

RESPONSABILIDAD ESTATAL POR DAÑO ESPECIAL EN OBRA PÚBLICA ANÁLISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

Adalberto Velásquez Segrera *

RESUMEN

El presente artículo pretende analizar la posible responsabilidad que puede generarse para el Estado, en virtud del despliegue de una de sus funciones: la construcción de obras públicas, específicamente bajo el título de imputación del daño especial, observando como las afectaciones de las obras estatales genera un rompimiento de la igualdad de las cargas públicas de los ciudadanos, que no están obligados a soportarla, acorde con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal que al respecto se ha elaborado. Ello teniendo claro que el punto de partida es el artículo 90 de la Constitución política de Colombia y los diferentes pronunciamientos que el Consejo de Estado ha producido.

Palabras clave: Daño antijurídico, daño especial en obra pública, desigualdad en las cargas públicas, responsabilidad del Estado.

Sumario. INTRODUCCIÓN. 1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. 2. EL DAÑO. 3. EL CONCEPTO DE DAÑO ESPECIAL. 4. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES DEL DAÑO ESPECIAL EN OBRA PÚBLICA. CONCLUSIONES. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

INTRODUCCIÓN

El presente artículo, pretende realizar un análisis doctrinal y jurisprudencial acerca de la responsabilidad patrimonial del Estado en la obra pública, específicamente en el título de imputación del daño especial.

* Abogado, Especialista en Derecho Administrativo. Litigante en Derecho Civil y Derecho Administrativo; Representante judicial del Instituto de Desarrollo Urbano – IDU – Bogotá D.C. Artículo académico para optar al título de Especialista en Derecho Procesal en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, 2019. Correo electrónico: adalberto.velasquez@udea.edu.co.

La importancia de este tema deriva en la observación de la cantidad de procesos que se tramitan en contra del Estado cuando se presenta una desigualdad en las cargas públicas que no está obligado a soportar el ciudadano.

En este sentido, se debe observar el periodo de 2008 a 2018 en donde la tasa de litigiosidad en contra del Estado aumentó considerablemente, así como lo señala el informe: “El litigio contra las ciudades capitales en Colombia” (Asocapitales, Universidad El Rosario, 2019). Según dicho informe, podemos constatar que, tratándose del medio de control de nulidad y restablecimiento del Derecho, el 59% correspondió a fallos en los que se condenó a las ciudades capitales.

Con relación a los procesos de reparación directa, se pudo evidenciar que solo en el 31% de los casos, las ciudades capitales fueron condenadas. Entre los temas más representativos en este tipo de acción, se encontraron la construcción y el mantenimiento de la malla vial que corresponde al 16% de los procesos; la demolición de inmuebles públicos o privados representa un 11%, y la expropiación administrativa u ocupación de bienes un 10%.

Ahora bien, para el análisis propuesto se desarrollará en primer lugar, una aproximación conceptual de la responsabilidad patrimonial del Estado a partir del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Así, dicha directriz constitucional, en forma clara determina, que quien deba soportar un daño al cual no esté jurídicamente obligado, debe ser reparado en la misma proporción de la afrenta recibida de forma integral, a efecto de efectivizar el principio de igualdad.

En segundo lugar, se analizará el concepto del daño como derivado de un hecho y las consecuencias jurídicas que este produce a un bien jurídico que puede clasificarse como patrimonial o extrapatrimonial.

Posteriormente se abordará la teoría del daño especial, como título de imputación jurídica al Estado, cuando las consecuencias de la actividad legítima de la administración desbordan la igualdad de las cargas públicas, en lo que tiene que ver con la construcción de obras de carácter

público, de donde se pueden deducir los elementos constitutivos del mismo: i) un hecho u operación administrativa causante del daño proveniente de una actividad legítima del Estado, con el cual se cause un sacrificio superior a determinado(s) asociado(s), del que normalmente soportan los administrados en general; ii) una actuación que produzca una lesión cierta, particular y concreta; y iii) un nexo de causalidad entre la actuación de la administración y el daño causado.

Por último, se hará un análisis a partir de algunas sentencias relevantes proferidas por el Consejo de Estado en las cuales se desarrolla el tema del daño en obra pública y cuál ha sido su desarrollo jurisprudencial en los últimos cinco años, en los cuales se pretende evidenciar si ha existido un cambio sustancial en los pronunciamientos de este órgano jurisdiccional de cierre de lo Contencioso Administrativo.

El desarrollo de este artículo se llevará a cabo utilizando un método de análisis, el cual se refiere a la separación y revisión independiente de cada una de las partes de estudio o de las normas que componen el objeto mismo de análisis, lo que permite su comprensión plena y las relaciones que las unen; de este modo, se pretende profundizar y comprender el tema en examen a partir de la reflexión de cada uno de sus elementos integrantes.

1. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

1.1 APROXIMACIÓN CONCEPTUAL

La responsabilidad patrimonial del Estado se consagró e instrumentó en forma adecuada a partir del artículo 90 de la Constitución Política de Colombia. Así, dicha directriz en forma clara determinó, que quien deba soportar un daño al cual no esté jurídicamente obligado, debe ser reparado en la misma proporción de la afrenta recibida de forma integral, a efecto de hacer viable el principio de igualdad. Ahora bien, debe precisarse que, para que se configure un daño antijurídico, es necesario que la persona no tenga el deber legal de soportarlo. Ahora bien:

El daño antijurídico es aquel que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no existe una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo. (Santofimio, 2017, p. 444)

En este sentido, cabe precisar que la obligación de reparar por parte del Estado, siempre surge del deber jurídico, el cual está consagrado en el artículo 2º de la Constitución Política Nacional, en donde se torna imperativo para este, asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. El deber se tiene que materializar para poder establecer quién es el titular; una vez está materializado, pasamos a un segundo presupuesto que es la exigencia de un derecho.

Plantea la doctrina respecto de la responsabilidad patrimonial del Estado lo siguiente:

La responsabilidad patrimonial del Estado es uno de los temas con mayor tensión jurídica. De igual forma no debe perderse de vista que la fuente de este sistema de responsabilidad estatal proviene de las reglas de imputación y atribución del derecho civil. Así pues, al resolver si el Estado tiene que responder con ocasión de la ocurrencia de un daño antijurídico. (Amaya Rodríguez, 2019, p. 133)

Adicionalmente, tanto el Consejo de Estado como la Corte Constitucional han coincidido en que para que se configure la responsabilidad patrimonial del Estado, es menester que se haga atribuible un “título jurídico”, distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión.

El Estado será patrimonialmente responsable por los daños antijurídicos causados por la acción u omisión imputable a sus agentes. En efecto, dos son los postulados que fundamentan dicha responsabilidad: i) El daño antijurídico, y ii) la imputación del mismo a la administración, sin que sea posible predicar la existencia y necesidad y/o valoración y análisis de otro tipo de componentes a efectos de configurar la responsabilidad. (Consejo de Estado, 2014, Expediente 27.136)

Así, para poder atender la mencionada obligación resarcitoria, la Ley 1437 de 2011 en su artículo 140 retoma lo establecido en el artículo 86 del derogado Decreto 01 de 1984, respecto a la acción de reparación directa (hoy medio de control), con el cual, quienes se consideren agraviados por una actuación ilícita o lícita por parte del Estado, podrían solicitar de aquel el resarcimiento por su menoscabo, basando su reclamación en la omisión o la actuación de la administración pública, por lo cual, dentro de los regímenes objetivos o subjetivos de responsabilidad del Estado, en ejercicio de la jurisdicción, se han encontrado sustentados caminos para hacer efectiva la tercera regla de Ulpiano de “dar a cada uno lo suyo.” (Petit, 1959, p. 19)

Así las cosas, es pertinente señalar cuál es el orden jurídico político de la responsabilidad extracontractual del Estado, ya que esta permite establecer cómo se configura el vínculo entre el individuo y el Estado, es así como los ciudadanos tienen unos deberes y obligaciones, los cuales se pueden ver consagrados en el artículo 95 de la Constitución Política, en otras palabras, los ciudadanos pueden llegar a ser responsables del incumplimiento de las obligaciones generales que el Estado establece.

En este sentido, Santofimio (2017), ha expresado:

Congruente con el ejercicio del poder institucionalizado, el Estado de derecho proclama la inevitable necesidad de hacer a los organismos públicos y a las personas a ellos vinculadas responsables de manera general frente al ordenamiento jurídico, y de manera personal cuando hubiesen desbordado los parámetros definidos para el ejercicio de sus funciones. Esta responsabilidad lleva las condenas patrimoniales a cargo de unos y otros en caso de generarse daños de carácter antijurídico que hicieren necesario restablecer en sus derechos o indemnizar a los asociados. (p. 118)

Es importante resaltar que existe una relación intrínseca entre los conceptos de derecho y obligación; toda vez que, sin derechos, no podría hablarse de obligaciones. Con relación a los derechos, estos pueden ser: humanos, sociales, civiles, colectivos y políticos; así las cosas, es necesario observar que la responsabilidad es vista como el cumplimiento de una obligación que

tiene como fin inmediato respetar un derecho el cual está en cabeza de un sujeto. La responsabilidad se deriva de la obligación que está instituida en el respeto del derecho, así pues, cabe preguntarse ¿De dónde surge la responsabilidad?, la respuesta a este interrogante se debe desarrollar desde las fuentes de la responsabilidad misma, como lo son los actos jurídicos, los hechos y el estado jurídico; y a partir de estos, es posible que se configure la responsabilidad del agente del Estado.

1.2 PARTICULARIDADES DE LA RESPONSABILIDAD ESTATAL

En este punto, es importante analizar las particularidades y connotaciones de la responsabilidad del Estado. Desde la “*Ley Aquilia*” del derecho romano, se establecía una indemnización a los propietarios de los bienes lesionados por culpa de alguien, así pues, se trasladó al Estado la responsabilidad de ser él quien juzgara a las personas y después de un normado procedimiento declarar la responsabilidad por los hechos cometidos.

En la actualidad, el fundamento jurídico de la responsabilidad patrimonial del Estado se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política como se ha mencionado anteriormente; así como en el artículo 2341 Código Civil colombiano, que regula la responsabilidad extracontractual; ya que la responsabilidad del Estado también tiene su fundamento en normas del derecho privado, en donde se establece que quien ha cometido un delito o culpa, o que ha inferido daño a otro, es obligado a su indemnización como forma de reparación, es así como se constituye una de las más grandes conquistas del Estado por el derecho, “al incorporar al ordenamiento jurídico, no solo el precepto imperativo de responsabilidad de los poderes públicos, sino también la preciada garantía patrimonial del Estado, frente a los daños antijurídicos que le sean imputables por su acción u omisión”. (Brewer Carías &, Santofimio Gamboa, 2013, pp. 131-132)

En este sentido, Santofimio (2017), ha expresado que:

El régimen de responsabilidad considera tres elementos básicos: a) El daño antijurídico; b) El juicio de imputación, y c) La reparación integral. Tales elementos

son el *mínimum*, el sustrato básico y esencial para encaminarse en la consideración de la responsabilidad. Y es a esos tres elementos a los que cabe llevar la valoración de la actividad administrativa en materia urbanística y territorial. (p. 443)

Siguiendo adelante con este análisis, cabe preguntarse, ¿en cabeza de quién recae la responsabilidad? En este orden de ideas cabe precisar, que la responsabilidad en derecho civil se enfoca en el sujeto, esta postura, se inició bajo una órbita de subjetividad, significando esto que una persona era vista como aquella que realizaba un hecho delictivo o culposo. En este orden de ideas, se establecía una responsabilidad de carácter subjetiva.

Cuando se hace un análisis del concepto de responsabilidad, deben analizarse dos aspectos, el primero gira en torno al presupuesto de deber, el cual plantea la obligación; y, en segundo lugar, el presupuesto de hecho, el cual presupone la violación de la obligación y por ende determina la autoría.

Estos dos aspectos constituyen los elementos fundantes de la responsabilidad, pero debe tenerse en cuenta que necesariamente ambos deben observarse en relación con un sujeto. Ahora bien, es pertinente preguntarse ¿cómo se establece quién es el sujeto responsable? Para hacer esto, necesariamente esa obligación debe estar consagrada en el ordenamiento jurídico, ya sea a nivel constitucional o legal; de lo contrario no es posible predicar responsabilidad alguna.

Bajo este orden de ideas, es oportuno mencionar la doble connotación de la responsabilidad, ya que esta puede ser vista como un deber, es decir, la responsabilidad como principio, que tiene un carácter preventivo, que significa que si una persona es responsable, va a cumplir con su obligación y no tendrá consecuencia alguna; es por esto que se dice que es un principio general del derecho que las personas sean responsables, lo cual se enmarca dentro de la Constitución o la ley. Pero también la responsabilidad puede ser entendida como una consecuencia, ya que si ocurre el hecho, la consecuencia es que sea responsable del mismo.

En últimas, para que se configure efectivamente la responsabilidad, debe partirse normativamente de una ecuación, es decir, que se presente un daño antijurídico y que pueda existir una imputación al Estado.

1.3 IMPUTACIÓN Y RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

En principio, la responsabilidad del Estado era indirecta, es decir, la acción se dirigía contra el agente del Estado que cometió el daño. Sin embargo, con el tiempo y bajo parámetros jurisprudenciales, se estableció que la responsabilidad estatal es directa, ya que el agente está ligado al Estado mediante una relación legal o estatutaria; esto es fundamental, ya que el hecho de responder de manera directa, configura una garantía para el ciudadano; el Estado propiamente tiene el suficiente patrimonio para responder al particular por el daño, y esto implica la aplicación de la teoría objetiva de responsabilidad.

Las prerrogativas para que la responsabilidad deje de ser indirecta y pase a ser directa cuando sea un agente del Estado al que se le atribuye la realización de la conducta dañosa son: en primer lugar, la culpa en elección, esto implica la obligación del Estado de elegir a los funcionarios más idóneos y los mejores; ya que, si no lo hace, es culpable por no elegir bien. En segundo lugar, la culpa en la vigilancia, esto significa que el Estado está obligado a vigilar y controlar a sus funcionarios, ya que si no lo hace, es culpable de las actuaciones que ellos hagan que represente un mal funcionamiento donde se afectan los derechos de los ciudadanos. Unidas estas culpas, así sea el funcionario el que realiza la conducta, la responsabilidad se traslada al Estado de forma directa.

Esa atribución en el derecho público no puede ser directa, porque el Estado, de acuerdo a la legalidad, no podría cometer actos ilegales. Sin embargo, la responsabilidad sí es directa, ya que el Estado se beneficia de la actividad de sus funcionarios, según el artículo 34 de la Constitución Política, y además éste elige a sus colaboradores, es decir, por eso es responsable de la vigilancia y control de sus subalternos; pero la atribución de responsabilidad como tal sigue siendo indirecta.

En este orden de ideas, se debe precisar que con el concepto de imputación, necesariamente se parte de la existencia de un daño, pero esta misma debe estar acorde a unas circunstancias que permitan concluir que el Estado realmente es el infractor de la conducta.

2. EL DAÑO

2.1 APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DAÑO

Para abordar el concepto del daño, se debe analizar que este se deriva necesariamente de un hecho, y de los fenómenos que subyacen de él. Ahora bien, el hecho debe entenderse como toda mutación de la realidad empírica, es por esto que puede generar diversas consecuencias, pero lo que interesa en específico en este análisis es el concepto del hecho generador del daño. Es por esto que en este caso se cambia la óptica que se plantea en el derecho civil, toda vez que en este si bien implícitamente está el hecho, allí se estudia el delito o la culpa; sin embargo, en el derecho administrativo no se puede hacer este mismo análisis, ya que el daño no se produce únicamente por el delito o la culpa, toda vez que esto limitaría la responsabilidad en cabeza del Estado.

De forma general, el daño va a generar una lesión a un bien jurídico tutelado, porque lo que se protege son bienes jurídicos que están en cabeza de los sujetos de derecho; esos bienes jurídicos pueden clasificarse en patrimoniales o extrapatrimoniales.

Cabe aclarar que, si el bien jurídico está tutelado, es porque genera una obligación, mínimo debe generar una obligación de no hacer (encaminada a los demás); sin embargo, para el Estado la obligación no es de “no hacer” sino de hacer, es decir, de garantizar y proteger. Es de esta manera como las obligaciones pueden generar un deber y el incumplimiento de este deber, genera la responsabilidad como consecuencia, que es la de reparar el daño.

Varios doctrinantes definen de manera distinta la concepción de daño antijurídico, como Carlos Enrique Pinzón (2017), el cual indica que “el daño antijurídico no es más que un concepto

jurídico indeterminado, es decir, un criterio vacío que debe ser interpretado conforme al derecho vigente y viviente en el momento exacto”. (p. 70)

Bajo este mismo orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia colombiana, en sentencia de Casación Civil (1968), se refirió al concepto de daño en el siguiente sentido:

Cabe afirmar que, dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento, no se puede configurar la responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en materia tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquel, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquier acción indemnizatoria. (p. 36)

Así mismo, Juan Carlos Henao (2004) indica que: “El daño es la causa de la reparación y la reparación es la finalidad última de la responsabilidad civil. Estudiarlo en primer término es dar prevalencia a lo esencial de la figura de la responsabilidad” (p. 37). Esto quiere decir: sin daño, no hay responsabilidad.

Además, se reitera en la jurisprudencia colombiana, siendo enfática en que: “El daño constituye un requisito de la obligación de indemnizar” (Consejo de Estado, Sección Tercera, 28 abril de 1967, C.P: C. Portocarrero). Al no demostrarse este daño como elemento de responsabilidad estatal, no permite que este se estructure (Consejo de Estado, Sección Tercera, 16 de diciembre de 1994, C.P: Betancur Jaramillo, exp. 8894).

Un aspecto esencial que se debe analizar sobre el concepto de daño, es que este, para que pueda considerarse antijurídico, y por lo tanto imputarse al Estado, la persona quien lo sufre no tiene el deber legal de soportarlo.

En este mismo orden de ideas, se debe observar las consecuencias que se derivan del daño, específicamente el concepto de perjuicio, el cual debe entenderse como el deterioro económico o patrimonial que se sufre como consecuencia de la ocurrencia del daño, es decir, una verdadera

disminución del patrimonio; es por esto que siempre se considera que el perjuicio es una consecuencia del daño.

Ahora bien, con relación a los perjuicios, es preciso aclarar que podemos encontrar dos clases: los perjuicios materiales y los morales. Los primeros se dividen en: a) daño emergente, que se entiende como aquella erogación económica, es decir, cuando se presenta una disminución patrimonial; y, b) el lucro cesante, que es dejar de percibir una determinada suma de dinero que en condiciones normales hubiera ingresado al patrimonio. En segundo lugar, con relación a los daños morales, estos se refieren a la angustia, la aflicción la congoja que pudiere sufrir una persona en virtud de la situación particular que produjo el menoscabo.

Hay otro tipo de perjuicios que son los fisiológicos, aunque hoy son establecidos como “daño a la vida en relación”, los cuales no tienen una valoración económica exacta, por lo cual deben probarse y cuantificarse a efecto de que sean declarados.

2.2 CARACTERÍSTICAS DEL DAÑO

En este punto, cabe anotar, que para poder llegar al análisis completo del concepto de daño, se hace necesario realizar un estudio detallado de sus características principales, las cuales son:

2.2.1 El daño es personal: como se trata de una lesión a un bien jurídico tutelado, entonces el titular del bien jurídico es quien sufre el daño, y lo sufre como consecuencia del perjuicio. Que sea personal se refiere a que siempre vamos a hacer referencia a ese sujeto específico.

Es importante aclarar que, si nos referimos a daños patrimoniales, ¿cómo se entiende el concepto del patrimonio? El patrimonio es la posibilidad jurídica que tiene toda persona de radicar valores positivos y negativos en su cabeza; entonces allí toda persona tiene que tener un patrimonio, por eso dice alguna parte de la doctrina que es un atributo de la personalidad.

2.2.2 El daño debe ser real: es decir, que exista. Algunos autores hablan de que el daño sea “*posible jurídica y físicamente*” (a esto se refiere con realidad), que el daño no surja de la imaginación de las personas, partiendo de valoraciones circunstanciales.

2.2.3 El daño debe ser cierto: la realidad existe y la vinculación a una persona existe, pero la certeza se genera. La certeza es un juicio de valoración que nos va a permitir establecer que el perjuicio, no el daño, predicado de la lesión del bien jurídico tutelado, sea cierto. Por ejemplo, si muere una persona y se le imputa ese hecho al Estado, el hecho es que la persona fallece, ¿Cuál es el daño? La afectación que produce la ausencia de un ser querido; en la relación de parentesco se demuestra que es real y que es personal. ¿Es cierto? Se tiene la posibilidad. La pregunta es: ¿Cómo afecta? Eso se debe demostrar, si hay afectación patrimonial y en qué cuantía.

Ahora bien, ¿cómo se puede determinar la certeza? Concretamente, a través de un juicio que es lo que determina si es cierto o no y el juicio se hace a través del perjuicio. Eso permite hacer una valoración de la consecuencia (del perjuicio).

Esto en concordancia con lo expresado por Santofimio (2017):

El daño ha de entenderse como la lesión definitiva a un derecho o a un interés jurídicamente tutelado de una persona. Sin embargo, el daño objeto de la reparación solo es aquel que reviste la característica de ser antijurídico. En ese sentido el daño solo adquiere el carácter de antijurídico y, en consecuencia, es indemnizable si cumple una serie de requisitos como son: ser personal, cierto y directo (p. 443)

2.3 EL CONCEPTO DE DAÑO ESPECIAL

Cabe advertir que la Carta Política de 1991 introdujo el concepto de daño antijurídico, cuya delimitación pretoriana no ha sido completa y ha suscitado confusiones, especialmente con el concepto de daño especial, “al entender que la carga no soportable es asimilable a la ruptura del equilibrio de las cargas públicas, lo que no puede admitirse y debe llevar a reflexionar a la

jurisprudencia y a la academia acerca de la necesidad de precisar el contenido y alcance del daño antijurídico que, sin duda, se enriquece desde una visión casuística”. (Santofimio, 2017, p. 445).

A partir de 1947 el Consejo de Estado (Sentencia del 29 de Julio, Referencia “El Siglo S.A.”), apoyado en antecedentes de justicia contenciosa administrativa francesa, da entrada a la figura del daño especial en Colombia dentro de un régimen de responsabilidad objetiva, como mecanismo resarcitorio de los perjuicios ocasionados por los excesos o falencias probados en las actuaciones legítimas de la administración, con las cuales, pudieren llegar a afectarse derechos de los ciudadanos, lo cual atiende en debida forma el mandato constitucional enunciado, al resarcir en forma plena, las alteraciones en las condiciones de existencia de los asociados que no deben ser soportadas en condiciones de igualdad.

Vemos entonces que el daño especial como construcción jurisprudencial, parte del principio básico de que todos los ciudadanos son iguales ante la imposición de las cargas públicas que implica la actividad estatal. El Estado será responsable en la medida en que el administrado pruebe que en su caso dichas cargas desbordan el arancel que soportan los demás asociados.

Es claro entonces que el Estado es responsable, aun cuando sea legal su actuación, en la medida en que se cause al administrado un daño superior al que habitualmente deben soportar los demás ciudadanos, lo que conlleva al rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas. Es decir que el Estado deberá responder cuando quiera que una actividad legal ocasione perjuicios que excedan el ámbito que debe soportar cualquier ciudadano. (Arias García, 2015, p. 141).

Dice igualmente la jurisprudencia:

Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza

de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. (Consejo de Estado, 2018, Expediente 43.872)

Por lo anterior, es claro que la teoría del daño especial implica que las consecuencias de la actividad legítima de la administración desbordan la igualdad de las cargas públicas, y esto es aplicable a distintas actuaciones gubernamentales tales como: la elaboración de las leyes, el despliegue de la fuerza pública y la construcción de obras de carácter público (directamente o contratadas), entre otras, de las que se podrían deducir los elementos constitutivos, a saber: 1) un hecho u operación administrativa causante del daño proveniente de una actividad legítima del Estado, con el cual se cause un sacrificio superior a determinado(s) asociado(s), del que normalmente soportan los administrados en general; 2) una actuación que produzca una lesión cierta, particular y concreta; y 3) un nexo de causalidad entre la actuación de la administración y el daño causado.

Es importante dejar claro, cuáles son los elementos sin los cuales no podría configurarse la responsabilidad estatal, cuando nos enfrentamos a la aplicación del régimen de responsabilidad por daño especial, en todas sus especialidades. Dice el Consejo de Estado:

1.- Que el hecho administrativo que causa el daño provenga de una actuación legítima de la administración amparada por la normatividad legal vigente o la misma Constitución, que rompe la igualdad frente a las cargas públicas que deben soportar determinados administrados.

Significa lo anterior que el quebrantamiento de la igualdad frente a las cargas públicas imponga a ciertos administrados un mayor sacrificio al que normalmente deben soportar los asociados en general.

2.- Que se concrete un daño que lesiona un derecho jurídicamente tutelado el cual debe revestir las condiciones de cierto, concreto y particular.

3.- Y que haya un nexo de causalidad entre el hecho administrativo legal y el perjuicio ocasionado.

Lo dicho permite establecer que este régimen de responsabilidad excluye la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio de la administración y también la derivada de las vías o actuaciones de hecho.

En tales condiciones se exige que para hablar del daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad obtenga beneficios que le representa un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios. (Consejo de Estado, 1997, Expediente 10.392)

Ahora, concentrándonos en la teoría del daño especial por obra pública, la administración actúa totalmente legitimada, dado que el desarrollo inmobiliario y/o urbano es una necesaria y diligente actuación del Estado. Es fácil determinar su legalidad y necesidad, sin embargo, en su desarrollo pueden suceder disímiles situaciones que conviertan dicha válida actuación, en una condición anómala para uno o varios asociados.

Una mayor duración de la obra podría afectar a los propietarios de inmuebles afectos a la misma; una indebida construcción de sus bases puede, en su desarrollo, afectar una o varias propiedades vecinas; la altura que se determine para un edificio público podría incidir en los elementos propios de un ambiente visual, los errores de diseño o construcción pueden a futuro causar daños a la comunidad afecta a la obra pública, en fin, serían varias las circunstancias que podrían aumentar el nivel de afectación de la actividad constructora para uno o varios asociados que pudieren resultar afectados con un daño desproporcionado, el cual, en virtud de los mandatos del artículo 90 constitucional están llamados a ser reparados en forma integral.

Al revisar la figura del Daño Especial por obra pública, plantea el Consejo de Estado:

Se encuentra acreditado que el desarrollo de la obra denominada “intercambiador de la puerta del sol” conllevó en los predios de propiedad de los demandantes una pérdida de visibilidad que configura un daño antijurídico, reparable a título de daño especial, toda vez que con la ejecución y puesta en funcionamiento de la obra la comunidad del municipio (...) se vio ampliamente beneficiada, entre tanto que los demandantes vieron sacrificados aspectos que afectan su derecho a la propiedad y la libertad de empresa. (Consejo de Estado, 2016, Expediente 34.091)

En esta específica referencia jurisprudencial, se desarrolla una de las situaciones que, dentro de la actividad de obra pública, puede generar a cargo de la administración una responsabilidad emanada del señalado daño especial, sin embargo, la misma será analizada con mayor énfasis al momento de realizar el análisis jurisprudencial.

Debe anotarse que ha sido la jurisprudencia la encargada de desarrollar este régimen de responsabilidad por daño especial, por lo cual, a efecto de mostrar su alcance, configuración y requisitos, se propone el siguiente capítulo cuyo interés es desarrollar algunos de los pronunciamientos del Consejo de Estado, que a mi criterio nos acercan con total claridad al desarrollo práctico de la temática hasta ahora desarrollada.

3. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DE ALGUNAS SENTENCIAS RELEVANTES DEL DAÑO ESPECIAL EN OBRA PÚBLICA

En este acápite se pretende revisar algunos pronunciamientos jurisprudenciales del Consejo de Estado, los cuales a criterio del escritor han sido los más relevantes de los últimos años respecto de la forma en que se ha venido resolviendo las dificultades jurídicas, respecto de la posible responsabilidad del Estado al desarrollar obras públicas.

3.1 Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Radicado 68001-23-15-000-1998-01175-01(34091), diez (10) de noviembre de dos mil dieciséis (2016); Sección Tercera, Subsección C, C.P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa, en la cual se hace un análisis desde las siguientes perspectivas:

3.1.1 Aproximación fáctica: En el caso concreto, se demandó al municipio de Bucaramanga por las razones que se expondrán a continuación: Entre los meses de julio de 1996 y octubre de 1997 construyó el intercambiador denominado “*Puerta del Sol*”, el cual tenía por finalidad darles solución a los problemas de embotellamiento del tráfico vehicular en la confluencia de las vías diagonal 15 y carrera 27. Sin embargo, esta construcción generó las siguientes afectaciones en los predios cercanos: 1) Incertidumbre de las normas urbanas a las que se encontraban sujetos, 2) Invasión agresiva del área de aislamiento del predio, que llevó a una disminución del área de construcción potencial, 3) Afectación de la visibilidad desde las vías aledañas al predio, ya que debido a la construcción del intercambiador “*Puertas del Sol*”, la visibilidad de los predios era parcial, situación que llevó a la disminución del valor comercial de los bienes, toda vez que estos contaban con vitrinas de exhibición hacía las vías, 4) Afectación de acceso a los inmuebles de los demandantes, toda vez que resulta confusa la identificación del camino, de acceso; así como también se aumenta la distancia del recorrido de acceso; y se hace poco menos que imposible el acceso de vehículos cargados por grúa al taller debido a la velocidad del tráfico por causa del intercambiador mismo y de los carriles de aceleración, 5) Disminución de los espacios para parqueo en forma considerable y 6) Aumento de la contaminación del aire, debido al aumento de la velocidad de los automotores que transitan por estas vías y el crecimiento del tráfico promedio diario (sin mayor visibilidad y facilidad de acceso).

3.1.2 Problema jurídico: Determinar si el municipio de Bucaramanga generó con su actuación una desigualdad de las cargas públicas de los sujetos demandantes, generando un daño antijurídico frente a los predios urbanos de su propiedad, generando así la responsabilidad extracontractual del Estado por daño en obra pública.

3.1.3 Análisis de la ratio decidendi: Con relación a los presupuestos de la responsabilidad extracontractual del Estado, esta Corporación recordó en esta providencia que, a partir de la Carta Política de 1991, se constitucionalizó el concepto de responsabilidad del Estado, al entender este como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación o interés.

Así mismo, considera que la responsabilidad extracontractual no puede ser concebida simplemente como una herramienta destinada a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

En el caso en concreto, el Alto Tribunal realizó un análisis detallado de los daños que alegaban los demandantes, observando si realmente hubo una desigualdad en las cargas públicas.

Incertidumbre de las normas urbanas a las que se encontraban sujetos en virtud de la construcción del “Intercambiador de la Puerta del Sol”: Con relación a este punto, la Sala consideró que no se encontraba tal afectación acreditada dentro del plenario, primeramente, porque el demandante omitió demostrar los perfiles y calidades de inmueble que antecedían a la construcción de la obra.

En consecuencia, a esta Corporación no le es dable establecer que tales condiciones variaron de forma negativa la construcción de la obra; por el contrario, la Sala observó que las condiciones de edificabilidad de los predios, así como las normas urbanas que lo regulaban, no fueron plenamente establecidas, ni antes ni después del desarrollo de la obra.

Por lo anterior y con sustento en el material probatorio, la Sala concluyó que no se encontraba probado dentro del proceso que el desarrollo del intercambiador “Puerta del Sol” haya generado en los inmuebles de los demandantes una suerte de incertidumbre frente a las normas urbanas o algún tipo de afectación que limite el ejercicio del derecho de dominio.

Invasión agresiva del área de los predios, que llevó a una disminución del área de construcción potencial: Con respecto a este punto, la Sala no encuentra acreditado que el desarrollo de la obra denominada “intercambiador de la puerta del sol” haya invadido agresivamente los predios de propiedad de los demandantes.

Por el contrario, indica que es evidente que el diseño, planeación y ejecución de la obra se llevó a cabo con la participación de la comunidad, principalmente de aquella que podía resultar afectada, a quienes se le puso en conocimiento la obra, se revisaron los perjuicios y se realizaron negociaciones y acuerdos que, según se infiere, fueron cumplidos por la administración municipal. De esta manera, el daño antijurídico referente a la invasión agresiva de parte del área de los predios no se encontró acreditado dentro del plenario.

Afectación al medio ambiente – aumento de la contaminación del aire, visual, auditiva y paisajismo:

Aumento de la contaminación del aire: En este punto, la Sala considera acreditado que la obra construida se hallaba justificada en los problemas de tránsito que presentaba el sector, los cuales, a su vez, conllevaban todo tipo de situaciones de contaminación e inseguridad, que vinieron a verse mitigadas con la ejecución y puesta en funcionamiento del intercambiador de la puerta del sol.

Aumento de la contaminación auditiva: Con relación a este punto, la Sala indicó que del material probatorio se desprende que la construcción del “intercambiador de la puerta del sol” generó un impacto ambiental positivo, en la comunidad en general, dentro de la cual se encuentra los demandantes, pues quedó acreditado que la contaminación auditiva existía antes de la obra y ella se redujo con la construcción del intercambiador.

Aumento de la contaminación visual: Con relación a la contaminación visual, la Sala observa que el Estudio de impacto social efectuado con relación a la construcción del “*Intercambiador de la Puerta del Sol*” estableció que en la zona en la que habría de construirse la obra se presentaba una alta contaminación visual toda vez que era el sitio ideal para ubicar vallas,

pasacalles, afiches, grafitis, murales, ya sea con mensajes institucionales (entidades oficiales), de promoción, o de campañas políticas, dado el gran número de peatones, pasajeros y conductores que transitaban por allí; situación que sería solucionada con la construcción del intercambiador que aislaría y agilizaría el tránsito de vehículos y el de personas.

Afectación de la visibilidad desde las vías aledañas al predio: En síntesis, de lo anterior la Sala encuentra acreditado que el desarrollo de la obra denominada “intercambiador de la puerta del sol” conllevó en los predios de propiedad de los demandantes una pérdida de visibilidad que configura un daño antijurídico, reparable a título de daño especial, toda vez que con la ejecución y puesta en funcionamiento de la obra la comunidad del municipio de Bucaramanga se vio ampliamente beneficiada, entre tanto que los demandantes vieron sacrificados aspectos que afectan su derecho a la propiedad y la libertad de empresa.

Ahora bien, cabe anotar que la relevancia de esta sentencia se encuentra en la aclaración de voto realizado por el consejero ponente Jaime Orlando Santofimio Gamboa, el cual realizó una precisión, indicando que no es un asunto de novedad la constitucionalización del derecho de los daños, toda vez que desde la Constitución de 1886 en su artículo 16 ya desarrollaba el concepto mencionado, así como la múltiple jurisprudencia del Consejo de Estado en su época, que sirvió como base de la redacción del artículo 90 de la Constitución de 1991 sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

3.2 Sentencia proferida por el Consejo de Estado, 25000-23-26-000-2001-02833-02(34948), veintidós (22) de junio de dos mil diecisiete (2017), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas, en la cual se hace un análisis desde las siguientes perspectivas:

3.2.1 Aproximación fáctica: Las obras para la construcción de la intersección Avenida Jorge Cortés por Avenida General Santander y conexión con Avenida Ontario en la zona de “Matatigres” al sur de Bogotá, ocasionaron que los residentes no pudieran vivir tranquilamente, puesto que esta construcción generó un nivel alto de contaminación auditiva, falta de transporte,

tránsito escaso de peatones, fomento de la inseguridad entre otros, casi todos ellos asociados con el desvío de las rutas de transporte y el rompimiento de calles y andenes.

3.2.2 Problema jurídico: La Sala deberá verificar si están probados los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza del Estado, labor en la cual tendrá que dar solución al siguiente interrogante: ¿Cabe endilgar responsabilidad patrimonial al Instituto de Desarrollo Urbano como consecuencia del daño antijurídico alegado por los demandantes ante la construcción de la intersección Avenida Jorge Cortés por Avenida General Santander y conexión con Avenida Ontario en la zona de “Matatigres” al sur de Bogotá?

3.2.3 Análisis de la ratio decidendi: Cabe resaltar que uno de los elementos claves de esta sentencia frente al tema, fue el desarrollo que realizó esta Corporación frente a la noción del daño antijurídico el cual definió *“consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”*, motivo por el cual el daño ocasionado a un bien jurídicamente tutelado impone el deber de indemnizar el consecuente detrimento, con el objetivo de garantizar el principio de igualdad ante las cargas públicas. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, rad. 17.042).

En consecuencia de lo anterior, indica la Sala que este daño antijurídico puede ser ocasionado en el desarrollo de actividades que pueden reportar un beneficio para la sociedad, pero que rompen con el principio de igualdad frente a las cargas públicas, por lo que, configurado el daño en estas condiciones, el régimen de responsabilidad aplicable sería objetivo por daño especial. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 13 de agosto de 2008, rad. 17.042).

Así mismo, esta Corporación es enfática en señalar cómo opera el concepto de daño especial como presupuesto de responsabilidad de la administración, en donde indica que este debe ser anormal, excepcional y superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, es decir, que solo unos pocos ciudadanos resultan sacrificados en su patrimonio como contrapartida de que la comunidad

obtenga beneficios que le representan un mejoramiento en la calidad y prestación de los servicios.

Es el caso del daño producido, por ejemplo, por la construcción de una obra pública. Así lo ha sostenido esta sección al manifestar que:

En ese orden de ideas, el caso que ocupa la atención de la Sala merece ser gobernado con fundamento en el régimen del Daño Especial, pues, la lesión se originó en una actividad lícita de la administración, esto es la construcción de una obra pública destinada a la comunidad [...]. En efecto, el daño tuvo como consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores. Pero, a pesar de la legitimidad de la misma se observa que las demandantes debieron soportar una carga excepcional o un mayor sacrificio que rompió la igualdad frente a las cargas públicas. Sin duda, la lesión de los bienes jurídicamente tutelados es imputable a la administración, pero no porque la responsabilidad de la administración tenga origen en la ilegalidad de algún acto administrativo, o porque se trate de uno de los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio, sino porque en casos como este de responsabilidad objetiva excluye el elemento subjetivo. (Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 10 de mayo de 2001, rad. 12.212.

3.2.4 Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Radicado 68001-23-31-000-1999-00621-01(39697), diecinueve (19) de julio de dos mil diecisiete (2017), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, C.P: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

3.2.5 Aproximación fáctica: La parte demandante sostuvo como fundamentos de hecho de sus pretensiones que la actividad lícita desarrollada por la administración, consistente en la ampliación de la antigua carrera 8ª en el municipio de Floridablanca, le produjo a Luis Alberto Rodríguez Navarro un daño que no estaba obligado a soportar, el cual implicó un rompimiento del principio de igualdad frente a la ley y las cargas públicas y la vulneración de su derecho a la propiedad privada; toda vez que le generó un menoscabo económico por el dinero dejado de

percibir en la venta a la referida administración municipal de una franja de un predio que era de su propiedad, la disminución de las ganancias del establecimiento comercial que operaba ahí y los gastos por la demolición parcial y reconstrucción de su vivienda.

3.2.6 Problema jurídico: Para emitir una decisión de mérito en el proceso de la referencia, la Sala deberá verificar si están probados los elementos que estructuran la responsabilidad en cabeza del Estado, labor en la cual tendrá que dar solución al siguiente interrogante: ¿Cabe endilgar responsabilidad patrimonial al municipio de Floridablanca por el daño ocasionado al demandante por la ampliación de la carrera 8ª de la referida municipalidad?

3.2.7 Análisis de la *ratio decidendi*: En recientes pronunciamientos, esta Sección ha reiterado que la imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuándo un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto.

Por otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

3.3 Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00126-01(43872), dieciséis (16) de agosto de dos mil dieciocho (2018), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

3.3.1 Aproximación fáctica: Con la construcción del puente peatonal ubicado en la diagonal 2ª Sur (sic) con carrera 6ª del municipio de Cajicá, los inmuebles de propiedad de la señora Niño

de Herrera sufrieron una pérdida en su valor comercial, debido a la cercanía de aquél con los predios “que conforman el restaurante y anticuario ‘San Alejo’, restándole a éste visibilidad, luminosidad, intimidad y seguridad, por la inmediatez de la rampa de acceso al puente a la casa (sic) quedando buena parte de dicha rampa por encima del nivel de la cubierta. Aunado a lo anterior y por los mismos motivos se causó una afectación estética al inmueble”

3.3.2 Problema jurídico: Determinar si el municipio de Cajicá generó con su actuación un rompimiento al principio de igualdad de las cargas públicas de los sujetos demandantes, generando un daño antijurídico frente a los inmuebles de propiedad de la parte actora, generando así la responsabilidad extracontractual del Estado por daño en obra pública.

3.3.3 Análisis de la *ratio decidendi*: Se pudo constatar que la Corporación, haciendo un análisis detallado del concepto de responsabilidad del Estado por daño en obra pública, concluyó que

“Responde el Estado, a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando el obrar de tal modo, en beneficio de la comunidad, por razón de las circunstancias de hecho en que tal actividad se desarrolla, causa al administrado un daño especial, anormal, considerable, superior al que normalmente deben sufrir los ciudadanos en razón de la especial naturaleza de los poderes y actuaciones del Estado, rompiéndose así la igualdad de los mismos frente a las cargas públicas, o a la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado. (Consejo de Estado, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00126-01(43872), Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

De la exposición realizada por esta Corporación, surge que la pretensión indemnizatoria por daño especial, excluye cualquier otra pretensión con idéntico fin, propuesta con base en la ilegalidad del acto o de la operación o el hecho administrativo, la falla o falta del servicio y la derivada de la arbitrariedad administrativa o ‘vías de hecho’.

Indica entonces, que se trata de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o una falla atribuible a la administración, sino el ejercicio de actividades legítimas que pueden causar daños a los administrados quienes, en aras de que se les garantice la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados.

3.4 Sentencia proferida por el Consejo de Estado, Radicado: 40868, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, C.P: María Adriana Marín. Bogotá D.C., 30 mayo de 2019. Se trata de un caso de reparación directa.

3.4.1 Aproximación fáctica: La Sección Tercera del Consejo de Estado condenó al Estado por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas en el marco de la imposición de una servidumbre minera dentro de un predio con título minero vigente.

En el caso en concreto El Ministerio de Minas y Energía suscribió contrato de concesión minera, cuyo objeto era la explotación técnica de un yacimiento de materiales pétreos. Con ocasión del terremoto del eje cafetero y con base en sendos decretos del orden nacional, el departamento del Quindío ocupó el área concesionada, con el fin de explotarla para la reconstrucción de las vías del departamento afectadas con el movimiento telúrico. Posteriormente, el departamento solicitó a Minercol Ltda. la expedición de una autorización temporal intransferible de explotación sobre la cantera, la cual le fue otorgada.

El departamento del Quindío explotó la cantera mientras estuvo vigente la autorización temporal intransferible, pero, a pesar de los requerimientos del titular de la concesión –Sinarco Ltda.-, no pagó las indemnizaciones a que había lugar por causa de la “servidumbre minera” y tampoco canceló los materiales pétreos que extrajo de la mina, ni los daños derivados de la extracción antitécnica que realizó sobre el predio. Vencida la autorización temporal cesó la ocupación. No obstante, el ente territorial, sin contar con título minero vigente y/o permiso del titular del mismo, ejecutó sobre el predio el contrato de obra civil con el fin de realizar las obras de recuperación ambiental descritas en la licencia.

3.4.2 Problema jurídico: En la presente sentencia se presentan los siguientes problemas jurídicos a analizar: 1) ¿Es posible acoger el régimen de responsabilidad objetivo en casos en los cuales el daño antijurídico proviene de la actuación legítima del Estado? 2) ¿Constituye causal eximente de responsabilidad del Estado la situación de fuerza mayor derivada de los movimientos telúricos que originaron la imposición de la servidumbre minera?

3.4.3 Análisis de la *ratio decidendi*: Con respecto al primer problema jurídico, la jurisprudencia de la Sala de lo contencioso administrativo ha sido constante y coherente al considerar que el análisis de la procedencia de la declaratoria de la responsabilidad patrimonial de la administración pública resulta pertinente hacerla en términos de la figura del daño especial, en la medida en que dicha actuación se ajuste al ordenamiento jurídico, y la misma pudiere generar un rompimiento de la igualdad ante las cargas públicas que deben asumir los habitantes del territorio.

De esta manera, la imposición de la obligación resarcitoria a cargo del Estado se justifica por la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas y la afectación se materializa ya que no existe para el particular afectado el deber jurídico de soportar, sin compensación alguna, el detrimento que a su patrimonio material o inmaterial que le llegase a ocasionar. Ahora bien, es necesario precisar, que, según la alta corporación, esta actuación del Estado puede reportar beneficio para la colectividad entera, pero lesiona desproporcionadamente los derechos de un individuo, que se ocasionó en el caso concreto a causa de la explotación de material pétreo realizado sobre la cantera Balcones.

Con respecto al segundo problema jurídico, la jurisprudencia de lo contencioso administrativo determinó que deben darse tres elementos o supuestos concomitantes para que se pueda hablar de una causal eximente de responsabilidad del Estado por fuerza mayor, las cuales son: 1) su irresistibilidad; 2) su imprevisibilidad y 3) su exterioridad respecto del demandado.

Ahora bien, la Corporación también precisó que para que tenga plenos efectos que liberen de responsabilidad a la entidad que la alega, es indispensable determinar que, en el caso concreto, la causa del daño y la raíz determinante del mismo sea precisamente esa fuerza mayor alegada.

Para la Sala la causa eficiente del daño en el plenario, relacionada con la ocupación, no deviene del movimiento telúrico, sino, en cambio, en un primer momento del uso del Decreto 919 de 1989 en procura de solventar una calamidad pública y, en un segundo término, de la explotación originada en la autorización temporal intransferible AH3-091. En efecto es claro que el juicio de imputación de responsabilidad en el proceso no se da por causa de que el movimiento telúrico haya provocado directamente los daños que fueron alegados en la demanda, sino, en cambio, de una actividad desarrollada por el departamento del Quindío con posterioridad a aquel.

CONCLUSIONES

Se puede concluir que es fundamental seguir indagando por la configuración de responsabilidad del Estado ya que quien sufra un daño al cual no esté jurídicamente obligado, debe ser reparado en forma integral, con el objetivo de efectivizar el principio de igualdad y la protección de los bienes jurídicos tutelados de los ciudadanos.

Ese puede concluir que la constitucionalización del derecho de los daños, ha tenido un desarrollo desde la Constitución de 1886, así como a través de la nutrida jurisprudencia del Consejo de Estado en su época, que sirvió como base de la redacción del artículo 90 de la Constitución de 1991 sobre la responsabilidad extracontractual del Estado.

Es necesario que exista el elemento del daño antijurídico para poder establecer la imputación y posteriormente, la responsabilidad del Estado, es decir, sin daño no puede existir responsabilidad, es por esto que la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que se requiere un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un

estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.

Es de suma importancia ahondar en el estudio de la responsabilidad del Estado por daño especial en obra pública, ya que la administración, así actúe en legítima y legal forma, tiene la potencialidad de causar daños a sus administrados rompiendo así con la igual que se reclama de las cargas públicas. Es esencial abordar este tema desde el interior de las entidades públicas, a efecto de velar por una actuación estatal en procura del interés general, del beneficio de la comunidad y de la equidad, sin embargo, creando estrategias administrativas y jurídicas que permitan prevenir el daño antijurídico que puede causarse con una actuación legítima pero que puede desbordar los derechos de los asociados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaya Rodríguez, C.F. (2019). Análisis de Responsabilidad por Daño Especial a la Luz de la Ponderación y la Teoría de la Prevención del Daño. *Revista Temas Socio -Jurídicos* (77), pp. 133-159.

Arias García, F. (2015). *Derecho Procesal Administrativo*. Bogotá D.C. (2ª. Ed.): Grupo Editorial Ibáñez.

Brewer Carías A. R, Santofimio Gamboa, J.O. (2013). *Control de convencionalidad y responsabilidad del Estado*. Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia

Consejo de Estado, (1967,). Consejera Ponente. Portocarrero

Consejo de Estado, (1994). C.P: Betancur Jaramillo, exp. 8894.

Consejo de Estado, (1997). Sentencia 10392. Consejero Ponente: Jesús María Carrillo Ballesteros.

Consejo de Estado, (2005). Sentencia 24671. Consejero Ponente: Alier Hernández Enríquez.

Consejo de Estado, (2011) Sentencia 18381. Consejero Ponente Mauricio Fajardo Gómez.

Consejo de Estado. (2014). Sentencia 25000232600020030055801 (29939). Consejera Ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz.

Consejo de Estado. (2014). Sentencia 250002326000200102825 (30305). Consejera Ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz.

Consejo de Estado (2014). Sentencia 25000232600020020236201 (30600). Consejero Ponente: Olga Melida Valle de De La Hoz.

Consejo de Estado (2016). Sentencia 68001-23-15-000-1998-01175-01 (34091). Consejero Ponente: Jaime Orlando Santofimio Gamboa

Consejo de Estado (2017). Sentencia 25000-23-26-000-2001-02833-02(34948). Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas

Consejo de Estado (2017). Sentencia 68001-23-31-000-1999-00621-01(39697). Consejero Ponente: Jaime Enrique Rodríguez Navas.

Consejo de Estado (2018). Sentencia 25000-23-26-000-2010-00126-01(43872) Consejero Ponente: Carlos Alberto Zambrano Barrera.

Consejo de Estado (2019). Sentencia (40868). Consejero Ponente: María Adriana Marín

Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, M.P: F. Hineirosa

Henao, J.C. (2004). *El Daño*. (Cuarta reimpression). Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.

Lamprea Montealegre, E. (2019). *El Litigio Contra las Ciudades Capitales*. Bogotá D.C.: Editorial Legis S.A.

Pinzón Muñoz, C.E. (2017). *El Derecho de Daños en la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. (3ª. Ed.). Bogotá D.C.: Grupo Editorial Ibáñez.

Petit, E. (1959). *Tratado Elemental de Derecho Romano*. México D.F.: Editorial Nacional.

Santofimio Gamboa, J.O. (2017). *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá D.C.: Departamento de Publicaciones Universidad Externado de Colombia.