

Responsabilidad patrimonial del Estado por actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de área ambiental protegida

Patrimonial responsibility of the state for administrative acts that limit private property law before the declaration of protected environmental area

Alejandro Charris Florez¹

RECIBIDO: 21/04/2019

ACEPTADO: 03/07/2019

RESUMEN

En la historia de Colombia se han realizado una serie de acciones orientadas a tratar de proteger zonas del territorio nacional y permitir la preservación de especies; es así, como en los últimos 50 años han surgido una serie de movimientos encaminados hacia una protección jurídica eficaz. Sin embargo, esta facultad, debe responder a estándares determinados por la misma Ley, respetando los derechos de los particulares que habitan estas zonas que han sido declaradas como áreas protegidas, y más aún en los eventos en los que ese particular, titular de propiedad privada realiza labores de explotación económica acordes con la Ley sin alterar las condiciones ecológicas del sector. Es en este punto, donde existen vacíos normativos, confrontación de intereses ambientales y económicos; además, existe una evidente patología de los últimos años en la Sección Tercera del Consejo de Estado, constatable en gran parte de la jurisprudencia que allí se profiere, relativa a las llamadas posiciones encontradas o mixturas, incluso dentro de las mismas sub-secciones de dicha Sección de esta Corporación Judicial, creando rupturas en el principio de seguridad jurídica, y eliminando también elementos integrantes como el de la justicia. Es necesario realizar un estudio crítico en donde se coteje este caso específico de la responsabilidad que pueda devenir para el Estado por el desconocimiento de tales principios a través de sus decisiones administrativas en la materia, a la luz de los elementos que configuran la presunta responsabilidad, para así establecer la existencia del deber de reparación e indemnización a cargo del Estado.

Palabras clave: medioambiente, desarrollo sostenible, propiedad privada, reserva forestal, área protegida.

ABSTRACT

In the history of Colombia, a series of actions have been carried out to try to protect areas of the national territory to allow the preservation of species; this is how, in the last 50 years, a series of movements aimed at effective legal protection have operated. However, this power must respond to specific changes by the same law, respect the rights of the individuals who inhabit these areas

¹ Docente catedrático de la Universidad de La Guajira, especialista en derecho contencioso administrativo - Universidad Externado de Colombia, magíster en derecho - Universidad Sergio arboleda y doctorante en derecho - Universidad Alcalá de Henares Madrid. adcharris@uniguajira.edu.co

that have been declared as protected areas, and even more so in the events in which that individual, owner of private property It performs economic exploitation according to the law without altering the ecological conditions of the sector. It is at this point, where there are regulatory gaps, confrontation of interests, environmental and economic, in addition, that there is an obvious pathology of recent years in the Third Section of the State Council, verifiable in large part of the jurisprudence that is uttered there, relating to the so-called positions found or mixtures, even within the same sub-sections of said Section of this Judicial Corporation, creating breaks in the principle of legal certainty, and also eliminating integral elements such as that of justice. It is necessary to carry out a critical study in which this specific case of the responsibility that may become for the State is verified by the ignorance of the early stories through its administrative decisions in the matter, in light of the elements that make up the alleged responsibility, in order to establish the existence of the duty of reparation and compensation in charge of the State.

Keywords: environment, sustainable development, private property, forest reserve, protected area.

INTRODUCCION

La Constitución Política de 1991, ha sido denominada en reiteradas ocasiones como una Constitución Ecológica, que reviste una triple dimensión; es decir, existe el deber de protección y conservación del medioambiente, como principio que se transmite por todo el ordenamiento jurídico, teniendo un papel fundamental el Estado al imponerse obligaciones dentro del mismo texto constitucional el deber de proteger las riquezas de la nación; otra dimensión es el que surge al manifestar que la protección medioambiental reviste connotación jurídica como derecho, que se manifiesta por medio de protección al medioambiente sano, incluso es fundamental de acuerdo con Declaración de Rio de Janeiro de junio de 1992; y por último, existe un conjunto de obligaciones impuestas a las autoridades y particulares para el resguardo del medioambiente derivadas de disposiciones de la Constitución Ecológica (Corte Constitucional, T-095, 2016).

Ahora bien, teniendo en cuenta lo señalado, la existencia en la legislación colombiana de obligaciones tanto del Estado, sus autoridades y particulares respecto a la protección integral del medioambiente, de responsabilidad, esta, elevada a tal punto que, si se incumplen las obligaciones presentes en la Constitución y la Ley, acarrea sanciones de tipo administrativo, penal y civil. La Constitución Política a través de los artículos 2 y 90, establece la responsabilidad del Estado a través de una cláusula general, según la cual, es deber del Estado responder administrativa y patrimonialmente por los daños de naturaleza antijurídica que les sean atribuidos fáctica y jurídicamente, ocasionados por acción u omisión de las autoridades públicas. De acuerdo a lo expuesto, *¿podríamos formar una aproximación teórica, trazando reglas acerca de la existencia de responsabilidad del Estado por*

actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de zona ambiental protegida?

ASPECTOS PROCESALES, RESPONSABILIDAD DEL ESTADO, ELEMENTOS Y TÍTULOS DE IMPUTACIÓN

El estudio del tema de la responsabilidad del Estado, régimen constitucional y legal, así como, sus elementos, la figura del daño antijurídico, el nexo de causalidad, y los títulos de imputación, además de aspectos procesales establecidos en la Ley 1437 de 2011 y el ejercicio de la acción ante la jurisdicción contenciosa administrativa, serán abordados necesariamente para resolver los planteamientos hechos, así:

Aspectos jurídicos, procesales, y escogencia del medio de control

Concretamente en este acápite, además de responder el interrogante, ¿qué medio de control es procedente para que el juez declare la posible responsabilidad patrimonial del Estado por actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de zona ambiental protegida?, se explicarán otros aspectos procesales de manera general, como lo son, el fenómeno procesal de caducidad y los aspectos jurídicos relacionados con la naturaleza del acto administrativo consignados en la Ley 1437 de 2011 y la jurisprudencia colombiana.

Como punto de partida se debe analizar la naturaleza del acto administrativo que declara a una determinada zona como protegida ambientalmente, en otras palabras, se trata de un acto administrativo con elementos de derecho ambiental y agrario; ahora bien, partiendo de esta circunstancia, ¿qué carácter reviste este acto administrativo?, ¿será general o particular y concreto? Ciertamente se debe inclinar hacia una tercera opción, teniendo en cuenta el concepto de acto administrativo de carácter general, esto es, los «actos administrativos cuyos elementos normativos surgen expresados de manera objetiva y abstracta, concreta y no singular, y por lo tanto versados a una pluralidad indeterminada de personas» (Corte Constitucional, C-620, 2004). En cuanto a lo segundo, se pueden definir como «aquello que generan situaciones y establecen efectos individualmente considerados. No obstante lo anterior, la indeterminación no se relaciona únicamente en punto del número de destina-

tarios de la decisión, sino que igualmente estos aparezcan individualizados» (Corte Constitucional, C-620, 2004).

En efecto, teniendo claros los conceptos anteriormente mencionados, surge una tercera opción, que son los denominados actos administrativos mixtos, los cuales se definen como «aquellos que contienen decisiones con efectos particulares y generales, a la vez» (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Primera, 2010-00048, 2014); expuestos los conceptos, y aterrizando al caso en concreto, resulta fácil afirmar que los actos administrativos expedidos por la autoridad competente, contienen efectos particulares y generales a la vez, es decir, la expedición de los mismos afectan una determinada zona del territorio a causa de su delimitación, reserva, alinderación, declaración, administración y sustracción territorial, y sin necesidad de proferir actos administrativos particulares producen efectos individualizados; por último, debe señalarse que estos actos administrativos para que nazcan a la vida jurídica y sean oponibles acordes a la teoría del acto administrativo, deben ser notificados, y debido a que revisten en principio la calidad de acto administrativo de carácter general, deben publicarse en el correspondiente gaceta o diario oficial conforme a las reglas de derecho, este punto es de suma importancia, en especial cuando se aborde el tema relacionado con la caducidad.

Pero teniendo en cuenta, que se ha esclarecido que son actos administrativos que siendo generales afectan o generan efectos particulares, es decir, mixtos, ¿qué medio de control es el procedente? La pregunta se responde estudiando el marco estructural de los procedimientos que se adelantan ante la jurisdicción contenciosa administrativa, en virtud del cual «la escogencia idónea de la acción no dependerá de la discrecionalidad del demandante sino del origen del perjuicio alegado» (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2015-00165, 2015).

Se considera la escogencia de acciones partiendo del análisis del origen del daño, reservando así la acción de nulidad y restablecimiento del derecho a aquellos eventos en los cuales los perjuicios alegados sean consecuencia de un acto administrativo y la acción de reparación directa para los que encuentren su fuente en un hecho, omisión u operación administrativa; sin embargo, la regla aludida encuentra dos excepciones claras en la jurisprudencia: la primera por los perjuicios que produce

un acto administrativo ajustado al ordenamiento jurídico y la segunda el ejercicio de la acción de reparación directa se origina porque el acto administrativo fue declarado nulo por la jurisdicción contenciosa administrativa o ha sido de oficio revocado directamente. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2015-00165, 2015)

Se concluye pues, que si se intenta controvertir la legalidad del acto administrativo, el control jurisdiccional del acto debe ser mediante el medio de control de nulidad o nulidad y restablecimiento del derecho para este caso en concreto, empero, más allá de estudiar la procedencia de dicho medio de control, ¿será efectivo la simple escogencia del medio de control idóneo para que en sentencia se acceda a todas las pretensiones teniendo en cuenta que en ambos medios de control se estudia la legalidad del acto? No. Debe hacerse un estudio basado en las causales de nulidad establecidas en la legislación colombiana, encuadrando las causales con la formulación de un adecuado concepto de violación, partiendo de la disposición normativa del artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, según el cual, « toda persona podrá solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general» (Benavides, 2016), por lo que se puede afirmar que la nulidad del acto administrativo procederá cuando:

hayan sido expedidos con infracción de las normas en que deberían fundarse, o sin competencia, o en forma irregular, o con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, o mediante falsa motivación, o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió. (Benavides, 2016)

Considerando además, que la norma dispone que excepcionalmente, podrá declararse la nulidad sobre actos administrativos de contenido particular, cuando, entre otras causales, «los efectos nocivos del acto administrativo afecten en materia grave el orden público, político, económico, social o ecológico; o por otra causal que esté expresamente en la ley» (Benavides, 2016). No es admisible iniciar el trámite de reparación directa cuando se argumenta que un acto administrativo es ilegal (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2015).

Sin adentrarnos a estudiar cada una de las causales indicadas, las cuales pueden aplicarse para controvertir la legalidad al acto administrativo de naturaleza ambiental que limita el derecho de propiedad privada ante la delimitación, reserva, alinderación, declaración, administración y sustracción territorial; reflexionando sobre este aspecto debe agregarse que en cuanto a las causales de expedición irregular y falsa motivación, la autoridad competente debe contar con un equipo capacitado para hacer la declaración de zona ambiental protegida. En Colombia, más allá de señalarse en el acto administrativo la necesidad de la protección al medio ambiente con dimensiones puntuales, debe haber estudios técnicos y científicos, es decir, no meros caprichos de la administración; igualmente, se requiere que el acto administrativo obedezca a una realidad clara, con respaldo técnico, científico, e incluso que obedezcan criterios de razonabilidad y proporcionalidad.

En este sentido, la declaratoria del área protegida debe tener en cuenta criterios biofísicos (representatividad, irremplazabilidad, integridad ecológica, grado de amenaza), criterios socioeconómicos y culturales, al tiempo que debe hacerse con base en estudios técnicos, sociales y ambientales, es decir, en el proceso de declaratoria de un área protegida debe existir concepto previo favorable de la academia colombiana de ciencias exactas, físicas y naturales, cuando sea de carácter nacional, y en los eventos regionales, debe hacerse con fundamento en lo considerado por los institutos de investigación adscritos y vinculados al Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible (decreto 2372 de 2010, artículos 38 y 39)².

Dejando a un lado el tema de control jurisdiccional del acto administrativo de contenido ambiental, ¿cuál es el medio de control procedente cuando no se controvierte la legalidad del acto administrativo como tal, sino que se pretende la reparación por los efectos que se derivan de la ejecución del acto administrativo, siendo este perfectamente ajustado al ordenamiento jurídico, es decir, legal?

2 Debe resaltarse, que la normatividad señalada en especial 2372 de 2010, artículos 38 y 39, si bien tienen ya varios años en el ordenamiento jurídico colombiano, a la fecha de hoy el consejo de estado no ha analizado la legalidad de actos administrativo en mención, teniendo en cuenta los postulados de estas disposiciones, sumado a esto, el atraso o congestión judicial existente en Colombia de la cual se sustrae fácilmente que en conjunto, salvo la sección quinta, el consejo de estado tiene un atraso de en promedio 5 años para resolver casos, y apunte aparte se debe hacer a la sección tercera que tiene un promedio de demora aproximado de 9 años.

Sin duda alguna, es el medio de control de reparación directa, es el medio de control idóneo, basado en las dos excepciones transcritas de la jurisprudencia del Consejo de Estado, yace en la posibilidad de acudir ante la jurisdicción contenciosa administrativa para que el Estado repare a los particulares por los daños antijurídicos causados ante la imposición o limitación del derecho de propiedad privada ante afecciones ambientales; es así, como este capítulo abordará el tema de la responsabilidad del Estado y sus elementos, no sin antes efectuar algunas precisiones respecto al fenómeno procesal de la caducidad una vez visto el tema de la escogencia del medio de control.

El fenómeno procesal o institución jurídico procesal de la caducidad es considerada como una limitante en el tiempo sobre ejercicio del derecho del acceso a la administración de justicia, es decir, acudir a una justicia pronta y eficaz. (Corte Constitucional, C-401, 2010)

Para el ejercicio del medio de control de simple nulidad o nulidad objetiva, la caducidad no operará, es decir, que el ejercicio de la misma es «en cualquier tiempo» (Ley 1437 de 2011, artículo 164.1); de otro lado, tenemos que cuando se pretenda incoar el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho, el término de caducidad es el «de 4 meses contados a partir del día siguiente a su comunicación, notificación, ejecución o publicación, según el caso» (Ley 1437 de 2011, artículo 164.2c); y por último, para el medio de control de reparación directa, se establece un término de caducidad consistente en:

Dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia. (Ley 1437 de 2011, artículo 164.2i)

En el caso en específico que nos ocupa, ¿cuál sería el término para presentar la respectiva demanda cuando se expide un acto administrativo que limita el derecho de propiedad privada ante afecciones ambiental? No queda duda que si se acude vía control del acto administrativo, nulidad o nulidad y restablecimiento, este corresponderá a lo preceptuado por las normas

anteriormente citadas, estos es, en cualquier tiempo para la nulidad simple y 4 meses, bajo las premisas señaladas en nulidad y restablecimiento del derecho; pero, abordando un tema más complejo cuando se pretende la reparación directa partiendo del hecho de la legalidad del acto administrativo que limita el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de zona ambiental protegida, ¿cuál debería ser el término de caducidad? y ¿bajo qué título de imputación se compromete la responsabilidad del Estado?; para resolver estos interrogantes, se deberá primero, responder al problema jurídico formulado, así: ¿es responsable patrimonialmente el Estado por la expedición de actos administrativos que limitan el derecho de propiedad ante la declaratoria zona ambiental protegida?, asimismo, Si es responsable, ¿debe haber reparación integral?, ¿son realmente antijurídicos los daños imputados al Estado?

Aspectos constitucionales y jurisprudenciales de la responsabilidad del Estado

La Constitución Política Colombiana de 1991, constitucionalizó el concepto de responsabilidad del Estado, “instituyéndola como garantía de los derechos e intereses de los administrados y de su patrimonio, sin distinguir su condición, situación e interés” (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1998-01600, 2017). “La responsabilidad patrimonial del Estado en nuestro ordenamiento jurídico tiene como fundamento un principio de garantía integral del patrimonio de los ciudadanos” (Corte Constitucional, C-832, 2001).

Antes de la Constitución de 1991, no existía expresamente una cláusula general de responsabilidad estatal, por acción o por omisión de las autoridades públicas, y esta se instaure en el artículo 90 en concordancia con el artículo 2 de la Carta Política que señala como una de las finalidades del Estado la de cuidar la vida, honra y bienes de los habitantes del territorio nacional. Como primer punto a favor acerca de la existencia de responsabilidad del Estado por actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de zona ambiental protegida, es claro que desde el plano constitucional, tanto del artículo 90 como del 2 de la Constitución Política Colombiana no existe limitación alguna para que el Estado no sea responsable, sumado a esto, la garantía indemnizatoria del artículo 58 de la misma Carta Política y la protección a la propiedad privada, en igualdad de plano a la protección al medioambiente, a pesar de

existir obligaciones recíprocas del Estado y los particulares de protección ambiental; como se trató el tema anteriormente, estas deben ser racionales y operar en el mismo plano jurídico con observancia de tensiones y tal vez limitantes fundadas en el desarrollo sostenible, pero siempre bajo la garantía constitucional de poder acudir ante el aparato jurisdiccional cuando se violen los derechos o se genere un agravio que no tenga el deber jurídico de soportar el particular.

Otro punto a favor, dentro del caso que nos ocupa, es que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha trazado y consolidado diferentes tesis en las que se encuentra configurada la responsabilidad del Estado en una categoría general denominada responsabilidad por afecciones o delimitación del derecho de propiedad, especialmente referida a la propiedad inmobiliaria, pero que sirve para tomar como base fundamental del planteamiento, al identificar cuatro escenarios puntuales en donde existe responsabilidad del Estado por actividades sobre los bienes inmuebles de los particulares: a) la ocupación de bien inmueble; b) la responsabilidad por afección de propiedad privada generada por obras públicas; c) La mal llamada ocupación jurídica de bienes inmuebles; y d) La responsabilidad del Estado por delimitación del derecho de propiedad, la cual tiene dos dimensiones: d.1). La responsabilidad del Estado por afectaciones al interés general y d.2). La responsabilidad del Estado por la reglamentación general de los usos del suelo (Consejo De Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-02863, 2016).

Otro punto a favor, surge en el año 2012, pues se profiere por parte del Consejo de Estado una sentencia donde se condena al Inderena, lo cual marcó un hito en materia de responsabilidad, reconociendo la existencia de la misma, como se explicará en el siguiente capítulo, además de indicarse posturas contrapuestas ya que en principio hasta el año 2012 se aplicó el título de imputación o régimen de ocupación jurídica; posteriormente esto cambió, toda vez que era desacertado, para aplicarse actualmente, un régimen por delimitación del derecho de propiedad, aplicado como aproximación teórica, ya que es relativamente de reciente desarrollo jurisprudencial. Se reitera que la postura de ocupación jurídica cambio al final de 2015 y se asentó en la jurisprudencia desde el año 2016 y el que está en curso.

El elemento del daño: concepto, características, daño antijurídico, clasificación y tipología del perjuicio

El elemento del daño, es considerado como indispensable en el estudio de responsabilidad en términos generales, sin embargo, de la propia existencia del daño no devine reparación automática, “el daño es un elemento indispensable para la existencia de la responsabilidad, pero cuya sola presencia no convierte, de suyo a quien lo sufre en acreedor de una indemnización” (Henaó, 2007, p.38). El daño es definido como “la lesión de un interés protegido y se agota en esto” (Alpa, 2006, p.773); otros por su parte, lo definen como “un perjuicio ocasionado a un interés privado que tenga relevancia para el resarcimiento cuando goza de tutela jurídica” (Bustamante, 1998, p.170), a esta definición se le hace una crítica en cuanto “desconoce el daño a intereses y derechos colectivos como el medioambiente” (Velásquez Posada, 2009, p.233).

Se puede afirmar que existe “consenso en nuestra jurisprudencia y doctrina respecto a que el daño resarcible es aquel que reúne las características de ser cierto, personal y antijurídico” (Velásquez Posada, 2009, p.233); sin embargo, a estas características debe agregarse que el daño debe ser actual, además de directo (Gil Botero, 2011).

El daño es cierto si existe “certidumbre cuando se evidencia que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, en otras palabras, no será resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible” (Gil Botero, 2011). El daño es personal, esta característica está relacionada con la capacidad para recibir la reparación, “Se relaciona al término de legitimación, esto es, a quien tiene derecho a reclamar la reparación” (Gil Botero, 2011); y se podría afirmar que más que una característica, el daño debe revestir el carácter de directo, es decir una “condición no alude propiamente a una característica, sino es más bien a una relación determinante de su relevancia jurídica” (Gil Botero, 2011).

Por último, el daño debe ser antijurídico, y es allí donde surge la categoría de daño antijurídico; si bien la Constitución ni la Ley lo definen, puede entenderse como “fundamento en la obligación de reparar, ya que armoniza *íntegramente* principios y valores propios del modelo Estatal, debido a que este, le corresponde proteger los derechos y libertades de los administrados frente a la propia Administración” (Corte Constitucional,

C-333, 1996). Debe entenderse que el daño antijurídico se encuadra en «los principios consagrados en la constitución, tales como la solidaridad (Constitución política colombiana, Artículo 1), la igualdad, (Constitución política colombiana, artículo 13), y como garantía integral del patrimonio de los ciudadanos (Constitución política colombiana , artículos 2 y 58)» (Corte Constitucional, Sentencia, C-832 de 2001).

Daño antijurídico se caracteriza porque cuando lo sufre una persona esta no tiene el deber jurídico de soportarlo, constituyéndose así en un perjuicio injusto a su patrimonio. Por su parte, la jurisprudencia contencioso administrativa lo ha descrito como: la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar. (Corte Constitucional, C-410, 2015)

Planteado el anterior concepto, sus características y llevando el tema al escenario puntual de responsabilidad del Estado que estamos esbozando, ¿se consideraría un daño antijurídico la limitación al derecho de propiedad privada ante la expedición de acto administrativo que declara zona ambiental protegida?

Debe tenerse en consideración que existen obligaciones correlativas tanto para el Estado, incluso en los fines mismos dispuestos en la Carta Política como para los particulares conforme al artículo 95.8 de la Constitución, en otras palabras, como causa de la existencia de obligaciones ¿la víctima está en la obligación de soportar el daño?, por lo tanto, ¿no sería antijurídico?; reviste cierta complejidad responder a este interrogante, empero, debe responderse que si es un verdadero daño que reviste la característica de antijurídico, ya que bajo la definición de daño antijurídico, esta no corresponde a la ilicitud del acto realizado por el agente u órgano estatal o quien actúa como tal, ya que esta actuación puede ser lícita y perfectamente podría generar un daño antijurídico, esta se predica del “carácter insoponible que tiene para la víctima el perjuicio sufrido, incluso, teniendo como fuente una actividad lícita, constituye una responsabilidad del Estado llevar a cabo la adecuada reparación como consecuencia de la afectación patrimonial que se ha presentado” (Corte Constitucional, C-410, 2015).

La limitación al derecho de propiedad confrontado con la necesidad de protección ambiental e interés general de protección al medioambiente,

entra en tensión cuando el particular es afectado por los efectos del acto administrativo, llevándolo a un plano de desequilibrio desproporcionado y desigual, no ejerciendo o ejerciendo limitadamente el derecho a la propiedad privada; esta circunstancia particulariza que la víctima no tiene el deber jurídico de soportar esta carga cuando es comprometido su patrimonio, en este caso, sus bienes, y estos además son lesionados, bajo decisiones de la administración; por lo tanto, el artículo 95.8 de la Constitución Política, no es un determinante jurídico para que se entienda como inexistente el daño antijurídico, ya que estos postulados se cumplen de forma voluntaria e incluso con arreglo a la Ley como en los eventos de declaratoria de zona de reserva ambiental civil.

Sin embargo, el juez contencioso administrativo “deberá determinar si las circunstancias concretas que causaron la afectación al interés general acarrea como consecuencia un perjuicio cierto al propietario” (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 2012)

Por último, al estar en presencia de un verdadero daño antijurídico, y si se configurasen los demás elementos estructurales para declarar la existencia de responsabilidad del Estado, ¿dicha reparación debe ser integral?; la resolución de este problema es simple, y solo es necesaria la enunciación de una regla, “la reparación del daño debe dejar intacto a la persona, esto es, como si el daño no hubiera ocurrido, o al menos, en la situación más próxima a la que existía antes de su suceso” (Henaó, 2007, p.45), además, “el resarcimiento del perjuicio, debe guardar correspondencia directa con la magnitud del daño causado, mas no puede superar ese límite” (Corte Constitucional, Sentencia, C-197 de 1993), de lo cual se concluye que el daño debe ser indemnizado plenamente por el Estado, circunstancia de suma importancia, ya que de estas premisas se derivan próximas críticas a las sentencias del Honorable Consejo de Estado que se harán en el siguiente capítulo, ya que se reconoce la existencia de responsabilidad pero no se indemniza plenamente.

Otro punto a tratar brevemente, es el concerniente a la clasificación del daño, más allá de la característica, naturaleza y condiciones del mismo. Allí tenemos el daño instantáneo, el cual basta una acción u omisión para su consolidación; el daño continuado, el cual se extiende en el tiempo, debe hacerse la salvedad que es distinto al daño sucesivo y a la agravación

del daño; además, conforme al principio *pro actione*, y *pro damato*, todo tiene relevancia, ya que está relacionado directamente con el cómputo de la caducidad del medio de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa.

Finalmente, la tipología del perjuicio abarca dos dimensiones generales, una material y otra inmaterial; los perjuicios de orden material «son aquellos que atentan contra bienes o intereses de naturaleza económica, es decir, medibles o mesurables en dinero» (Henaó, 2007, p.195), dentro de esta categoría, sin entrar a hacer un análisis minucioso, se encuentran el daño emergente, ya consolidado o anticipado, y el lucro cesante, igualmente, consolidado o futuro; otra gran categoría es la que comprende perjuicios inmateriales, es decir aquellos «que no tienen naturaleza económica en el sentido de que, por definición, no se les puede medir por dinero» (Henaó, 2007, p.230), dentro de esta categoría, se encuentran el moral que es el generado en “el plano psíquico interno del individuo, reflejado en los dolores o padecimientos sufridos a consecuencia de la lesión a un bien” (Consejo de Estado, Sentencia Sección tercera, 19836, 2011). El daño a la salud comprende tanto la esfera interna de la persona como aspectos físicos y psíquicos externos, y para la tasación, más o menos objetiva, de este tipo de perjuicios, se acude al porcentaje de invalidez decretado por el médico legista (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera 1999-00577, 2016). Por último, también existe otra categoría de perjuicios indemnizables como es la pérdida de oportunidad que “apunta a sucesos determinados donde la persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, fue decisivamente privado del objetivo por el hecho de otro sujeto” (Consejo de Estado, Sentencia, Sección tercera, 1995-00082, 2010).

El elemento de la Imputación: jurídica y fáctica, Títulos de Imputación

Es importante resaltar que para que el Estado pueda ser considerado responsable y se proceda a la reparación del daño, “debe haberse producido ante todo una actuación que le sea imputable, es decir, una conducta de la cual esa persona pública haya sido autora” (Velásquez Posada, 2009, p.114); ese actuar conforme a la Ley 1437 de 2011 puede ser del que deviene especialmente de “controversias y litigios originados en actos, contratos,

hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa” (Ley 1437 de 2011, artículo 104); sin embargo, esta cláusula general de competencia ha generado gran controversia, y de la sola lectura se extraen los siguientes elementos para reflexión:

a) la expresión actos, no es precisa, pues hace entender que todo tipo de actos son demandables en el derecho administrativo, y no necesariamente los actos administrativos, b) en los que estén involucradas las entidades públicas o los particulares cuando ejerzan función administrativa, es claro que se optó por una postura mixta, donde prima tanto la escogencia de la acción ante la jurisdicción partiendo del hecho de la naturaleza de la institución a la que se demanda, además de aplicarse el concepto de función administrativa; la principal crítica está en indicar que el concepto de función administrativa engloba una categoría más precisa, sin necesidad de recurrir a elementos orgánicos; c) por último, no es precisa la expresión “sujetas al derecho administrativo”. Terminando estas breves críticas, y continuando con el elemento de la imputación, es aceptado como postura mayoritaria, dentro de los tratadistas y la jurisprudencia, que 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” (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1998-01600, 2017). Actualmente, si se pretende hacer un análisis detallado, se puede concluir que todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado en la actualidad requiere indudablemente una adecuación fáctica o jurídica, es decir, la aplicación del principio de imputabilidad, además, se puede afirmar que el núcleo esencial de la imputación como elemento de la responsabilidad “no gira en torno a la pregunta acerca de si el hecho era evitable o cognoscible” (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1998-01600, 2017); ante esto, primero se debe indagar “si el sujeto era competente para desarrollar las obligaciones de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos con respecto a ciertos riesgos, para luego contestar si el suceso era evitable y cognoscible” (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1998-01600, 2017).

Cabe advertir antes de iniciar la exposición breve de los títulos de imputación que es posible formular la demanda argumentando un respectivo título de imputación; el juez en aplicación al principio *iura novit curia*, puede considerar la responsabilidad del Estado bajo otro título de imputación diferente a aquel invocado o argumentado en la presentación de la demanda. Existe una estructura metodológica que divide la responsabilidad, en objetiva y subjetiva, también llamadas sin falla o con falla, respectivamente; como punto de partida tenemos la responsabilidad con falla en la prestación del servicio, cuyo origen data del derecho civil bajo la connotación de la culpa, y «esta responsabilidad del Estado no fue considerada general y absoluta, tiene reglas especiales que varían según las peculiaridades, el servicio y la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los intereses particulares» (Velásquez Posada, 2009, p.121); algunos tratadistas coinciden en afirmar que en esta categoría la falla en el servicio puede ser probada o presunta; plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2001-01770, 2017).

En lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2001-01770, 2017)

Otra categoría, es la correspondiente a la denominada responsabilidad objetiva, o responsabilidad sin falla en el servicio, según la cual, «Para la existencia de lesión resarcible se requiere, que ese detrimento patrimonial sea antijurídico, no porque la conducta de su actor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlos» (García de Enterría, 1996, p.372). Al caso colombiano, le es aplicable esta teoría de responsabilidad objetiva, esta circunstancia se hace evidente en la gran cantidad de sentencias judiciales que se profieren en la jurisdicción contenciosa administrativa; además, como se ha explicado, el artículo 90 de la Constitución Política, no limita a algunos elementos la configuración

de responsabilidad a cargo del Estado; la categoría comprende entre otros títulos de imputación, los de daño especial, daños a inmuebles por trabajos públicos, por actividades peligrosas, por expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra.

El daño especial se manifiesta cuando existe «un rompimiento del equilibrio frente a las cargas públicas por parte del principio que rige el estado de derecho que establece la igualdad de todos los ciudadanos ante la ley» (Velásquez Posada, 2009, p.125).

Para la configuración de este régimen, debe partirse del actuar legítimo de la administración, es decir, un despliegue acorde al ordenamiento jurídico y a la normatividad vigente, (...) Así, también, es necesario que se presente quebramiento del equilibrio de igualdad frente a las cargas públicas, la cual se identifica al comparar la posición de la víctima en relación con los demás integrantes del grupo social, por cuanto, mientras la actuación de la administración se justifica en el beneficio general, su interés particular se ha visto excepcional y anormalmente afectado, de manera que el daño resulta grave y desproporcionado, en comparación con el resto de la comunidad. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1998-01600, 2017)

Otro título de imputación es el correspondiente a la expropiación u ocupación de inmuebles en caso de guerra, título de imputación que tiene su fundamento constitucional en el artículo 59 de la Carta Política colombiana, además es considerado como « un caso de responsabilidad objetiva o sin culpa, pues basta demostrar el título con que se reclama y la expropiación u ocupación, para que proceda la indemnización correspondiente, sin que valgan causales de exoneración de responsabilidad estatal» (Rodríguez, 2008).

El título de imputación de daños a inmuebles por trabajos públicos, con la actual Constitución Política (artículo 90), por vía jurisprudencial se ha apreciado que este título de imputación «constituyen un típico caso de daños antijurídicos que los propietarios no están obligados a soportar,

aunque sea legítima la actuación de la administración, es decir, sin que sea necesario probar la culpa de esta última» (Rodríguez, 2008).

Por último, como ya se venía reseñando en este capítulo, el máximo órgano de lo contencioso administrativo, ha trazado una línea acerca de responsabilidad por afecciones o delimitación del derecho de propiedad, al identificar cuatro escenarios puntuales en donde existe responsabilidad del Estado por actividades sobre los bienes inmuebles de los particulares.

Ahora bien, haciendo estas aclaraciones, es pertinente resolver el interrogante, ¿bajo qué título de imputación se compromete la responsabilidad del Estado?; así pues, estamos ante una dualidad jurídica en la jurisprudencia del Consejo de Estado, toda vez que no existe claridad al respecto ya que en una etapa se optó por la llamada ocupación jurídica del inmueble, y en pronunciamientos más recientes, el título de imputación se suscribe a una subcategoría de la responsabilidad por actividades sobre los bienes inmuebles de los particulares, la cual se denomina el respectivo título de imputación, responsabilidad por delimitación del derecho de propiedad por afección del interés general y uso reglamentario del suelo; de la sentencia hito de 2012, surge un cambio en la escogencia del título de imputación, por considerarse errónea la denominación que se toma, disposición completamente acertada, ya que esta categoría, cuyo desarrollo se ha venido asentado en la jurisprudencia desde el 2016, es más concreta, puesto que engloba elementos de derecho ambiental plasmados en la Ley 99 de 1993 y el Decreto 2372 de 2010, considerando además, que las disposiciones proteccionistas del medioambiente que afectan la propiedad privada, encuadran perfectamente en la categoría de determinantes ambientales u ordenamiento territorial ambiental; se reitera que no solo a nivel central por medio del Ministerio del Medio Ambiente se reglamentan. En materia de competencia esta es difusa, como se explicó en los dos primeros capítulos, en el entendido que la competencia no está en cabeza de un solo órgano, los concejos municipales son también competentes para tomar decisiones respecto al medioambiente y en la órbita de su competencia de ordenamiento territorial ambiental, como ya se estudió, además de las CAR y otras entidades ya estudiadas, otro argumento, que es el que toma la jurisprudencia, distinta a mi apreciación jurídica pero igual y acertadas ambas, es que «una ocupación jurídica, requiere de una expresión física

para su configuración» (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-02863, 2016).

Reglas jurisprudenciales en materia de responsabilidad patrimonial del Estado por actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de área ambiental protegida: hipótesis

Una vez efectuadas las anteriores precisiones, desde el 2012 se aplican las siguientes reglas jurídicas, incluso se mantienen desde el cambio mencionado en 2016 a la fecha ya que, como se explicó, solo cambió la denominación del título de imputación por errónea; en este sentido se distinguen dos hipótesis sobre los límites y alcances del Estado en el derecho de propiedad:

Aquellas intervenciones que tocan el núcleo esencial de la propiedad privada, vaciándolo completamente de contenido, y que por ello generaban, entonces, lo que se puede denominar efectos expropiatorios de las decisiones administrativas, intervenciones materialmente expropiatorias o bien, si se quiere acudir a la teoría del derecho internacional, una expropiación indirecta, y no una ocupación jurídica, puesto que este último fenómeno requiere de una expresión física su configuración dará lugar, además, a la aplicación de lo normado en el artículo 220 del CCA- hoy 191 del CPACA. 2). además, en determinados casos donde no hay vaciamiento del derecho ya sea de propiedad o económico sobre el bien, se podrán identificar tres eventos: a) La aminoración del derecho se identifica como una carga tolerable que debe ser soportada por el titular del derecho de propiedad atendiendo el caso concreto; b.) La limitación del derecho de propiedad o de otros de contenido patrimonial respecto de un bien-es particular y especial, pero el ordenamiento jurídico establece mecanismos de compensación, c) La limitación del derecho de propiedad o de otros de contenido patrimonial respecto de un bienes particular y especial, pero el ordenamiento jurídico no creó mecanismos de compensación, caso el cual le corresponde al juez establecer la manera más adecuada

de compensar el detrimento del derecho de propiedad. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-02863, 2016)

Teniendo en cuenta lo anterior, el juez debe partir de un estudio jurídico para determinar si la medida corresponde a un daño de carácter antijurídico, como primera regla, en cuanto a las demás reglas; ya se ha enunciado que el medio de control es el de reparación directa, se debe tener un término de caducidad acorde a la legislación que comprende 2 años desde que queda ejecutoriado el acto administrativo que genera la afectación al interés general; deben probarse los perjuicios causados tanto materiales e inmateriales, ya que la jurisprudencia solo ha aceptado los materiales; por lo expuesto, la reparación implica una reparación plena ante la afección de la situación, por lo que si resultan probados dentro del proceso perjuicios de orden moral, e incluso pérdida de oportunidad, al introducir elementos de responsabilidad por violación a la confianza legítima como se verá en el último capítulo, el alcance de esta reparación deberá ser integral, todo, siempre y cuando se configuren los elementos de responsabilidad estatal, y bajo el título de imputación por afección al interés general, mas no bajo la denominada ocupación jurídica del inmueble por las razones ya expuestas, todo englobado dentro del concepto de daño especial, y de responsabilidad objetiva o sin falta.

El elemento de causalidad o nexa causal

En todo tipo de responsabilidad el elemento de causalidad debe estar visible, esto es, debe “existir una relación de causalidad entre la situación imputable al Estado y el daño causado, esto indica que el daño debe ser efecto o resultado de aquel hecho” (Velásquez Posada, 2009, p.118). Esta relación de causalidad solo puede desvirtuarse a través de la prueba de una causa extraña denominada fuerza mayor, hecho exclusivo de la víctima o hecho de un tercero.

Otro tratadista manifiesta que “entre la actuación imputable a la administración y el daño causado, debe existir una relación de causalidad, el daño debe ser efecto o resultado de aquella actuación” (Rodríguez, 2008), el daño debe imputarse al actuar de la administración, es tal la necesidad de existencia de relación de causalidad, que si esta no se prueba, no habría responsabilidad y “como sucede cuando el daño es producido por fuerza

mayor o caso fortuito, por el hecho de un tercero o por culpa de la víctima” (Rodríguez, 2008). Concluyendo, “El nexo de causalidad, constituye un concepto estrictamente naturalístico que sirve de soporte o elemento necesario a la configuración del daño” (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2000-03697, 2015).

ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES, REGLAS JURÍDICAS, CRÍTICAS Y REFLEXIONES

A continuación se presentará un análisis de precedentes proferidos por el Consejo de Estado respecto a este tipo de responsabilidad, sin entrar a comentar de forma extensiva las circunstancias fácticas que originaron la controversia judicial en cada caso, y haciendo la aclaración pertinente sobre su poco desarrollo jurisprudencial a esta subcategoría de responsabilidad del Estado por afecciones al interés general y delimitación del derecho de propiedad privada, en la cual solo encuadran pocos precedentes proferidos por el Consejo de Estado.

Sin embargo, haciendo la salvedad que existen mixturas y posiciones contrapuestas dentro del Consejo de Estado sobre el tema entre sus mismas subsecciones, circunstancia que hace más interesante el estudio planteado, y más allá de ser un simple tema de responsabilidad del Estado, lo que se pretende a lo largo de todo este estudio y reflexión es crear las bases estructurales o una aproximación teórica a un tema aún más ambicioso, que abarca no solo una comprensión más amplia, completa del régimen jurídico y reparatorio ante limitaciones al derecho de propiedad privada, además de indagar sobre los límites que tienen las autoridades públicas para delimitar el derecho de propiedad privada con fundamento en los criterios de función social y ecológica, al exponerse el asunto de la utilización de los medios de control de nulidad y/o de nulidad y restablecimiento del derecho; asimismo, en las formulaciones que se hicieron acerca de la naturaleza del daño antijurídico, esto es, si se considera ese daño como antijurídico, análisis de los títulos de imputación, críticas a los mismos usados por el Consejo de Estado. Igualmente, se verán más adelante otros puntos; se aportará una tercera opción, como fundamento de la crítica sobre la no reparación plena de los perjuicios causados al someter al particular a una zona gris, con limitaciones de explotación económica o no ejercicio económico sobre la propiedad privada, y el posible inicio del llamado proceso de extinción de dominio sobre un predio

agrario, dejaría al sometido a la delimitación del derecho de propiedad privada, a un estado total de indefensión y bajo una pérdida total ya que la jurisprudencia solo ha reconocido el valor de la mejora sobre el predio, mas no el valor comercial del inmueble, hecho que sumado al retraso en las decisiones judiciales, es decir, a proferir sentencia, se configuraría una posible extinción de dominio del predio por no ejercer actividad económica durante un periodo de tres años, como se indica en la Ley 160 de 1994, artículos 52 y siguientes, desconociéndose por parte de los servidores judiciales el derecho reparatorio, al que tienen derecho incluso en vía administrativa a obtener indemnización por el valor comercial del inmueble, como se señala en la Ley 99 de 1993 artículo 107, todos estos eventos desconocidos por la jurisprudencia del consejo de Estado.

Análisis Sentencias de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, Consejo de Estado, Sección Tercera:

A continuación, se realizará una breve reseña del caso y se presentarán las reglas jurídicas, aspectos relevantes y se indicarán las posturas contrapuestas entre subsecciones del Consejo de Estado.

Caso Sentencia, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 17 de febrero de 1992, Exp. 6643, C. P. Daniel Suárez Hernández. y sentencia del 25 de junio de 1992, Exp. 6974: Primeros pronunciamientos en materia sobre delimitación al derecho de propiedad privada por afecciones del interés general ambientales, y antijuridicidad del daño.

En estos casos, el problema jurídico principal radica en analizar si ¿es o no antijurídico el daño causado al particular afectado por la declaratoria de zona protegida? Se resuelve el problema jurídico, teniendo en cuenta que la decisión es ajustada a derecho, contemplando en primera medida la posibilidad de la aplicación de la figura de ocupación permanente, conforme al anterior código contencioso administrativo, Decreto 01 de 1984, considerando en esta oportunidad que «mal podría la administración arbitrariamente violentar y desconocer derechos y garantías del propietario, sin que a favor de este se produzca una compensación por la pérdida o disminución de sus derechos patrimoniales» (Santaella Quintero, 2013). De lo enunciado se pueden hacer las siguientes críticas: la principal se funda en que pareciera que

del texto se infiriera que toda afectación ambiental al derecho de propiedad privada deba ser indemnizado, sin embargo, por la antigüedad del fallo se obvian las disposiciones jurídicas de la Ley 99 de 1993, ya que según el artículo 107 de la Ley citada, son motivos de utilidad pública e interés social, además de los determinados en otras leyes la declaratoria y alinderamiento de aéreas, entendido esto en concordancia con el artículo 58 de la Constitución, es viable la acción contenciosa posterior a la declaratoria, e incluso la indemnización vía administrativa, empero, la jurisprudencia tiende a darle la facultad al juez para que analice cada caso en concreto, ya que puede haber una imposición de este tipo sin que exista daño. Se concluye pues, que la sentencia asevera que la afección ambiental al derecho de propiedad privada conlleva la imposibilidad absoluta del ejercicio de derechos sobre la misma, lo que desencadena en un vaciamiento del núcleo esencial de derecho de propiedad privada, es decir, una postura clásica.

Caso Sentencia de la Sección Tercera, Consejo de Estado, 9 de mayo de 2012, Partes: Hernando Morales Silva y otros, vs Inderena, radicado (21906)- Sentencia condenatoria, hito en materia sobre delimitación al derecho de propiedad privada por afecciones del interés general ambientales.

Hasta el momento son pocas las sentencias condenatorias que se han proferido por parte del Consejo de Estado. Como principal causa de esto, está la problemática de estudio sobre el daño y si este es o no antijurídico, además del problema probatorio que surge al tratar de probar los perjuicios ocasionados por la medida que limita el derecho de propiedad privada; pero este punto se debe más, al mal manejo que realizan los apoderados judiciales respecto a la prueba de los perjuicios; para este caso en específico de estudio, esta sentencia marca un precedente importante en la historia no solo en cuanto al manejo del tema, sino que es considerada como una de las sentencias que marcan un antes y después en la jurisdicción contenciosa administrativa, es decir, esta es la primera que en materia de delimitación al derecho de propiedad privada por afecciones del interés general ambientales trata de hacer una aproximación teórica; en otras

palabras, busca un equilibrio distinto a lo planteado en las anteriores sentencias que en las que se considera vaciado el núcleo esencial del derecho de propiedad privada, pues en esta oportunidad se intentó indagar si los daños ocasionados son desfasados, es decir, desproporcionados y constituyeron una carga anormal, basado en las siguientes reglas que se citarán:

A la luz de la jurisprudencia constitucional se debe puntualizar, entonces, que las afectaciones al interés general no resultan *per se*, contrarias al ordenamiento jurídico, al contrario encuentran claro sustento constitucional, sin embargo, toda limitación al ejercicio de propiedad debe analizarse mediante un juicio de proporcionalidad para garantizar el equilibrio entre los derechos de los propietarios y el interés común, bajo el entendido que se debe respetar en todo evento el núcleo esencial de la propiedad puesto que una limitación que exceda dicho límite tendría alcances expropiatorios. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 2012)

Por lo tanto, debe analizarse por parte del juez si la determinada afectación al interés general tiene una especie de alcance expropiatorio, y si el titular del derecho de propiedad se ve afectado en cada caso en concreto, o cuenta con una genérica utilidad privada de carácter económico. En este orden de ideas se pueden presentar varias hipótesis: a) La Administración necesita, para el cumplimiento de las finalidades del Estado, una determinada propiedad privada, en dicho caso, ella deberá afectar el bien para luego iniciar los trámites de la expropiación. b) La afectación al interés general excede los límites de intervención pública sobre la propiedad privada que el ordenamiento jurídico considera como de obligatoria tolerancia en cabeza de los particulares, en otras palabras, si el juez encuentra que la afectación al interés general excede las cargas derivadas de la función social y ecológica de la propiedad se configurará la existencia de un daño antijurídico y se ordenará la indemnización de los perjuicios. c) La afectación al interés general no excede los

límites establecidos, en la medida en que dichas afectaciones obedecen a una carga que el ciudadano está en el deber de soportar en virtud de la función social y ecológica de la propiedad, puesto que no vulneran el núcleo esencial de la propiedad privada, es decir, se mantiene la posibilidad de explotar jurídica y económicamente el bien (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 2012).

En esta hipótesis puede ocurrir una de dos situaciones: i) el ordenamiento jurídico establece medidas compensatorias: le corresponde en este evento al juez determinar si la compensación establecida por el legislador es suficiente; o, ii) el ordenamiento jurídico no establece medidas compensatorias: la inexistencia de medidas compensatorias se debe entender como una expresión del desequilibrio de las cargas públicas y, por tanto, le corresponderá al juez adoptar las medidas. En este último caso no se podrá considerar que exista necesariamente un daño antijurídico que deba ser reparado por la entidad afectante, le corresponderá al juez determinar si dicha afectación al interés general le genera perjuicios materiales al propietario del bien, es decir, el juez deberá establecer si para cada caso concreto la afectación al interés general acarrea como consecuencia un perjuicio cierto en cabeza del propietario, pero dicha limitación a la propiedad privada al ser restringida a determinadas formas de ejercicio del derecho no se podrá asimilar a una ocupación temporal de bienes inmuebles. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 2012)

Mencionado lo anterior y como se explicó en el capítulo cuarto al tratar de resolver el interrogante sobre *¿qué es antijurídico?, frente a lo cual se concluyó que deben aplicarse criterios del test de proporcionalidad para determinar en cada caso concreto si la limitación constituye o no daño antijurídico y ¿bajo qué título de imputación se configura responsabilidad del Estado?, respuesta en la que se sintetizó principalmente una crítica que se hace a los postulados o reglas vistas, ya que es errónea la utilización del término ocupación jurídica del bien, y se reitera*

que «requiere de una expresión física para su configuración» (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-02863, 2016), y en el caso que nos ocupa nunca habrá lugar a una expresión física para su configuración.

Además, otro aspecto a resaltar en la sentencia, se funda en las reseñas muy explicativas respecto a la historia, concepto y alcance de las funciones de la propiedad privada, y aspectos constitucionales y legales de esta, por último indicando que el término de caducidad es de dos años contados desde la notificación o ejecutoria del acto administrativo que delimita, reserva, alindera, conserva un determinado territorio como zona protegida. Basados en el régimen de ocupación permanente del inmueble, además de hacer una distinción de dos figuras jurídicas que parecen similares pero que revisten características distintas como la expropiación y las afecciones al interés general en este caso, al ambiental.

Caso Sentencia de la Sección Tercera, Consejo de Estado, 26 de agosto de 2015, Partes: Cerritos Cía. Ltda. vs Municipio de Pereira (33.113), Caso Sentencia de la Sección Tercera, Consejo de Estado, 18 de abril de 2016, Partes: hacienda la cabaña Ltda. vs Municipio de la cumbre y otros (37495) - Sentencias de cambio de posición jurídica respecto al título jurídico de imputación y consolidación de las reglas jurídicas.

Ambas sentencias pertenecen a la categoría descrita de responsabilidad patrimonial del Estado por delimitación del derecho de propiedad privada y en ambas se remiten a la sentencia del año 2012, analizada en el numeral anterior, aplicando las reglas transcritas pero con correcciones, en ambas se optó por la escogencia de un título de imputación distinto al de la ocupación jurídica, por las razones ya explicadas, haciendo la salvedad que se continúan las reglas jurídicas tratándose de consolidar las mismas, ya que la sentencia descrita del año 2012 marcó un hito en la jurisdicción contenciosa administrativa y abrió la posibilidad de configuración de responsabilidad del estado en esta materia.

Caso sentencia, Sección Tercera, Consejo de Estado, 24 de febrero de 2016, Partes: ingenieros Calderón y Jaramillo S.A

y Otros vs Municipio de Manizales (36832) y Caso sentencia, Sección Tercera, Consejo de Estado, 29 de febrero de 2016, Partes: Margarita Quenza y otros vs Municipio de Arauca, (33505). Sentencias que acogen parcialmente las reglas de la sentencia del año 2012, y postula criterios contrapuestos con las reseñadas en el punto anterior.

Finalmente, existe un aislado grupo de sentencias que recoge parcialmente las reglas de la mencionada sentencia del año 2012, como lo es la del 24 de febrero de 2016, pero resuelve el conflicto planteado negando las pretensiones de la demanda, una de las principales reglas jurídicas planteadas fueron:

Se descarta que se pueda hablar de una ocupación jurídica del bien inmueble ya que el supuesto daño alegado devino de una disposición ambiental y de ordenamiento territorial, lo cual permite inferir que se está frente a un evento de responsabilidad del Estado por delimitación del derecho de propiedad. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección tercera, 2003-01331, 2016)

Y se niegan las pretensiones de las demandas basados en la insuficiencia del acervo probatorio más que la inviabilidad de la configuración de responsabilidad patrimonial por parte del Estado.

Ahora bien, como quedó expuesto en el pronunciamiento transcrito, dentro de este tipo de responsabilidad existen dos vertientes, una por afectaciones al interés general y, otra, por la reglamentación general de los usos de suelo. Respecto de la primera, no sobra aclarar que aunque la parte actora imputa el daño a la expedición de la licencia ambiental, lo cierto es que, como ya se explicó, no hay prueba de que dicha licencia, por sí misma, hubiere delimitado el derecho de propiedad de las propietarias, pues, además de que no se probó que el lote “La Escombrera” hubiere sido afectado por dicha licencia, la ejecución del proyecto para la adecuación de la escombrera municipal tampoco se demostró. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección tercera, 2003-01331, 2016)

Otra apreciación y punto aparte merece la sentencia del 29 de febrero de 2016, sentencia que se profiere con cinco (5) días de diferencia, pero que niega toda posibilidad de responsabilidad del Estado, pero que en todo caso exhorta a la administración a pesar de la negativa de acceder a las pretensiones de la demanda a cumplir lo dispuesto en la Resolución 157 de 2004.

Esta sentencia vuelve a la tesis del título de imputación de ocupación jurídica del bien inmueble, obviando o aislándose de por lo menos tres pronunciamientos en los que el Consejo de Estado ya había replanteado esta regla; en otras palabras, existen posiciones contrapuestas, mixtas que no brindan seguridad jurídica, afirmando en esta oportunidad que si bien en alguna oportunidad se ha declarado la responsabilidad del Estado por estos hechos, cuando se limita el derecho de propiedad privada por mandatos constitucionales como la protección al medio ambiente, no constituye daño antijurídico para este caso en concreto ya que no se vació el núcleo esencial del derecho de propiedad privada; sentencia aislada debido a que en el mes de abril se produjo otro pronunciamiento que siguió la línea de la sentencia del 2015 reseñada, pero lo interesante de esta sentencia, más allá de la negativa del reconocimiento de responsabilidad estatal, no es la negativa o imposibilidad que se configure esta, sino el agregado de un elemento adicional a la discusión, que es el reconocimiento indemnizatorio en eventos donde se viola la confianza legítima «por algún daño provocado por el desconocimiento de expectativas legítimas o de intereses creados al amparo de la confianza» (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-00015, 2016), postura interesante que vale la pena mencionarla, ya que hace del debate más enriquecedor para futuros pronunciamientos, y tratar de responder en una futura oportunidad, ¿si el Estado debe responder integralmente por los daños causados por *afección al derecho de propiedad privada cuando medie la protección al medioambiente, en la ejecución de proyectos de carácter patrimonial que desarrolle el propietario del predio cuyo derecho ha sido limitado?*; ciertamente, podría ser una posibilidad, teniendo en cuenta que no existen limitantes bajo la disposición del artículo 90 de la Constitución

Política, acerca de si este daño es desproporcionado, llegando a la conclusión de la denominación desproporcionada por medio de técnicas jurídicas como los test de razonabilidad, proporcionalidad e igualdad, donde no quede duda que el daño alegado es antijurídico, el Estado debe responder patrimonialmente, teniendo en cuenta que debe obrar con prueba de por medio.

Crítica y reflexión: Punto problemático, tensión entre libertad económica- interés económico e interés de protección ambiental: Test de proporcionalidad, al limitar funciones de la propiedad privada

Para empezar, tenemos que el Consejo de Estado, trató de dar una solución suficiente al conflicto existente entre el bien común y el interés patrimonial de los propietarios de un predio, obvió consideraciones constitucionales, ya que no se tuvo en cuenta el concepto de desarrollo sostenible, fundamental para dar respuesta a esta confrontación, según sentencias de la Corte Constitucional, C-544 de 2007, C-263 de 2011 y Corte Constitucional, C-035, 2016.

Esta crítica, tiene su fundamento en la forma como se usó la técnica jurídica empleada de proporcionalidad; en la sentencia de 2012, reseñada, se llegó a las siguientes conclusiones, obviando el concepto de desarrollo sostenible ya estudiado, pero llegando a una conclusión jurídicamente acertada,

Las afectaciones al interés general no resultan *per se*, contrarias al ordenamiento jurídico, al contrario encuentran claro sustento constitucional, sin embargo, toda limitación al ejercicio de propiedad debe analizarse mediante un juicio de proporcionalidad para garantizar el equilibrio entre los derechos de los propietarios y el interés común, bajo el entendido que se debe respetar en todo evento el núcleo esencial de la propiedad puesto que una limitación que exceda dicho límite tendría alcances expropiatorios. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 2012).

Se continúa argumentando en la sentencia que la intervención del Estado regulando la propiedad debe partir del uso del juicio de proporcionalidad

cuyos elementos le permiten al juez el análisis de la restricción del derecho fundamental de propiedad. En el marco de este juicio se deben realizar los siguientes pasos: i) determinar si la medida limitativa busca una finalidad constitucional; ii) si es adecuada respecto del fin; iii) si es necesaria para la realización de este lo cual implica la no existencia de una alternativa que garantice el cumplimiento del fin limitando en menor medida el derecho que se ve restringido; y iv) si es estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado –esto implica un no sacrificio de valores y principios que tengan un mayor peso que el principio que se pretende satisfacer. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 2012)

Se sustrae del texto en mención que el juicio de proporcionalidad,

En sentido estricto, enseña que el detrimento del derecho o interés jurídico que se hace retroceder, se sacrifica o se afecta en un caso concreto, debe ser correlativo a o ha de corresponderse con el beneficio, la utilidad o el resultado positivo que se obtenga respecto del bien, derecho o interés jurídico que se hace prevalecer, a través de la ‘regla de precedencia condicionada’ que soporta la alternativa de decisión elegida para resolver el supuesto específico. En el caso concreto de las afectaciones al interés general le corresponderá al juez: i) determinar si la afectación al interés general y sus consecuencias sobre el ejercicio del derecho de propiedad buscan una finalidad constitucional; ii) si la limitación a los derechos del propietario es adecuada respecto del fin; iii) si la limitación es necesaria para la realización de este, es decir que no se pueda lograr el fin deseado mediante una intervención menos intensa en el derecho de propiedad; y iv) si la limitación al derecho de propiedad resulta estrictamente proporcional en relación con el fin que busca ser realizado. Para determinar el alcance de la responsabilidad del Estado y la indemnización debida por la limitación del derecho fundamental, se tendrán que tener en cuenta, en los términos en que será reseñado más adelante, las medidas compensatorias que consagre el ordenamiento jurídico para reequilibrar las cargas públicas. (Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 2012)

Crítica y reflexión: Punto problemático dualidad jurídica

Partiendo del hecho que la mayoría de personas que pueden llegar a ser afectadas por las medidas de limitación al derecho de propiedad por actos administrativos son aquellos que se dedican en gran medida a las labores del campo colombiano, agro, y demás; teniendo en cuenta que si bien puede no acontecer el vaciamiento del núcleo esencial del derecho de propiedad, se puede estar ante eventos donde se viola derechos de libertad económica de los particulares sometiéndose a realizar una actividad distinta a la que venían desarrollando, si la medida del acto administrativo que limita su propiedad está relacionada con la actividad que realiza en pro de la protección al medioambiente.

El Consejo de Estado ha negado la existencia de la que denominó zona gris del uso, goce y disposición de la propiedad, en casos en los que se ha pronunciado acerca de la responsabilidad del Estado por actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante declaratoria de reserva ambiental protegida, obviando jurídicamente, que la administración puede iniciar trámites administrativos de extinción agraria, y eventualmente violando los derecho de libertad económica, ¿puede ser esta medida proporcional y razonable?, más allá de resolver este interrogante, lo que se plantea es llegar a un punto de reflexión, al no reconocer el pago del valor comercial del inmueble en la sentencia citada del año 2012, al ser un caso que se originó entre el año 1991 y 1993 fecha en la que se presentó la demanda, y fue resuelto en el año indicado, 2012, es decir, transcurriendo 19 años para que el Consejo de Estado resolviera la litis en cuestión; nada hubiese impedido que se iniciara un proceso de extinción de dominio agrario con sujeción a la Ley 160 de 1994, artículo 58, conforme a lo visto en el capítulo cuarto, como causa principal, el no ejercicio de actividad económica sobre la tierra. Esos procesos son también conocidos por el Consejo de Estado en única instancia por disposición expresa de la Ley 1437 de 2011, artículo 149.10, como ha pasado en otras oportunidades, como en el caso de la revisión sobre decisión de extinción de predio agrario sobre un predio de la Universidad de Cauca, acto administrativo expedido por Unidad Nacional de Tierras Rurales –UNAT– (Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008-00111, 2014). Es claro que estos eventos son poco comunes pero son posibles, lo que dejaría en un estado de prominente detrimento patrimonial al propietario de un inmueble sometido a

la medida de limitación de propiedad privada por un acto administrativo que declara zona ambiental protegida.

Se concluye teniendo en cuenta la apreciación hecha en 1972 por el Honorable consejo de Estado que

No puede ser que el Estado someta al ciudadano a dos ordenamientos contradictorios. Ese conflicto no puede existir y por eso, y por lo que a la legislación agraria respecta, no puede ser, que por un precepto se constituya lo que esa legislación denomina Zona Forestal, que por definición, no es explotable, y que por otro se obligue al propietario a explotarla, so pena de que se profiera contra él la declaración sobre extinción del dominio. (Consejo De Estado, Sección Tercera, Radicación 1094, 1972)

CONCLUSIONES Y APOORTE HACIA LA CONSTRUCCION TEÓRICA COMO RESPUESTA AL PROBLEMA

Este trabajo de investigación se ha caracterizado por esclarecer punto confusos y no abordados por la jurisprudencia contencioso administrativa, o expuestos de forma insuficiente por el Consejo de Estado. Se estudiaron posturas mixtas existentes incluso dentro de las mismas subsecciones, circunstancia en la que resulta claro afirmar que aún no se tiene una postura clara y consolidada sobre el tema; sin embargo, son grandes los avances acerca del mismo, ya que se ha abierto la posibilidad que el Estado pueda ser responsable patrimonialmente ante afecciones de interés general en materia ambiental, pero quedan puntos en donde se necesita un mayor desarrollo jurisprudencial, al agregar elementos a la discusión como el concepto de desarrollo sostenible, confianza legítima, dualismo jurídico, al limitar del ejercicio pleno del derecho de propiedad privada, en especial, en el evento de explotación económica, pero al mismo tiempo someter al particular titular de ese derecho a explotar económicamente el mismo.

Asimismo, se ha dejado claro que mirando las circunstancias particulares el daño al limitar el derecho puede ser considerado antijurídico, y que para determinar la antijuridicidad, deben aplicarse juicios de proporcionalidad y reglas no solo planteadas por el Consejo de Estado, deben igualmente darle cabida a las técnicas usadas en la jurisprudencia constitucional; en

cuanto a los títulos de imputación, surgieron dudas en principio debido a la mala utilización por parte de la jurisprudencia del término ocupación jurídica, ya que este no es acorde a la realidad jurídica que reviste este tipo de afección general de orden ambiental; esta, como se expuso, implica una expresión física para su configuración, evento que nunca se va a exteriorizar cuando determinada limitación al derecho de propiedad privada se realiza por protección al medioambiente, por lo tanto, es acertado calificar de inadecuado el error del Consejo de Estado, ya que se debe aplicar un título de imputación, igualmente, de responsabilidad objetiva pero bajo una categoría especial; se concluye además, que es procedente tanto el medio de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho, siempre y cuando el acto administrativo sea atacado por su ilegalidad, pero no bajo discrecionalidad del actor, sino teniendo en cuenta el origen del daño, y la caducidad va a estar determinada por las disposiciones de la Ley 1437 de 2011, resaltando que puede darse un evento no visto en la jurisprudencia bajo el Decreto 2372 de 2010, es decir el someter a control jurisdiccional del acto administrativo basado en la no ejecución de estudios técnicos y científicos que indiquen que determinada zona deba ser protegida, ya que es un criterio indispensable en el trámite previo a proferir el acto administrativo; y finalmente se llega a la conclusión que el medio de control procedente para los eventos que devienen de hechos u omisiones de la administración pública respecto a la temática que nos ocupa, es la reparación directa, con fundamento en las excepciones planteadas en este trabajo, basada en la reparación de perjuicios cuando el acto administrativo es perfectamente ajustado a el ordenamiento jurídico, legítimo, y por ende, se trata entonces en una responsabilidad prácticamente objetiva.

REFERENCIAS

Bloque de Constitucionalidad y Constitución Política

Constitución Política de Colombia - 1991

Bloque normativo

Congreso de la República de Colombia (1993) Ley 99

Congreso de la República de Colombia (1994). Ley 160.

[Decreto 2372 de 2010].

Congreso de la República. (18 de enero de 2011). Se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Congreso de la República de Colombia (2011). Ley 1437. DO: 47.956

Jurisprudencia - Corte Constitucional

Corte Constitucional, C-832, C-832 de 2001 (Corte Constitucional 8 de agosto de 2001).
Corte Constitucional, C-620, C-620 de 2004 (Corte Constitucional 30 de junio de 2004).
Corte Constitucional, C-544, C-544 de 2007 (Corte Constitucional 8 de julio de 2007).
Corte Constitucional, C-401, C-401 de 2010 (Corte Constitucional 26 de mayo de 2010).
Corte Constitucional, C-263, C-263 de 2011 (Corte Constitucional 6 de abril de 2011).
Corte Constitucional, C-410, C-410 de 2015 (Corte Constitucional 1 de julio de 2015).
Corte Constitucional, C-035, C-035 de 2016 (Corte Constitucional 8 de febrero de 2016).
Corte Constitucional, T-095, T-095- 2016 (Corte Constitucional 25 de febrero de 2016).

Jurisprudencia- Consejo de Estado

Consejo de Estado, Sección Tercera, Radicación 1094, 1094 (Consejo de Estado 19 de octubre de 1972).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1995-00082, 05001-23-26-000-1995-00082-01 (18593) (Consejo de Estado 11 de agosto de 2010).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 19836, 19836 (Consejo de Estado 30 de junio de 2011).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1993-04137, 25000-23-26-000-1993-04137-01 (21906) (Consejo de Estado 09 de mayo de 2012).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Primera, 2010-00048, 25000-23-24-000-2010-00048-01 (Consejo de Estado, Sección Primera. 8 de mayo de 2014).
Consejo de Estado, Sección Tercera, 2008-00111, 11001-03-26-000-2008-00111-00 (36 251) (Consejo de Estado 12 de diciembre de 2014).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2015-00165, 68001-23-33-000-2015-00165-01 (54063) (Consejo de Estado 19 de noviembre de 2015).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2000-03697, 19001-23-31-000-2000-03697-01 (34582) (Consejo de Estado 29 de abril de 2015).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-01331, 17001-23-31-000-2003-01331-01 (36832) (Consejo de Estado 24 de febrero de 2016).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-00015, 07001-23-31-000-2003-00015-01 (33505) (Consejo de Estado 29 de febrero de 2016).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera 1999-00577, 52001-23-31-000-1999-00577-02 (54839) (Consejo de Estado 14 de marzo de 2016).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2003-02863, 760012331000-2003-02863-01 (37495) (Consejo de Estado 18 de abril de 2016).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 1998-01600, 76001-23-31-000-1998-01600-01(27622) (Consejo De Estado 16 de Febrero de 2017).
Consejo de Estado, Sentencia, Sección Tercera, 2001-01770, 73001-23-31-000-2001-01770-01(34081) (Consejo de Estado 16 de febrero de 2017).

Doctrina

Alpa, G. (2006). *Nuevo tratado de la responsabilidad Civil*. Lima: Juristas Editores.
Benavides, J. I. (2016). *Ley 1437 de 2011*. Bogotá: Universidad Externado.
Bustamante, J. (1998). *Teoría general de la responsabilidad civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
García de Enterría, E. (1996). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
Gil Botero, E. (2011). *Responsabilidad extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis S.A.

- Henao, J. C. (2007). *EL daño*. Bogota: Universidad externado.
- Rodríguez, L. (2008). *Derecho administrativo General y Colombiano*. Bogotá: Temis S.A.
- Santaella Quintero, H. (2013). Responsabilidad patrimonial del estado por afecciones ambientales a la propiedad privada. En A. Ospina Garzón, *Los grandes Fallos de la Jurisprudencia administrativa colombiana* (p.464). Bogotá: Universidad Externado.
- Velásquez Posada, O. (2009). *Responsabilidad Civil Extracontractual*. Bogotá: Temis S.A.

Para citar este artículo:

Charris Flórez, A. (2019). Responsabilidad patrimonial del Estado por actos administrativos que limitan el derecho de propiedad privada ante la declaratoria de área ambiental protegida. *Vis Iuris*, 6(12), 47-80. Recuperado a partir de <https://revistas.usergioarborleda.edu.co/index.php/visiuris/article/view/>