ Cfr. Günther Jakobs. Regressverbot beim Erfolgsdelikt. Zugleich eine Untersuchung zum Grund der strafrechtlichen Haftung bei Begehung. ZStW 89 (1977). Págs 1 y ss.

³⁰ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

hospital si es necesario- (pensamiento de la injerencia). Esos deberes de seguridad en el tráfico, también pueden surgir por **asunción** de una función de seguridad o de salvamento, como en el caso del salvavidas que se compromete a prestar ayuda a los bañistas en caso de peligro.

Los anteriores deberes nacen porque el sujeto ha configurado un peligro para los bienes jurídicos y su fundamento no es la solidaridad sino la creación del riesgo. Son **deberes negativos** porque su contenido esencial es no perturbar o inmiscuirse en los ámbitos ajenos. Corresponde a la máxima del derecho antiguo de no ocasionar daño a los demás.

2) Pero frente a la libertad de configuración, hay deberes que proceden de instituciones básicas para la estructura social (competencia institucional) y que le son impuestas al ciudadano por su vinculación a ellas. Por ejemplo, las relaciones entre padres e hijos y ciertas relaciones del estado frente a los ciudadanos. Estos deberes se caracterizan, porque el garante institucional tiene la obligación de configurar un mundo en común con alguien, de prestarle ayuda y **protegerlo contra los peligros que lo amenacen**, sin importar que el riesgo surja de un tercero o de hechos de la naturaleza. Vg. El padre debe evitar que un tercero abuse sexualmente de su hijo menor y si no lo hace, se le imputa el abuso.

Los deberes institucionales se estructuran aunque el garante no haya creado el peligro para los bienes jurídicos y se fundamentan en la solidaridad que surge por pertenecer a ciertas instituciones básicas para la sociedad. Se trata de **deberes positivos**, porque contrario a los negativos en los cuales el garante no debe invadir ámbitos ajenos, en éstos debe protegerlos especialmente contra ciertos riesgos^{31,32}.

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

“Si alguien tiene deberes de seguridad en el tráfico, lo trascendente para la imputación es si esa persona desplegó deberes de diligencia para evitar que el peligro creado no excediera los límites de lo prohibido. Si se es garante, no interesa si el sujeto originó un curso causal (acción) o no impidió el desarrollo del mismo (omisión), sino, si ha cumplido con los deberes de seguridad que le impone el ejercicio de una actividad peligrosa. Vg. Si alguien maneja una represa y el agua se desborda ocasionándole daño a una población, en el juicio de imputación lo sustancial no es si el operario abrió la compuerta mas (sic) de lo debido (acción) o simplemente no la cerró a tiempo (omisión); lo fundamental es si cumplió o no con los deberes de seguridad que surgían del control de una fuente de peligro. Lo mismo acontece, cuando en virtud de relaciones institucionales se tiene el deber de resguardar un determinado bien jurídico contra determinados riesgos. El padre de familia incumple sus deberes de protección frente a su hijo, no sólo cuando entrega el arma homicida, también lo hace cuando no evita que un tercero le ocasione una lesión mortal. En la actualidad, se afirma que la técnica moderna y el sistema social, hacen intercambiables la acción y la omisión³³. Günther Jakobs ha demostrado que todos los problemas del delito de omisión son trasladables a la acción. Hay conductas activas, socialmente adecuadas, que se convierten en un riesgo jurídicamente

³¹ Cfr. Günther Jakobs. Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre (studienausgabe). 2 Auflage. Walter de Gruyter. Berlin. New York. 1993. Pags. 796 y ss.

³² Corte Constitucional, sentencia SU-1184 de 2001.

³³ Cfr. Javier Sánchez-Vera. Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit der Zurechnung bei Tun und Unterlassen. Duncker & Humboldt Berlin 1999. Pags. 51 y ss Kurt Seelmann. Grundlagen der Strafbarkeit. Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 1. Reihe. Alternativkommentare. Luchterhand. Neuwied. 1990. Pag. 389.

desaprobado cuando la persona tiene una posición de garante. Ejemplo: es socialmente adecuado apagar la luz del portón de una casa (acción) aun cuando sea probable que un peatón puede tropezar en la oscuridad; pero se convierte en un comportamiento prohibido (apagar la luz) si el propietario ha realizado una construcción frente a ella, porque al crear una fuente de peligro aparecen deberes de seguridad en el tráfico: alumbrar la obra para que nadie colisione con ella”³⁴.

Ahora bien, la Sala advierte que en aplicación del principio del *iura novit curia* se analiza el caso adecuando los supuestos fácticos al título de imputación que se ajuste debidamente, sin que esto implique una suerte de modificación o alteración de la causa *petendi*, ni que responda a la formulación de una hipótesis que se aleje de la realidad material del caso, ni que se establezca un curso causal hipotético arbitrario.

De manera que es posible analizar la responsabilidad patrimonial del Estado bajo un título de imputación diferente a aquel invocado en la demanda, en aplicación al principio *iura novit curia*, que implica que frente a los hechos alegados y probados por la parte demandante, corresponde al juez definir la norma o el régimen aplicable al caso, potestad del juez que no debe confundirse con la modificación de la causa *petendi*, esto es, de los hechos que se enuncian en la demanda como fundamento de la pretensión³⁵.

“La circunstancia de que los hechos relatados en la demanda sean constitutivos de una falla del servicio, o conformen un evento de riesgo excepcional o puedan ser subsumidos en cualquier otro régimen de responsabilidad patrimonial de los entes públicos, es una valoración teórica que incumbe efectuar autónomamente al juzgador, como dispensador del derecho ante la realidad histórica que las partes demuestren”³⁶.

5. El régimen de las licencias urbanísticas

El régimen de las licencias urbanísticas vigente para la época en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a esta demanda, estaba previsto en el artículo 63 de la ley 9 de 1989, que para el efecto consagraba:

³⁴ Corte Constitucional, Sentencia SU-1184 de 2001.

³⁵ Consejo de Estado, sentencia de 3 de octubre de 2007, Exp. 22.655.

³⁶ Sentencia de 20 de febrero 1989, Exp. 4655.

“Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación y reparación, demolición de edificaciones o de urbanización y parcelación para construcción de inmuebles, de terrenos en las áreas urbanas, suburbanas, y rurales de los municipios, se requiere permiso o licencia expedido por los municipios, áreas metropolitanas, del Distrito Especial de Bogotá o de la Intendencia de San Andrés y Providencia. El funcionamiento de establecimientos comerciales, industriales, institucionales, administrativos y de servicios requerirá de licencia de uso y funcionamiento expedido por las mismas. Las entidades enumeradas en el inciso anterior tendrán un término máximo de noventa (90) días hábiles para pronunciarse sobre las solicitudes de otorgamiento de las licencias de urbanización y construcción y de cuarenta y cinco (45) días para las licencias de uso y funcionamiento contados desde la fecha de la solicitud. Vencidos los plazos anteriores sin que la autoridad se hubiere pronunciado, las solicitudes de licencias se entenderán aprobadas en los términos solicitados pero en ningún caso en contravención a las normas que regulen la actividad. El plazo en el caso de las licencias de construcción podrá prorrogarse hasta en la mitad del mismo, mediante resolución motivada, por una sola vez, cuando el tamaño o la complejidad del proyecto lo ameriten. La invocación del silencio administrativo positivo se someterá al procedimiento previsto en los artículos 41 y 42 del Decreto-Ley 1 de 1984”.

Si bien es cierto con posterioridad esta normatividad ha sido modificada, entre otras por la ley 388 de 1997, esta la legislación posterior no resulta aplicable a los hechos alegados por la actora, puesto que ésta dejó de ejercer su objeto social desde el 11 de diciembre de 1996, como se demostrará más adelante.

Concepto y naturaleza jurídica de las licencias de construcción

Doctrinariamente se ha sostenido que:

“Por licencia se entienden comúnmente situaciones jurídicas derivadas de particularidades propias del Estado intervencionista, mediante acciones de verificación y control tendientes a otorgar la habilitación para el ejercicio de ciertas actividades o derechos. Bajo esta consideración, se entiende por licencia toda decisión previa de la administración que contenga autorizaciones, permisos, anuencias, consentimientos o aprobaciones para ejecutar determinadas actividades”³⁷.

Acerca de la licencia de construcción la doctrina ha dicho que se trata de actos administrativos que superan la visión individualista y que están atados a una visión colectiva del derecho administrativo. Conforme con lo anterior, se le atribuyen entre sus características, que constituyen actos administrativos provisionales, esto es, sujetos a un término de vigencia específico, que además pueden ser en cualquier momento confrontados con las normas urbanísticas vigentes. Sobre el particular se ha dicho:

³⁷ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativos de Licencia Urbanística*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, No. 2, primer semestre de 2009, Pág. 43.

“Los actos administrativos que confieren permisos, licencias, autorizaciones y similares, son actos provisionales, subordinados al interés público y, por lo tanto, a los cambios que se presenten en el ordenamiento jurídico respectivo, cuyas disposiciones, por ser de índole policiva, revisten el mismo carácter, como ocurre con las normas pertinentes al caso, esto es, las relativas al uso del suelo y desarrollo urbanístico. Quiere decir ello que los derechos o situaciones jurídicas particulares nacidos de la aplicación del derecho policivo, no son definitivos y mucho menos absolutos”³⁸.

La provisionalidad que reviste las licencias se materializa en que las mismas son otorgadas por un lapso determinado. La expiración del término de la licencia es sinónimo de pérdida de vigencia del acto administrativo. Para el efecto es útil recordar que el artículo 66 del Código Contencioso Administrativo establece la pérdida de vigencia del acto administrativo, como motivo de pérdida de fuerza ejecutoria del mismo. Así las cosas, dicho vocablo, “vigencia”, denota el plazo que en principio se le otorga al particular para ejecutar el mismo. En este caso, el vencimiento del término de 6 meses otorgado por la licencia de construcción 029, lo dejaba sin fuerza de ejecutoria.

6. Los actos que pueden realizar las sociedades disueltas y en Estado de Liquidación.

Por cuanto la demandante es una sociedad anónima disuelta y en estado de liquidación desde el 11 de diciembre de 1996, resulta oportuno examinar qué actos podía adelantar esta compañía a partir de esa fecha. En ese propósito la Sala examina el artículo 222 del Código de Comercio que establece:

Art. 222._ Liquidación de la Sociedad. Disuelta la sociedad se procederá de inmediato a su liquidación. En consecuencia, no podrá iniciar nuevas operaciones en desarrollo de su objeto y conservará su capacidad jurídica únicamente para los actos necesarios a la inmediata liquidación. Cualquier operación o acto ajeno a este fin, salvo los autorizados expresamente por la Ley, hará responsables frente a la sociedad, a los asociados y a terceros, en forma ilimitada y solidaria, al liquidador, y al revisor fiscal que no se hubiere opuesto.

6. Análisis del caso concreto

³⁸ JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA, *Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado social y democrático de Derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento y la decisión administrativos de Licencia Urbanística*, en *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Universidad Externado de Colombia, No. 2, primer semestre de 2009, Pág. 50.

En el sub judice, la sociedad INVERSIONES CEPACO S.A. en liquidación, no demostró el daño antijurídico alegado, comoquiera que el hecho dañoso, esto es, el incumplimiento del municipio de Pradera en la expedición de su Plan Básico de Ordenamiento Territorial, dentro de los términos previstos por la ley 388 de 1997, es una obligación que se le impuso mediante esta legislación, que entró a regir el 18 de agosto de 1997, y en esa fecha la demandante ya estaba en imposibilidad de adelantar su objeto social; por lo tanto, no podía válidamente tramitar licencias o autorizaciones para adelantar proyectos urbanísticos.

En efecto, la sociedad INVERSIONES CEPACO S.A. se creó por la escisión de la Sociedad CEPACO LTDA, mediante la escritura pública No. 3497 del 20 de junio de 1996, en este instrumento público se consignó:

“Aprobación de la escisión de la Sociedad.

El presidente de la reunión explica a la Junta sobre los negocios de la sociedad y los proyectos que se tienen de dedicar parte del patrimonio social a desarrollos urbanísticos e industriales, para lo cual se hace necesario que algunos activos sean objeto de escisión, para conformar con los mismos una nueva sociedad, para que sea esta la que desarrolle en forma independiente los proyectos aquí aludidos” (fl.2 Cdn1).

Entre los activos escindidos de la Sociedad Escidente, se encuentra el inmueble en el que CEPACO LTDA tenía proyectado adelantar el proyecto urbanístico denominado la Serrezuela.

Como consecuencia de tal escisión, en ese mismo instrumento público se creó la sociedad INVERSIONES CEPACO S.A, aquí demandante, y se estipuló que su objeto sería:

a) la compra venta de lotes y demás bienes inmuebles, su parcelación, construcción y remodelación

b) la inversión y compraventa de acciones, títulos de inversión y títulos valores en general.

c) La promoción y formación de empresas comerciales o industriales y el aporte a ellas de toda clase de bienes, la inversión de capital o el aporte de industria en sociedades o empresas y venta de lotes y terrenos.

d) El estudio, programación y administración de planes promocionales, construcción y venta de urbanizaciones, parcelaciones, centros de vivienda, industriales y comerciales....” [Subrayado fuera de texto] (fl.10 Cdn.1).

Obra también en el expediente la escritura pública No. 1414 otorgada por la Notaría Única de Pradera- Valle, EL 11 de diciembre de 1996, mediante la cual los

socios determinaron disolver anticipadamente la Sociedad INVERSIONES CEPAPO S.A, en este instrumento público se consignó:

“Considerando que es voluntad de los accionistas que la persona jurídica INVERSIONES CEPAPO S.A. sea disuelta y liquidada en forma definitiva Resuelve:

- 1. Decretar la disolución anticipada de la Sociedad por voluntad de los accionistas(sic) a partir de la fecha*
- 2. Nombrar como liquidador de la Sociedad al señor Enrique Posada Patiño*
- 3. Ordenar al liquidado la venta de los activos de la Sociedad.*
- 4. Ordenar al representante legal de la sociedad elevar la presente acta a escritura pública y registrarla en la Cámara de Comercio” (fl. 506 Cdn1).*

La anterior escritura fue registrada en la Cámara de Comercio de Cali, según consta en el certificado de existencia y representación de dicha compañía en el que se lee:

“Que por escritura Nro. 1414 del 11 de diciembre del año 1996, Notaría Única de Pradera, inscrita en Cámara de Comercio el 12 de diciembre del año 1996 bajo el No. 09254 del Libro IX, fue declarada disuelta y en estado de liquidación”.

Así las cosas, en virtud de lo dispuesto por el artículo 222 del Código de Comercio, a partir del 12 de diciembre de 1996 la Sociedad demandante estaba en imposibilidad de adelantar cualquier gestión tendiente a vender lotes vinculados con proyectos urbanísticos. En consecuencia sólo podía vender sus activos con fines de liquidación, y dentro de los mismos no existía ninguna licencia urbanística que le hubiese sido otorgada, la misma fue otorgada a otra sociedad, CEPAPO LTDA, el 30 de diciembre siguiente; por ello el recurrente se equivoca al sostener que no se trataba de una nueva operación; es evidente que sí lo era, puesto que esa sociedad no solicitó ninguna licencia ni adelantó trámite alguno ante el municipio demandado tendiente a llevar a cabo la urbanización La Serrezuela, durante el corto lapso que transcurrió entre su creación y su liquidación (20 de junio de 1996- 11 de diciembre de 1996). Los trámites para obtener permisos y licencias para dicha urbanización los llevó a cabo, incluso durante el anterior periodo, otra sociedad, CEPAPO LTDA.

De lo anterior se desprende que cualquier venta de inmueble que realizara a partir del 12 de diciembre de 1996 INVERSIONES CEPAPO S.A., ya disuelta y en estado de liquidación, no podía tener por objeto nada distinto que la enajenación tendiente a lograr la liquidación de la misma. Esto mismo lo corrobora el representante de tal sociedad y liquidador de dicha sociedad, Enrique Posada Patiño, en el interrogatorio que absolvió ante el magistrado ponente integrante de

la Sala que profirió la sentencia de primera instancia, cuando al preguntársele por qué en desarrollo del objeto social no hizo los trámites pertinentes para solicitar la expedición de licencias de construcción y urbanismo, contesto:

“ De acuerdo al Acta No. 004 de la empresa en liquidación decide ordenar al liquidador la venta de los activos de la sociedad, sin ningún tipo y posibilidad de desarrollo urbanístico motivo por el cual los trámites de licencias y permisos los venía efectuando la EMPRESA CEPAPO LTDA...”

Lo anterior evidencia a la Sala que el 11 de diciembre de 1996, fecha en la que se disuelve la sociedad demandante, el plazo para expedir el plan de básico de ordenamiento territorial, cuya omisión se alega en la demanda como el hecho dañoso, ni siquiera había empezado a correr; pues esta es una obligación impuesta por una legislación posterior ley 388 de 1997; y cuando esta obligación se venció para el municipio de pradera, el 31 de diciembre de 2000, ya dicho incumplimiento no podía causar daño alguno a la sociedad INVERSIONES CEPAPO S.A en liquidación, comoquiera que esta no podía adelantar proyecto urbanístico alguno, y la venta que podía hacer respecto de sus activos no podía tener otro propósito que liquidar el patrimonio de esa sociedad, sin que dichos activos pudiesen estar vinculados a algún proyecto urbanístico. Los bienes inmuebles que el liquidador estaba autorizado a vender ya no se podían enajenar como activos móviles sino como activos fijos, y en ese sentido, no podían estar vinculados a proyectos urbanísticos, puesto que la sociedad ya disuelta no podía desarrollar su objeto social.

Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia, comoquiera que no se acreditó el primero de los elementos necesarios para que haya responsabilidad del estado, esto es, el daño antijurídico. En efecto, la inexistencia de un plan básico de ordenamiento territorial del municipio de Pradera- Valle, después del 31 de diciembre de 2000 no constituye una lesión a la sociedad demandante, por cuanto la misma en esa fecha no estaba autorizada para desarrollar su objeto social, esto es, vender proyectos urbanísticos; simplemente estaba a autorizada a vender sus activos fijos con fines de liquidación y para ello no requería de la existencia del plan básico de ordenamiento territorial.

8. Condena en costas

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 446 de 1998, sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y en este caso la Sala encuentra que la sociedad demandante actuó con temeridad.

En efecto el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, vigente en el momento en que se interpuso el recurso de apelación; y el artículo 79 del código General del Proceso, vigente en la fecha de esta providencia, determinan que se actúa con temeridad cuando, entre otras hipótesis, sea manifiesta la carencia de fundamento legal del recurso, o a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad. En el sub judice, es evidente que la parte actora sabía que con ocasión de su disolución no podía ejercer su objeto social; no obstante ello, y aunque el Tribunal de primera instancia lo había advertido, insistió en un recurso carente del fundamento legal, pues el mismo liquidador a resolver el interrogatorio admitió que la licencia de construcción estaba siendo solicitada por otra empresa, debido a que INVERSIONES CEPAPO S.A. en liquidación no podía desarrollar su objeto social desde el 12 de diciembre de 1996, fecha de su disolución. En consecuencia, es evidente la temeridad con la que se actuó al proponer el recurso de apelación que aquí se resuelve, por lo cual habrá de condenarse en costas a la sociedad demandante, liquídense por secretaría.

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 y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. CONFIRMESE la sentencia de 6 de abril de 2006 proferida por el Tribunal Contencioso Administrativo del Valle del Cauca, pero por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDÉNASE en COSTAS a la sociedad INVERSIONES CEPAPO S.A en liquidación. Liquídense por secretaría.

Devuélvase el expediente al Tribunal de origen una vez ejecutoriada la presente sentencia.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA
Presidente de la Sala

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado
Aclaró voto

ACLARACIÓN DE VOTO DEL CONSEJERO GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

**CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS - Aclaración de voto:
Alcance relativo del fenómeno. Constitucionalización presentada con
anterioridad a la Constitución Política de 1991**

[De una parte,] la constitucionalización de este ámbito del derecho no es asunto nuevo, como que antes de la carta de 1991, las decisiones del Consejo de Estado tuvieron por fundamento preceptos constitucionales, en particular el artículo 16 de la Constitución de 1886. (...) Cuidadosa construcción jurisprudencial que en todo caso, (...) supuso la erosión de otros ámbitos del derecho y, en particular, de las categorías generales del derecho de daños que (...) siguen siendo la columna vertebral de la responsabilidad patrimonial del Estado. A tal punto fue la influencia de la jurisprudencia centenaria en la construcción de todas las particularidades del daño indemnizable en el ámbito público, que fue base fundamental para la redacción del artículo 90 superior. (...) [Y], de otra, sus consecuencias no son tan amplias como un sector de la doctrina plantea. Referencias genéricas a ese fenómeno pueden desnaturalizar el derecho daños al punto de convertirlo en un simple método judicial de aseguramiento y conlleva a admitir una especie de “colonización principialística” que restringe el campo de acción de las categorías, normas, métodos de interpretación e instituciones que orientan su aplicación.

NOTA DE RELATORÍA: Síntesis del caso: Se demanda al municipio de Pradera por los perjuicios ocasionados al no expedir oportunamente el Plan Básico de Ordenamiento Territorial y por ello negar licencia de construcción. Problema jurídico: ¿La constitucionalización del derecho de daños se consolidó a partir de la expedición de la Constitución Política colombiana de 1991?.

**POSICIÓN DE GARANTE - Reiteración de voto disidente / DAÑO
ANTI JURÍDICO - Reiteración de posición jurisprudencial en voto disidente**

NOTA DE RELATORÍA: De conformidad con lo manifestado por el despacho, las consideraciones acerca del voto disidente se encuentran consignadas en los numerales 2 de la aclaración de voto presentada en el exp. 33494 y en el numeral 2 de la aclaración de voto radicada en el exp. 53704, ambos del año 2016.

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

Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Bogotá, D.C., diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 76001-23-31-000-2003-00707-01(33870)

Actor: INVERSIONES CEPAPO S.A. - EN LIQUIDACIÓN

Demandado: MUNICIPIO DE PRADERA

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA (ACLARACIÓN DE VOTO)

Temas: CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE DAÑOS-Alcance relativo del fenómeno. POSICIÓN DE GARANTE-reiteración aclaración de voto 33.494/2016. DAÑO ANTIJURÍDICO-Reiteración aclaración de voto 53.704/2016.

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto la decisión adoptada en la providencia de 10 de noviembre de 2016, aclaro voto en cuanto a los siguientes asuntos:

1. Según el fallo la “constitucionalización” del derecho de daños y, en especial, los principios de equidad y solidaridad que le sirven de base alteran a la visión “tradicional” de la materia (f. 7).

La constitucionalización de este ámbito del derecho no es asunto nuevo, como que antes de la carta de 1991, las decisiones del Consejo de Estado tuvieron por fundamento preceptos constitucionales, en particular el artículo 16 de la Constitución de 1886. Cuidadosa construcción jurisprudencial que en todo caso, en momento alguno, supuso la erosión de otros ámbitos del derecho y, en particular, de las categorías generales del derecho de daños que –con todo y las especiales particularidades del derecho administrativo– siguen siendo la columna vertebral de la responsabilidad patrimonial del Estado. A tal punto fue la influencia de la jurisprudencia centenaria en la construcción de todas las particularidades del

daño indemnizable en el ámbito público, que fue base fundamental para la redacción del artículo 90 superior.

Tampoco es cierto que la equidad sea una novedad en la definición de los elementos estructurales de esta materia. La equidad ha jugado y seguirá jugando un rol correctivo en las decisiones judiciales, para subsanar los defectos derivados de la generalidad las normas y, por ello, viene en auxilio del derecho (arts. 230 C.N., 5 de la Ley 153 de 1887, 32 del Código Civil, 37.8 y 304 del CPC -hoy retomado por el artículo 280 del CGP- y 871 Código de Comercio entre otros), pero no supone la anulación del mismo. La equidad no está en contra de la seguridad jurídica y tampoco justifica una resolución judicial contraria a la ley.

La tendencia a exigir de manera “expansiva” la responsabilidad del Estado con fundamento en la constitucionalización, contraviene el preciso alcance del artículo 90 de la C.N., pues se funda más en criterios de solidaridad, propios del ámbito de políticas públicas ajenos al juzgador, que en categorías del derecho de daños que es el entorno de la justicia administrativa.

En definitiva, la “constitucionalización” del derecho en estos ámbitos, de una parte, no es un asunto nuevo y, de otra, sus consecuencias no son tan amplias como un sector de la doctrina plantea. Referencias genéricas a ese fenómeno pueden desnaturalizar el derecho daños al punto de convertirlo en un simple método judicial de aseguramiento y conlleva a admitir una especie de “colonización principalística” que restringe el campo de acción de las categorías, normas, métodos de interpretación e instituciones que orientan su aplicación.

2. En cuanto a la posición de garante y la anormalidad del daño antijurídico me remito a los numerales 2 del salvamento de voto 33.494/2016 y 2 de la aclaración de voto 53704/2016, respectivamente.

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Magistrado