

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Por expedición de acto administrativo viciado de nulidad / ACTO ADMINISTRATIVO - Licencia de construcción para Estación de venta de hidrocarburos / LICENCIA DE CONSTRUCCION - Otorgada vulnerando Resolución 82588 de 1994 por privar a terceros de ejercer derechos de oposición a la concesión del permiso / LICENCIA DE CONSTRUCCIÓN - Concedida mediante resolución 001 de 25 de junio de 1996

Decide la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar si la entidad pública demandada es responsable patrimonialmente por la expedición irregular de un acto administrativo, cuya nulidad se declaró judicialmente, lo cual se dice le causó perjuicios al beneficiario del acto; en este orden de ideas la Sala debe analizar, en primer lugar, si procede la acción de reparación directa como mecanismo procesal adecuado para obtener el resarcimiento de los perjuicios generados por la nulidad de un acto administrativo. (...) la Sala encuentra que se acreditó de manera efectiva, mediante las pruebas allegadas al expediente, que el señor Luis Antonio Pantoja era el beneficiario de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, mediante la cual se le concedió la licencia de construcción para el proyecto "Estación de Servicios San Francisco 'Estación Terpel'"; de la misma manera, se encuentra acreditado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –en primera instancia el Tribunal Administrativo de Nariño y en segunda el Consejo de Estado– anuló la citada Resolución por violación del derecho de defensa de los terceros eventualmente afectados por la construcción de la obra.

DAÑO ANTIJURIDICO - A través de Resolución 001 de 25 de junio de 1996, dictada por el Municipio de Pupiales Nariño que concedió a beneficiario licencia de construcción, dicho acto administrativo fue declarado nulo por juez contencioso administración decisión que generó como perjuicios la pérdida de oportunidad del beneficiario para ejecutar y explotar el negocio proyectando

Le corresponde a la Sala determinar si en el presente caso concreto la nulidad judicialmente decretada de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 le causó un daño antijurídico al señor Luis Antonio Pantoja y si dicha decisión judicial fue el producto de una conducta imputable a la entidad pública demandada.

ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedente por perjuicios causados por declaratoria judicial de nulidad de acto administrativo / ESCOGENCIA DE ACCION CONTENCIOSA - No depende de la discrecionalidad del demandante sino del origen del perjuicio alegado / NULIDAD Y RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO - Acción procedente para controvertir la legalidad de acto administrativo / EXCEPCIONES PARA ESCOGER ACCION DIFERENTE A LA NULIDAD Y RESTA BLECIMIENTO DEL DERECHO - Por daños causados por acto legal y por haberse declarado revocatoria directa o anulado por juez contencioso es viable acción de reparación directa

Es jurisprudencia constante de esta Sala, en el marco de la estructura de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establecida por el ordenamiento jurídico colombiano, la escogencia de la acción no depende de la discrecionalidad del demandante sino del origen del perjuicio alegado. (...) resulta clara la posición constante y coherente de la jurisprudencia de la Corporación, mediante la cual, con un incontrovertible sustento legal, se ha considerado que el ordenamiento jurídico colombiano distinguió la procedencia de las acciones a partir 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 tiene que ver con los daños que se hubieren causado por un acto administrativo legal y la segunda con los daños cuya fuente sea la ejecución de un acto administrativo que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. **NOTA DE RELATORIA:** Referente a la acción procedente para reclamar perjuicios por expedición de acto administrativo, consultar sentencia de 3 de diciembre de 2008, Exp. 16054, MP. Ramiro Saavedra Becerra.

DAÑOS OCASIONADOS POR ACTO ADMINISTRATIVO LEGAL - Acción procedente reparación directa cuando no se discute legalidad del mismo / ACCION REPARACION DIRECTA - Procedente por daño especial

La Sala ha reconocido la viabilidad de la acción de reparación directa por los perjuicios causados por la expedición de un acto administrativo cuya legalidad no se discuta en el curso del proceso, puesto que se reconoce que el ejercicio de la función administrativa ajustado al ordenamiento jurídico puede generar un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos; como es evidente, en esta hipótesis la procedencia de la acción de reparación directa depende principalmente de la ausencia de cuestionamiento respecto de la legalidad del acto administrativo que generó los perjuicios alegados por la parte actora. **NOTA DE RELATORIA:** En relación con la acción procedente por la expedición de acto administrativo legal, consultar sentencia de 27 de abril de 2006, Exp. 16079, MP. Ramiro Saavedra Becerra.

PERJUICIOS CAUSADOS POR ACTO ADMINISTRATIVO REVOCADO POR LA ADMINISTRACION - Procede acción de reparación directa / ACCION DE REPARACION DIRECTA - Procedente por anularlo juez contencioso administrativo por incurrir la administración en error de procedimiento en su expedición / DAÑO CAUSADO POR ANULARSE ACTO ADMINISTRATIVO FAVORABLE A BENEFICIARIO - Se reclama a través de la acción de reparación directa / FALLA DEL SERVICIO DE LA ADMINISTRACION - Al expedir acto administrativo favorable a intereses de beneficiario y que posteriormente sale del mundo jurídico por nulidad decretada por juez contencioso

En el presente caso concreto el demandante es el beneficiario del acto administrativo que a la postre se declaró ilegal por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; los perjuicios encuentran así su origen en la declaratoria de nulidad (es decir, en el vicio del acto administrativo) y no en su expedición o ejecución; de alguna manera, podría afirmarse que el daño alegado por la parte actora no se produjo por la vida del acto administrativo sino por su muerte. En otras palabras, la falla del servicio en la presente hipótesis se configuraría a partir de un defecto o vicio del acto administrativo que tuvo por consecuencia que un acto administrativo favorable al demandante hubiere salido del ordenamiento jurídico, en este entendido el análisis de la reparación de los perjuicios generados por la falla del servicio a la cual se hace referencia se compagina perfectamente con los presupuestos fácticos de la acción de reparación directa. Huelga señalar que en estos eventos el juez deberá analizar la conducta del beneficiario del acto administrativo, puesto que si la declaratoria de nulidad que lo afecte o la revocatoria directa son producto de su propia conducta

no procederá la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la entidad pública que expidió el acto administrativo.

CADUCIDAD ACCION DE REPARACION DIRECTA - Cuando se reclama perjuicios por nulidad judicial de acto administrativo. Término dos años / CONTEO TERMINO CADUCIDAD - Debe contarse a partir de la ejecutoria de la sentencia que declaró la nulidad de acto administrativo controvertido

Para la Sala el término de caducidad debe, entonces, contarse a partir del momento en que cobró ejecutoria la sentencia que declaró nula la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, contentiva del acto administrativo mediante el cual se le otorgó la licencia de construcción de la “Estación de servicios San Francisco ‘Estación Terpel’” al señor Luis Antonio Pantoja, esto es el 3 de abril de 1998, fecha en la cual quedó en firme la sentencia de segunda instancia que emitió la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso No. 4462. (...) atendiendo las competencias propias del juzgador de segunda instancia y las particularidades inherentes a todo proceso judicial, resulta evidente que en el marco de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la anulación de un acto no detenta el carácter de definitiva hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia que decide el recurso de apelación, cuando éste se ha presentado en debida forma y dentro de los términos legales.

LICENCIA DE CONSTRUCCION - Es un instrumento de intervención administrativa en actividad de los particulares / LICENCIA DE CONSTRUCCION - Es una expresión del poder de policía no del derecho policivo / LICENCIA DE CONSTRUCCION ACTO ADMINISTRATIVO - Regulación legal. Ley 388 de 1997. Decreto 1469 de 2010

Hay lugar a tener la licencia de construcción como un acto administrativo mediante el cual la autoridad administrativa competente autoriza la realización de diversas conductas de especial interés urbanístico, cuya finalidad la constituye la verificación del cumplimiento de las normas que rigen el desarrollo urbano y el ordenamiento del territorio, se trata así de un instrumento de intervención administrativa en la actividad de los particulares. (...) El ordenamiento jurídico colombiano optó recientemente por reconocer de manera incontrovertible el carácter constitutivo de la licencia de construcción, mediante el artículo 182 del Decreto-ley 19 de 2012, contentivo del denominado Estatuto Antitrámites

FUENTE FORMAL: LEY 388 DE 1997 / DECRETO 1469 DE 2010 / DECRETO LEY 19 DE 2012

ACTO ADMINISTRATIVO LICENCIA DE CONSTRUCCION - Controlable ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo / ESTACIONES DE SERVICIO DE VENTA DE HIDROCARBUROS - Regulación legal

La posición que aquí se deja de lado desconoce el carácter de acto administrativo del que goza la licencia de construcción, puesto que atendiendo la noción instrumental, de tinte claramente jurisdiccional, del acto administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano implica necesariamente que la declaración de la voluntad de la autoridad administrativa produzca efectos jurídicos, esto es que crea, modifica o extinga situaciones jurídicas; en este sentido, si la licencia de construcción es un acto administrativo debe, de manera imperativa, generar efectos en el patrimonio jurídico del beneficiario que, para el caso, son de carácter favorable. (...) en el caso particular de las Estaciones de Servicio para la distribución y venta de derivados de los hidrocarburos, el ordenamiento jurídico

colombiano vigente al momento en que ocurrieron los hechos contemplaba un conjunto complejo de autorizaciones administrativas concatenadas que se erigen en una excepción a la regla general de los efectos propios de las licencias de construcción.(...) mediante la Resolución 8-2588 de 1994, mediante la cual se delegaron en las entidades territoriales las competencias administrativas atribuidas al Ministerio de Minas y Energía en punto a la proyección, construcción y puesta en funcionamiento de estaciones de servicio de venta de productos derivados de los hidrocarburos

LICENCIA DE CONSTRUCCION DE ESTACIONES DE SERVICIO - No constituye derecho al beneficiario de realizar obras de proyecto se requiere acto administrativo que apruebe planos / APROBACION DE PLANOS - Requisito para realizadas obras proyectadas / APROBACION DE PLANOS- Es indispensable tener la licencia de construcción del proyecto

Resulta claro que para el caso de la licencia de construcción de estaciones de servicio para la distribución de productos derivados de los hidrocarburos la licencia de construcción no es constitutiva del derecho a realizar efectivamente las obras planteadas en el proyecto, puesto que para que ello ocurra el ordenamiento jurídico le otorga la competencia a las autoridades administrativas para que mediante un acto administrativo se aprueben los planos y, a partir de la vigencia de éste último, se pueda entonces construir la obra en un plazo no mayor a un año desde el inicio de la construcción de la misma (artículos 52 del Decreto 283 de 1990, 6 del Decreto 353 de 1991 y 1 del Decreto 1677 de 1992), en todo caso “[n]o se podrá iniciar la construcción de ninguna estación de servicio sin la aprobación previa de los planos por parte del Ministerio de Minas y Energía, ni se podrán dar al servicio las instalaciones de una estación sin la licencia de funcionamiento otorgada por el mismo Ministerio” (Art. 6, parágrafo 1, del Decreto 353 de 1991). (...) Para el caso particular de la licencia de construcción de estaciones de servicio, ésta no otorga por sí misma el derecho a construir la obra, puesto que éste sólo se consolida a partir de la aprobación de los planos, actuación que debe surtirse ante la autoridad territorial competente en los términos de la Resolución No. 8-2588 de 1994.

FUENTE FORMAL: DECRETO 283 DE 1990 - ARTICULO 52 / DECRETO 353 DE 1991 - ARTICULO 6 / DECRETO 1677 DE 1992 - ARTICULO 1

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO - Por expedir acto administrativo por conducta imputable a la administración / RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL MUNICIPIO DE PUPIALES NARIÑO - Al expedir acto administrativo incurriendo en irregularidad de procedimiento en su trámite

La Sala encuentra oportuno resaltar que los ciudadanos no tienen el deber jurídico de soportar la anulación judicial de los actos administrativos que les son favorables, cuando la causa de dicha decisión judicial obedece a una conducta – activa u omisiva– imputable a la Administración encargada de dirigir el procedimiento administrativo que a la postre estaría viciado de nulidad. Lo anterior no obsta para que se deba analizar el caso concreto en aras de determinar si el vicio que afecta la validez del acto administrativo fue el producto de una conducta exclusiva por parte del beneficiario de la decisión administrativa o la eventual existencia de una concurrencia de culpas en su configuración (...) la anulación de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 por causa de una irregularidad en el procedimiento administrativo, exclusivamente imputable al municipio de Pupiales, no podría haber producido los efectos que le quiere dar el señor Luis Antonio

Pantoja Ceballos, demandante en este proceso. Ciertamente, si se tiene en cuenta que la licencia de construcción anulada no le permitía construir y mucho menos operar la estación de servicio que proyectó, mal podría considerarse que la suspensión provisional del mencionado acto administrativo o su anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pudiera haberle hecho perder una inversión que no tenía derecho a realizar –daño emergente– o dejar de percibir un ingreso por su eventual e hipotética operación –lucro cesante–. Sin embargo, resulta pertinente señalar que en el presente caso concreto si bien el demandante no sufrió un daño antijurídico configurado a partir de la imposibilidad de explotar la Estación de Servicio cuya construcción había comenzado a ejecutar, no es menos cierto que sí sufrió un daño antijurídico por la imposibilidad de continuar con los trámites administrativos que a la postre hubieren podido terminar con la aprobación de los planos y la posterior obtención de una licencia de funcionamiento para operar la Estación de Servicio en cuestión, imposibilidad que se derivó de la suspensión provisional y subsecuente anulación judicial de la licencia de construcción que le otorgó el municipio de Pupiales.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE ENTIDAD MUNICIPAL - Por privar a beneficiario de licencia de construcción de la oportunidad de continuar trámite administrativo para obra de estación / PERDIDA DE OPORTUNIDAD DE BENEFICIARIO DE ACTO ADMINISTRATIVO - De explotar económicamente proyecto / PERDIDA DE OPORTUNIDAD DE ADMINISTRADO - Por error de autoridad pública en trámite administrativo al expedir licencia de construcción

El señor Luis Antonio Pantoja perdió la oportunidad de continuar con los procedimientos administrativos que eventualmente le hubieren permitido poner en funcionamiento la Estación de Servicio cuya explotación económica tenía proyectada; frente a lo anterior resulta irrelevante el hecho de que con posterioridad a la anulación del acto administrativo en cuestión el demandante hubiere podido realizar los trámites subsecuentes para la obtención de la licencia de funcionamiento de la Estación de Servicio, puesto que el daño antijurídico que se configuró en el sub lite obedece a la pérdida de oportunidad de continuar con el trámite administrativo que a pesar de haber sido iniciado oportunamente, su normal y esperado desarrollo se vio truncado por una falla del servicio en el procedimiento administrativo inicial imputable de manera exclusiva a la entidad demandada. (...) Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio pro damnato, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar.

FUENTE FORMAL: LEY DE 1998 - ARTICULO 16

**LLAMAMIENTO EN GARANTIA - De Alcalde Municipal de Pupiales Nariño /
LLAMAMIENTO EN GARANTIA - Debe probarse la existencia de dolo o culpa
grave del funcionario investidos de funciones administrativas**

Resulta pertinente señalar que quien solicita el llamamiento en garantía de un tercero debe acreditar las situaciones fácticas que lo sustentan, puesto que no basta para el efecto afirmar que dicha obligación se configuró sino que resulta necesario probar de manera suficiente la existencia del dolo o culpa grave del funcionario o ex funcionario público o del particular investido de funciones administrativas para que el mismo prospere.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION A

Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ

Bogotá, D.C., tres (3) de abril de dos mil trece (2013)

Radicación número: 52001-23-31-000-1999-00959-01(26437)

Actor: LUIS ANTONIO PANTOJA CEBALLOS

Demandado: MUNICIPIO DE PUPIALES

Referencia: APELACION SENTENCIA - ACCION DE REPARACION DIRECTA

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia que dictó el Tribunal Administrativo de Nariño, el día 10 de octubre de 2003, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda.

En escrito presentado el día 21 de septiembre de 1999 (fl. 2 a 9 c 1), el señor Luis Antonio Pantoja Ceballos, mediante apoderado judicial, formuló demanda de reparación directa contra el municipio de Pupiales (Nariño), con el fin de que se le declare administrativamente responsable por los perjuicios materiales "ocasionados al demandante, por falla del servicio, al haber otorgado la Administración una licencia de construcción del Centro de Servicios San Francisco 'Estación Terpel', mediante resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 emanada por la Alcaldía de Pupiales, acto administrativo que fue declarado nulo, por haber sido expedido ilegalmente, mediante sentencia del 24 de abril de 1997 emanada del Tribunal Administrativo de Nariño, confirmada por el Honorable Consejo de Estado mediante providencia de 19 de marzo de 1998" (fl. 2 c 1).

En este sentido, la parte actora solicitó:

“SEGUNDA: Como consecuencia de la anterior declaración, condénase al municipio de Pupiales a pagar al demandante, por intermedio del suscrito apoderado, todos los daños y perjuicios materiales ocasionados, así:

“a) la suma de \$10.000.000 M/Cte., o la suma que se demuestre dentro de éste proceso o en incidente posterior a la sentencia, por concepto de daño emergente, consistente en los daños patrimoniales directos causados al demandante.

“b) La suma de \$90.000.000 M/Cte., o la suma que se demuestre dentro de éste proceso o en incidente posterior a la sentencia, por concepto de lucro cesante, consistente en las entradas dejadas de percibir por explotación económica del Centro de Servicios San Francisco ‘Estación Terpel’.

“c) Actualización monetaria de los perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante) conforme a la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde que se causaron y hasta la fecha de la sentencia definitiva.

“d) Intereses comerciales moratorios sobre el monto de la condena.

“TERCERA: La parte dará cumplimiento a la sentencia dentro de los treinta días siguientes a su ejecutoria y en los términos previstos en el artículo 176 del C.C.A.” (fl. 2 a 3 c 1).

2.- Los hechos.

La parte actora narró, en síntesis, que la Alcaldía del municipio de Pupiales (Nariño), mediante resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, otorgó licencia de construcción a favor del señor Luis Antonio Pantoja Ceballos para la edificación en el sector urbano del municipio del Centro de Servicios San Francisco “Estación Terpel”; señaló que el 19 de septiembre del mismo año *“cuando estaba avanzada la obra, fue notificado [el señor Pantoja Ceballos] de la resolución No. 930 del 19 de septiembre de 1996 emanada de la Alcaldía Municipal de Pupiales, por medio de la cual se ordena el cumplimiento de una providencia judicial dictada por el Honorable Tribunal Administrativo de Nariño que había suspendido provisionalmente los efectos de la resolución No. 001 del 25 de junio de 1996”* (fl. 3 c 1).

El demandante indicó que mediante sentencia del 24 de abril de 1997, el Tribunal Administrativo del Nariño declaró la nulidad de la referida resolución No. 001 del 25 de junio de 1995, contentiva del acto administrativo en el cual se le otorgó la

licencia de construcción al señor Luis Antonio Pantoja Ceballos. El anterior proveído fue apelado y confirmado por la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia del 19 de marzo de 1998.

Afirmó, finalmente, que “[t]al como quedó establecido en la sentencia de segunda instancia dictada en el proceso 7881 (Mag. Pon. Dr. Eduardo Cortés de la Espriella), el municipio violó el art. 3 de la resolución No. 82588 de 30 de diciembre de 1994 mediante la cual el Ministerio de Minas y Energía delegó el otorgamiento de licencias de funcionamiento y la vigilancia de actividades de manejo, distribución y comercialización de combustibles líquidos derivados del petróleo, en los Alcaldes Municipales. El art. 4 del Decreto 353 de 1991 y el art. 3 de la resolución 82588 de 1994, que determinan que debió fijarse un aviso sobre la solicitud de licencia por un término de diez días hábiles, requisito establecido para que terceros que tuvieran derecho pudieran oponerse a la concesión de la autorización lo hagan conforme a la ley” (fl. 4 c 1).

3.- El llamamiento en garantía.

En escrito del 11 de octubre de 1999, el Ministerio Público por medio del Procurador 36 Judicial en lo Administrativo, solicitó el llamamiento en garantía del señor Luis Humberto Salazar Rosero, alcalde del municipio de Pupiales en la época de ocurrencia de los hechos, para que “*la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo se pronuncie sobre la posible responsabilidad en que haya incurrido el representante legal del municipio de Pupiales, en la causación del daño cuya indemnización se reclama en la demanda y para que de concretarse la responsabilidad se decrete la cantidad de perjuicios que deberá cancelar a la parte demandada, cantidad que se determinará en la sentencia y la que presta mérito ejecutivo*” (fl. 21 c 1).

El Tribunal *a quo*, en auto del 5 de mayo de 2000, accedió al llamamiento en garantía que solicitó el agente del Ministerio Público (fl. 46 a 47 c 1).

4.- Contestación de la demanda.

4.1.- El municipio de Pupiales (Nariño).

Notificado del auto admisorio de la demanda (fl. 32 c 1), el municipio de Pupiales la contestó para oponerse a las pretensiones de la misma (fl. 34 a 41 c 1).

Afirmó que no se puede endilgar la responsabilidad de la Administración a la entidad demandada, por cuanto las inversiones que la parte actora afirma haber realizado lo fueron “*por su cuenta y riesgo y sin estar autorizado plenamente para ello; incluso violando expresas disposiciones previstas en la Resolución 82588 del 30 de diciembre de 1994 del Ministerio de Minas y Energía; porque la resolución 001 del 15 (sic) de junio de 1996, emitida por el Alcalde y Secretario de Obras de esa época, no lo autorizaban para iniciar obras, sino que el otorgamiento de la licencia de construcción, es uno de los varios requisitos, con los que debe cumplir el interesado para proceder al segundo trámite de aprobación de planos, así se deduce del numeral 1 del art. 4 de la mencionada resolución, cuando dice: ‘...1. Una vez autorizada la construcción de una estación de servicio, el interesado deberá presentar dentro de los seis (6) meses siguientes, ante las respectivas alcaldías, los siguientes documentos para su estudio: ...’*” (fl 34 a 35 c 1).

Señaló que en este caso se configuró la causal eximente de responsabilidad consistente en la culpa exclusiva de la víctima, puesto que el demandante “*en forma apresurada, ilegal e irresponsable inicia la construcción cuando sólo podía hacerlo una vez hubiere cumplido a cabalidad con el segundo paso, que era la aprobación de los planos (numerales 5 y 6 del artículo 4 de la Resolución 52588 de 1994)*” (fl. 38 c 1).

Propuso, también, como excepción la de caducidad de la acción incoada, por cuanto “*podemos deducir que el presunto daño que se irroga, supuestamente fue causado cuando tuvo que suspender la construcción, esto es, cuando se le notificó de la resolución 930 del 19 de septiembre de 1996, dictada por la Alcaldía para dar cumplimiento al auto proferido por el Tribunal Administrativo de Nariño dentro del proceso No. 7881, por medio del cual se ordenó la suspensión de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996*” (fl. 38 c 1), es decir, al momento de presentación de la demanda habrían transcurrido tres años desde la ocurrencia de los hechos.

Finalmente la parte demandada puso de presente la inexistencia de la falla del servicio, por cuanto no existe “*relación de causalidad entre el presunto daño y la supuesta falla del servicio*” (fl. 39 c 1).

4.2.- El llamado en garantía.

Notificado del auto admisorio de la demanda (fl. 56 c 1), el señor Luis Humberto Salazar Rosero, actuando mediante apoderado judicial, la contestó para oponerse a las pretensiones de la parte actora (fl. 57 a 63 c 1).

Respecto de la existencia del daño alegado por la parte actora señaló que *“no existe, entendido éste como el lesionamiento o menoscabo que se ocasiona a un interés, el actor pretende demostrar que con la declaratoria de nulidad de la licencia concedida se le ocasionó perjuicios por cuanto luego de efectuar una cuantiosa inversión en el proyecto de construcción de la estación de servicio, éste no pudo efectuar la explotación económica del mismo; empero resulta que no existen tales perjuicios por cuanto a la fecha en que se produjo el fallo, el citado proyecto escasamente había iniciado por lo cual no existió ninguna inversión cuantiosa, de otra parte no se puede pretender colegir perjuicio alguno de una posible estación de servicio que se proyectaba construir que aún no existía, el mismo no reúne las notas distintivas de cierto, determinado y personal como exigencia para que haya lugar a la indemnización del mismo”* (fl. 59 c 1).

En punto al llamamiento en garantía señaló que *“conforme al manual de funciones de la Alcaldía de Pupiales, vigente en dicha época los trámites relacionados con la concesión de las licencias no están a cargo de manera directa del despacho del Alcalde, los mismos son asumidos por uno de los secretarios del despacho, además de que deben pasar por la correspondiente revisión jurídica, de tal suerte que la responsabilidad en la fijación del aviso de la licencia no era de cargo de mi mandante como Alcalde en dicha época”* (fl. 60 c 1).

Propuso como excepciones las de: *i)* Inexistencia de los perjuicios reclamados, *ii)* falta de capacidad para ser parte como demandado, *iii)* ausencia de culpa grave o dolo en el funcionario llamado en garantía y *iv)* caducidad de la acción de reparación directa incoada.

5.- Alegatos de conclusión en primera instancia.

5.1.- La parte actora no intervino en esta oportunidad procesal.

5.2.- La entidad territorial demandada presentó alegatos de conclusión (fl. 111 a 112 c 1) para afirmar que *“sin haber cumplido todos los procedimientos*

administrativos, el señor Luis Antonio Pantoja, con fundamento en una resolución que no estaba en firme, dio inicio a su obra de construcción, sin siquiera tener aprobados los planos; por lo tanto, actuó por su propia cuenta y riesgo, apresurándose sin sustento legal alguno al iniciar los trabajos de construcción. Por lo tanto (sic), considero que debe prosperar la excepción de culpa exclusiva de la víctima, que formulé en la contestación de la demanda” (fl. 111 c 1).

El municipio de Pupiales (Nariño) reiteró sus argumentos en torno a la ocurrencia del fenómeno de caducidad de la acción incoada.

5.3.- El Ministerio Público intervino en esta oportunidad procesal (fl. 117 a 122 c 1), en su concepto indicó que la parte demandante *“no se atuvo al cumplimiento de las disposiciones del caso, obró imprudentemente y contra disposiciones legales”* (fl. 121 c 1), razón por la cual *“los gastos que ocasionaron (sic) la construcción son fuente de su propia torpeza y osadía”* (fl. 121 a 122 c 1).

En su concepto el término de caducidad de la acción de reparación directa se había vencido antes de la presentación de la demanda, puesto que su cómputo debió iniciarse al día siguiente de la notificación de la resolución mediante la cual se dio cumplimiento a la suspensión provisional de la licencia de construcción ordenada por el Tribunal Administrativo de Nariño, esto es desde el 20 de septiembre de 1996.

6.- La sentencia apelada.

El Tribunal Administrativo de Nariño negó las pretensiones de la demanda (fl. 125 a 134 c ppal). Para el Tribunal *a quo* *“el art. 86 del C.C.A., modificado por la L. 446/98, art. 31, le confiere la titularidad de la acción de reparación directa a la persona interesada para demandar directamente la reparación del daño cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación temporal o permanente del inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquiera otra causa (inciso primero), exige a quien demanda que demuestre el interés, que para el caso, lo constituye la demostración plena de la condición de propietario del inmueble como se presenta el demandante en este proceso. La valoración de los medios de convicción aducidos por las partes, hecha de manera global y conforme a las reglas procesales, pone en evidencia que no se ha acreditado debidamente uno de los presupuestos que constituye requisito sine qua*

non para el éxito de la acción resarcitoria impetrada, el concerniente a la legitimación en la causa por activa ...” (fl. 131 c ppal), razón por la cual denegó las pretensiones de la demanda.

7.- La apelación.

Inconforme con la sentencia de primera instancia, la parte actora interpuso, dentro de los términos legales establecidos para ello (fl. 137 a 144 c ppal), recurso de apelación, el cual fue concedido por el Tribunal *a quo* en auto del 21 de noviembre de 2003 (fl. 147 c ppal) y admitido por esta Corporación mediante auto del 20 de febrero de 2004 (fl. 153 c ppal).

Para la parte actora *“se instauró este proceso ordinario de reparación directa, pues se parte de la base de una falla de la Administración al proferir un acto administrativo que luego fue revocado por la propia Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, hecho que generó perjuicios al demandante cuya indemnización se demanda”* (fl. 138 c ppal).

Para el apelante, el Tribunal *a quo* erró al denegar las pretensiones de la demanda por la falta en la legitimación por activa, por cuanto *“no puede afirmarse válidamente que el actor no esté legitimado por activa, pues por legitimación en la causa (legitimatío ad causam) se entiende la identidad del actor con la persona a quien la ley concede la acción instaurada, que no puede ser otra diferente al beneficiario de la licencia de construcción, que en este caso concreto lo es el señor Luis Antonio Pantoja”* (fl. 140 c ppal).

Por lo anterior, la parte actora solicitó la revocatoria de la sentencia de primera instancia.

8.- Alegatos de conclusión en segunda instancia.

Las partes guardaron silencio en esta oportunidad procesal.

8. Intervención del Ministerio Público

El Ministerio Público no intervino en esta etapa procesal.

II. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño, proferida el 10 de octubre de 2003, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

1.- Lo que se debate.

En su escrito de demanda, la parte actora solicitó la declaración de la responsabilidad patrimonial del municipio de Pupiales por la expedición defectuosa de un acto administrativo mediante el cual se le otorgó la licencia de construcción de una estación de servicio de venta de gasolina, el cual fue anulado en sede judicial por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

El Tribunal *a quo* denegó las pretensiones de la demanda, por cuanto en el expediente no encontró prueba de la propiedad del predio del demandante, lo cual, en su opinión, configuró la falta de legitimación en la causa por activa.

El asunto que decide la Sala en esta oportunidad se contrae a determinar si la entidad pública demandada es responsable patrimonialmente por la expedición irregular de un acto administrativo, cuya nulidad se declaró judicialmente, lo cual se dice le causó perjuicios al beneficiario del acto; en este orden de ideas la Sala debe analizar, en primer lugar, si procede la acción de reparación directa como mecanismo procesal adecuado para obtener el resarcimiento de los perjuicios generados por la nulidad de un acto administrativo y la legitimación en la causa en este tipo de procesos; en segundo lugar, se deberá analizar lo atinente a la caducidad de la acción para, finalmente, determinar si le asiste razón a la parte actora en sus pretensiones resarcitorias.

2.- La procedencia de la acción de reparación directa para obtener la reparación de los perjuicios causados por la declaratoria de nulidad de un acto administrativo.

Es jurisprudencia constante de esta Sala, en el marco de la estructura de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo establecida por el ordenamiento jurídico colombiano, la escogencia de la acción no depende de la discrecionalidad

del demandante sino del origen del perjuicio alegado, por ello la Corporación ha afirmado:

“Al respecto, es claro para la Sala que, existiendo actos administrativos de los cuales se deduce supuestamente un perjuicio, éstos deben ser impugnados y no pueden serlo por la acción de reparación directa.

“En el presente caso, se trata de las Resoluciones No. 733 y 737 del 29 de octubre de 1.993, por medio de las cuales el INCORA adjudicó, en calidad de bien baldío, parte de un inmueble a unos particulares; en consecuencia, la acción que tiene la persona que alega ser titular del derecho de propiedad sobre el bien adjudicado como baldío, y que resulta pertinente para lograr el restablecimiento del derecho y la indemnización de los perjuicios que esa decisión crea, no es otra que la de nulidad y restablecimiento del derecho, acción esta que tal y como lo consagra el artículo 85 del C.C.A, tiene por objeto, en primer lugar, restaurar el ordenamiento jurídico trasgredido con ocasión de la expedición de un acto administrativo que quebranta los postulados legales y, en segundo lugar, obtener la reparación de un derecho de orden subjetivo vulnerado por el acto censurado.

“En virtud de lo anterior, hizo bien el a quo cuando declaró probada la excepción de acción indebida, respecto de las pretensiones tercera y cuarta de la demanda, que apuntan a obtener la declaratoria de responsabilidad de la entidad demandada por los daños y perjuicios sufridos por el actor, ‘...con ocasión de la pérdida definitiva por adjudicación de parte del inmueble denominado ‘LAS VIRGINIAS’ (...).’

“En efecto, frente a las Resoluciones Nos. 733 y 737 del 29 de octubre de 1.993, por medio de las cuales el INCORA adjudicó como si fueran baldíos parte del predio La Virginia a los señores Omar Medina Mendoza y Juan Ignacio Romero Sánchez, siendo como eran de propiedad del demandante, éste debió impugnar judicialmente tales decisiones, a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dentro del término legalmente estipulado para ello (art. 136, CCA).

“En las mencionadas circunstancias, no resulta procedente la reclamación de perjuicios a través de la acción de reparación directa, pues como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia del Consejo de Estado, la elección de la acción no depende de la voluntad, el arbitrio o el querer del demandante, sino que obedece a la precisa finalidad que con ella se persigue y a las normas que la consagran y que describen los eventos que dan lugar a su procedencia; y cuando de lo que se trata es de reclamar la indemnización de los perjuicios sufridos con ocasión de la actividad de las entidades del Estado, debe establecerse cuál es el origen del daño, pues éste indicará así mismo cuál es la acción procedente.

“En el caso de la acción de reparación directa, tal y como lo dispone el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, la misma procede para reclamar directamente la reparación del daño, cuando la causa sea un hecho, una omisión, una operación administrativa o la ocupación

temporal o permanente de un inmueble por causa de trabajos públicos o por cualquier otra causa.

“En cambio, cuando el daño proviene de una decisión administrativa ilegal, la acción pertinente es la de nulidad y restablecimiento del derecho, consagrada en el artículo 85 ibidem, conforme al cual ‘Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho...’, o en normas especiales.

“Cada una de las anteriores acciones, por otra parte, tiene sus propios requisitos y términos de caducidad y es así como, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de los actos de adjudicación de baldíos proferidos por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – Incora-, tiene un término de caducidad de 2 años, contados a partir de la publicación cuando ella sea necesaria, o desde su ejecutoria en los demás casos (art. 136, Código Contencioso Administrativo)”¹.

En este orden de ideas, resulta clara la posición constante y coherente de la jurisprudencia de la Corporación, mediante la cual, con un incontrovertible sustento legal, se ha considerado que el ordenamiento jurídico colombiano distinguió la procedencia de las acciones a partir 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 tiene que ver con los daños que se hubieren causado por un acto administrativo legal y la segunda con los daños cuya fuente sea la ejecución de un acto administrativo que haya sido objeto de revocatoria directa o de anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

En aplicación de la primera hipótesis, esto es que la fuente de los daños que alega la parte actora lo sea la expedición de un acto legal, la Sala ha afirmado que:

“... la jurisprudencia colombiana empezó a admitir la hipótesis de que un acto legalmente expedido pudiera causar daños y que tales daños pudieran ser objeto de reparación por rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas.

“Por lo que hace a la violación de éste principio, es necesario entender, ante todo, que el mismo es un resultado colateral, residual de una actuación de la Administración orientada a cumplir su misión del servicio

¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de diciembre de 2008, Exp. 16054, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

público, que se traduce en un perjuicio que pone en una situación de desequilibrio ante las cargas públicas a la víctima o víctimas del mismo, es decir, cuando un administrado soporta las cargas que pesan sobre los demás, nada puede reclamar al Estado; pero si en un momento dado debe soportar individualmente una carga anormal y excepcional, esa carga constituye un daño especial que la Administración debe indemnizar.²

“Ha dicho la Corporación, que responde el Estado a pesar de la legalidad total de su actuación, de manera excepcional y por equidad, cuando al 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 la equidad que debe reinar ante los sacrificios que importa para los administrados la existencia del Estado.³

(...)

“Dicho planteamiento fue reiterado en las sentencias de 22 de mayo de 1997, Exp. 4207, Actor: Sdad Las Mercedes Ltda. Hnos y Cía S en C.S., M.P. Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez; de 8 de mayo de 1997, Exp. 4208, Actor: Sdad Operaciones Bursátiles S.A. Comisionista de Bolsa, M.P. Dr. Juan Alberto Polo Figueroa; y de 8 de mayo de 1997, Exp. 4291, Actor: Kokorico Ltda., M.P. Juan Alberto Polo Figueroa, de la Sección Primera del Consejo de Estado.

(...)

“Los actos administrativos, como expresión de la voluntad de la Administración Pública con la finalidad de producir efectos jurídicos, deben basarse en el principio de legalidad, el cual se constituye en un deber ser: que las autoridades sometan su actividad al ordenamiento jurídico. Pero es posible que en la realidad la Administración viole ese deber ser, es decir, que no someta su actividad al ordenamiento legal sino que, por el contrario, atente contra él. Se habla, en este caso, de los actos y actividades ilegales de la Administración y aparece, en consecuencia, la necesidad de establecer controles para evitar que se produzcan esas ilegalidades o para el caso en que ellas lleguen a producirse, que no tengan efectos o que, por lo menos, los efectos no continúen produciéndose y se indemnicen los daños que pudieron producirse⁴. Cuando ello pasa y quien se encuentre afectado con la decisión administrativa alegue la causación de un perjuicio derivado de la ilicitud o ilegalidad de la misma, las acciones procedentes son las acciones de nulidad o también llamadas acciones de legalidad o de impugnación. Sin embargo, cuando esto no sucede, es decir, no se discute la validez del acto administrativo, y sólo se alega la causación de perjuicios, la acción procedente es la de reparación directa.

² Cita textual del fallo: LIBARDO RODRIGUEZ R. “Derecho Administrativo General y Colombiano”. Décimo Tercera Edición. Edt. Temis. Bogotá. 2002.

³ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sentencia de 28 de octubre de 1976, Exp. 1482.

⁴ Cita textual del fallo: LIBARDO RODRIGUEZ R. “Derecho Administrativo General y Colombiano”. Décimo Tercera Edición. Edt. Temis. Bogotá. 2002

“En el caso sub examine, la acción fue interpuesta en razón del rompimiento del principio de igualdad ante las cargas públicas, pues, según lo afirmado en la demanda, a la demandante le fue impuesta una carga adicional a las que comúnmente tienen todos los administrados, cual es que su bien, como se afirmó en la demanda, haya sido declarado patrimonio arquitectónico, limitándole de ésta forma su derecho de dominio al no poder disponer de él libremente, por cuanto tiene la obligación de conservar su estructura en pro del beneficio histórico - cultural de una ciudad como lo es Popayán.

“En consecuencia, teniendo en cuenta los razonamientos ya expuestos, la Sala llega a la conclusión de que la acción interpuesta por la señora MARIA DEL ROSARIO ARIAS es la procedente en estos casos, más aún si se tiene en cuenta que no se está controvirtiendo la legalidad de ninguna decisión de la Administración, sino la causación de unos perjuicios derivados de un acto administrativo legal, como lo sostiene la misma demanda, que en su criterio, está integrado por un certificado de urbanismo y un acuerdo municipal”⁵.

En el mismo sentido, la Sala afirmó:

“... para la Sala es incuestionable que el perjuicio que eventualmente se le haya generado al demandante tuvo origen en una actividad lícita de la administración, cual fue la expedición del Plan de Ordenamiento Territorial por parte del Concejo Municipal de Pasto, adoptado mediante el Acuerdo 007 del 30 de junio de 2000, lo que significa que el eventual daño tuvo como consecuencia directa una actuación legítima de la administración amparada por normas superiores, pero que, pese a esa legitimidad, el demandante habría soportado una carga excepcional o un sacrificio mayor que rompió la igualdad frente a las cargas públicas, cuyo resarcimiento es posible reclamarlo mediante el ejercicio de la acción de reparación directa.

“Importa señalar que esta postura sólo tiene aplicación en aquellos casos en que la legalidad del acto administrativo generador del perjuicio no se cuestiona en la demanda, como sucede en el caso bajo estudio, pues no hay duda que si la misma hubiera sido controvertida, como parece haberlo entendido el a quo, es evidente que la acción de reparación directa no habría resultado apropiada para obtener la indemnización respectiva, como sí la de nulidad y restablecimiento del derecho a que alude el artículo 85 del Código Contencioso Administrativo.

“Así las cosas, erró el tribunal al estimar que si los perjuicios cuya indemnización se reclamaba derivaban de un acto administrativo, forzosamente debían reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues como quedó visto, es perfectamente posible que de decisiones proferidas por la administración con apego a la Constitución y a la Ley, se deriven perjuicios para los administrados, los

⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, Exp. 16079, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

*cuales constituyen un daño especial resarcible mediante la acción de reparación directa*⁶.

La Sala también ha considerado:

*“... la acción procedente para solicitar la indemnización de daños generados por un acto administrativo, precisando que el criterio útil en la determinación de la acción procedente para reparar daños generados por la administración es el origen de los mismos, de manera tal que si la causa del perjuicio es un acto administrativo debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicho criterio tiene por fundamento, además del texto del artículo 85 del CCA, una regla práctica: si el daño es generado por un acto administrativo ilegal, para que la reparación sea posible será necesario, de modo previo, dejarlo sin efectos y ello, dada la presunción de legalidad que lo cobija, sólo será posible con la declaración judicial de anulación del mismo*⁷.

“Ahora bien, la acción de reparación directa, consagrada en el artículo 86 del Código Contencioso Administrativo, si bien coincide en su naturaleza reparatoria con la de nulidad y restablecimiento del derecho, difiere de ésta última en la causa del daño. En efecto, como se deduce de todo lo dicho, la primera solo será procedente en los casos en los cuales el perjuicio haya sido causado por un hecho, una omisión, una operación administrativa, la ocupación temporal o permanente de un inmueble. En cambio la de nulidad y restablecimiento del derecho procede siempre que el origen del daño hubiere sido un acto administrativo viciado de algún tipo de ilegalidad, salvo que, como lo ha precisado la Sala, el daño alegado se origine en la eficacia misma del acto administrativo, caso en el cual, al no pretenderse la declaratoria de ilegalidad, sí resultaría procedente la acción de reparación directa^{8,9}.

Así, la Sala ha reconocido la viabilidad de la acción de reparación directa por los perjuicios causados por la expedición de un acto administrativo cuya legalidad no se discuta en el curso del proceso, puesto que se reconoce que el ejercicio de la función administrativa ajustado al ordenamiento jurídico puede generar un rompimiento del equilibrio de las cargas públicas que deben soportar todos los ciudadanos; como es evidente, en esta hipótesis la procedencia de la acción de reparación directa depende principalmente de la ausencia de cuestionamiento respecto de la legalidad del acto administrativo que generó los perjuicios alegados por la parte actora.

⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de febrero de 2004, Exp. 24027, C.P. Germán Rodríguez Villamizar.

⁷ Cita textual de la providencia: Auto del 13 de diciembre de 2001, expediente 20.678

⁸ En este sentido ver, entre otros, auto de agosto 24 de 1998, expediente 13.685 y sentencia AG-0832 del 16 de agosto de 2007.

⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 23 de abril de 2008, Exp. 15906.

La Sala, como se indicó, también ha contemplado otra hipótesis en la cual procede la acción de reparación directa relativa a actos administrativos, en este segundo caso el mecanismo procesal en comento resulta procedente para demandar los perjuicios causados con ocasión de la entrada en vigor de un acto administrativo que a la postre sería revocado por la entidad pública o anulado por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; en este sentido se ha afirmado:

*“Se recuerda que la responsabilidad extracontractual no sólo puede provenir de hechos, omisiones, operaciones administrativas materiales, ocupación permanente o temporal por trabajos públicos, también puede provenir de la declaración administrativa o judicial de la ilegalidad de los actos, **revocatoria o nulidad**, respectivamente; pues esas declaratorias reconocen la anomalía administrativa.*

“Debe tenerse en cuenta que la revocatoria administrativa como expresión del control de legalidad de los actos propios de la Administración se manifiesta en un acto jurídico administrativo, el cual se presume legal; este acto puede ser examinado judicialmente a) o como consecuencia de la demanda de su nulidad (acción impugnatoria) b) o como consecuencia de la solicitud de responsabilidad extracontractual (acción reparatoria) fundada en el reconocimiento administrativo de su propia falta; este reconocimiento administrativo, se repite, como acto jurídico que es se presume legal y veraz.

(...)

“Como el asunto demandado planteó la responsabilidad extracontractual del demandado bajo la base jurídica del propio reconocimiento Administrativo - en acto administrativo - de la “falencia o anomalía suyo”, no puede rechazarse la demanda”¹⁰.

Posteriormente, en sentencia de 2005, la Sala hizo un recuento de las diferentes posiciones jurisprudenciales en torno a este tema y asumió la más favorable hacia la procedencia de la acción de reparación directa por los perjuicios causados con la expedición de un acto administrativo revocado directamente o anulado en sede judicial; en aquella ocasión se afirmó:

“Como en su oportunidad se expuso, la procedencia de la acción de reparación directa en los casos en que la propia administración ha revocado un acto administrativo, con el que se causaron perjuicios, es una expresión del derecho a acceder a la justicia consagrado en el art. 229 de la Carta.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 19 de abril de 2001, Exp. 19517, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

“En virtud del derecho constitucional mencionado, el juez, al examinar la procedencia de una acción ejercida por un particular, que busca solucionar una cuestión que al parecer compromete la responsabilidad del Estado, debe favorecer la opción que le permita a ese particular poner en movimiento el aparato judicial, procurando que la seguridad jurídica y el debido proceso no resulten sacrificados.

“En casos como el presente, se debe considerar la acción de reparación directa dado que el acto administrativo que presuntamente generó los perjuicios desapareció del ordenamiento jurídico, en el momento en que la administración reconoció su error.

“En estas circunstancias, es posible afirmar que el daño que se causa a los administrados únicamente se torna antijurídico en el momento en que la administración, reconociendo la ilegalidad del acto, decide retirarlo del ordenamiento jurídico. Con anterioridad a ello, el acto se encontraba protegido por la presunción de legalidad y, en consecuencia, los efectos que generaba se reputaban legales.

“En efecto, si se entiende, como lo ha expuesto la jurisprudencia, que únicamente es indemnizable el daño antijurídico y que dicha ‘calificación se obtiene de constatar que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo’¹¹ es posible afirmar que el daño causado por un acto administrativo cobijado por la presunción de legalidad no es antijurídico sino en el momento en que la administración reconoce que el acto es ilegal, lo retira del ordenamiento jurídico y, por lo mismo, desaparece el deber de los administrados de soportarlo.

“En conclusión, es procedente la acción de reparación directa para obtener la indemnización de perjuicios causados por un acto administrativo que ha sido revocado por la administración.

“Lo anterior no obsta para que, como se dijo en la providencia del 19 de abril de 2001, el juez deba analizar si efectivamente el acto revocado era ilegal, si dicha ilegalidad se produjo como consecuencia de la actuación de la administración¹² y si los perjuicios causados son indemnizables”¹³.

En 2007, pronunciándose respecto de la admisión de una demanda de reparación directa por los perjuicios causados con la anulación de un acto administrativo de carácter electoral, la Sala indicó:

“En efecto, las acciones contencioso administrativas tienen un claro e identificable propósito, en la medida que el legislador las estableció específicamente para obtener la materialización de determinadas pretensiones.

¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia del 27 de enero de 2000, Exp. No. 10867, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

¹² Cita textual del fallo: Es posible que la ilegalidad surja de la actuación de mala fe por parte del administrado, en cuyo caso parece poco probable la posibilidad de indemnizar los perjuicios causados.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de julio de 2005, Exp. 27842, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

“La acción electoral tiene como sustrato el mismo establecido para las acciones de simple nulidad, tanto es así que aquélla se puede ejercer con fundamento en las causales generales de anulación (art. 84 del C.C.A.), o las específicas del artículo 223 ibídem. De tal suerte que la estructura de la acción electoral constituye, en sí misma, una acción de simple nulidad y, por ende, sólo sirve para invalidar actos administrativos que se refieren a la elección o nombramiento realizados para determinados cargos públicos.

“Así las cosas, resulta perfectamente lógico que se ejerza la acción de reparación directa para solicitar la indemnización de perjuicios derivados, supuestamente, de los efectos producidos por un acto declarado ilegal. En otros términos, que mediante la correspondiente demanda no se pretenda controvertir la legalidad de un acto administrativo que inclusive, ya fue declarado nulo, sino la indemnización de un daño antijurídico del cual se tuvo conocimiento, precisamente, una vez ejecutoriada la decisión que declaró nulo - en un proceso de nulidad electoral- un determinado acto administrativo de escrutinio”¹⁴.

En reciente providencia, esta Subsección realizó un extenso análisis en torno a la posibilidad de declarar patrimonialmente responsable al Estado por la anulación de actos administrativos de carácter general y particularmente de aquellos que imponen obligaciones tributarias, aportando claridad a los fundamentos jurídicos de dicha declaratoria; en aquella ocasión, cuyas consideraciones se transcribirán *in extenso*, la Subsección señaló:

“... habida consideración de que la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sostenido que la expulsión del ordenamiento jurídico de la norma de alcance general que consagra una obligación tributaria no necesariamente conlleva la devolución de las sumas de dinero que hubieren pagado los ciudadanos por dicho concepto, pues los efectos del pronunciamiento que declara la anulación del acto administrativo general respectivo no alcanzan a las situaciones jurídicas consolidadas al momento de ser proferida la decisión anulatoria por el Juez Administrativo, debe establecerse si tal circunstancia —como bien podría aducirse— imposibilita al mencionado Juez de lo Contencioso Administrativo, al resolver una acción de reparación directa como la que se decide en el presente proveído, declarar la responsabilidad patrimonial del Estado por entender que, con una decisión de esa índole, se estarían desconociendo y/o modificando los efectos del correspondiente fallo de nulidad.

“2.3.2.2 En criterio de la Sala, el cuestionamiento planteado en el párrafo inmediatamente anterior no puede ser resuelto, atendidos los preceptos constitucionales que gobiernan la materia, de modo distinto que reafirmando la procedencia de declarar la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la exclusión del ordenamiento jurídico de normas generales creadoras de obligaciones tributarias, con apoyo, en lo sustancial, en los siguientes argumentos:

“a. En el sistema jurídico colombiano el artículo 90 superior no excluye a autoridad pública alguna del deber de reparar los daños antijurídicos

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 25 de julio de 2007, Exp. 33013, C.P. Enríque Gil Botero.

imputables a su acción o a su omisión, razón por la cual cabe entender comprendidos en el enunciado del referido canon constitucional a los autores de normas generales, impersonales y abstractas que ocasionen perjuicios de dicha índole, entre quienes debe incluirse, como no podría ser de otro modo, a las autoridades administrativas en ejercicio de sus potestades normativas. Afirmar que la relativa libertad de la cual efectivamente precisa la Administración para ejercer eficazmente sus atribuciones normativas —así se trate de la materia tributaria— ha de traducirse en su irresponsabilidad por razón de los daños antijurídicos que irroge en el ejercicio de dicha actividad, supondría admitir la existencia de un reducto en el cual uno de los principios más caros a todo Estado de Derecho, el de responsabilidad de sus autoridades, no imperaría, en clara contravía del espíritu que irradia por entero la Constitución Política, de cuyos preceptos deriva el indudable sometimiento de todas las autoridades al ordenamiento jurídico —en especial, en cuanto aquí interesa, al artículo 90 constitucional— y a su aplicación y al control por parte de los jueces —artículos 1, 4, 6, 122-2 y 123-2 de la Carta—.

“b. El silencio del Tribunal encargado de practicar el control de constitucionalidad y/o de legalidad de las referidas normas de alcance general, impersonal y abstracto, respecto de los efectos del fallo que excluye del ordenamiento jurídico el precepto respectivo o la premisa en virtud de la cual los mencionados efectos no modifican las denominadas “situaciones jurídicas consolidadas” antes de la expedición de la correspondiente sentencia de nulidad, constituye una circunstancia que mal podrían catalogarse como impeditivas de que los jueces de lo Contencioso-Administrativo se pronuncien en relación con la existencia de deberes resarcitorios a cargo de la autoridad que adoptó la decisión viciada de nulidad.

“Y es que si bien es verdad que es el juez encargado de acometer el control abstracto de juridicidad de una norma de alcance general el llamado a establecer cuáles han de ser los efectos de los fallos que profiere en tal suerte de procesos, razón por la cual mal podría sostenerse que el Juez de la acción de reparación directa se encuentra llamado a pronunciarse, de manera y con alcance general, en punto de los efectos de fallos proferidos en procesos judiciales que tienen por objeto practicar control abstracto de legalidad y/o de constitucionalidad de actos administrativos generales, no es menos cierto que se hace necesario distinguir adecuadamente la intangibilidad de estos últimos, de la necesidad de reparar los daños antijurídicos causados durante la vigencia de la norma expulsada del ordenamiento jurídico, por manera que si frente a hechos ocurridos con antelación al fallo de nulidad concurren las exigencias previstas en el artículo 90 constitucional, procederá la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por los daños antijurídicos que hubiere causado, directamente, la eficacia de la disposición de alcance general a la postre excluida del ordenamiento en virtud de decisión judicial¹⁵.

¹⁵ Cita textual del fallo: De forma paralela a cuanto aquí se viene analizando, aún cuando en relación con la declaratoria de inconstitucionalidad de enunciados normativos generales con rango formal de ley, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dejado claro que la de pronunciarse y resolver lo que corresponda en punto de la responsabilidad del Estado por razón de los daños antijurídicos causados por razón de la vigencia de las disposiciones posteriormente declaradas contrarias a la Constitución con efectos *erga omnes*, no es una competencia propia del juez que lleva a cabo el control abstracto de constitucionalidad, sino de la Jurisdicción especializada de lo Contencioso Administrativo:

“Así pues, el examen de la responsabilidad extracontractual del Estado en casos como el sub lite en manera alguna supone que el Juez de la acción de reparación directa se arroge la facultad de modular temporalmente los efectos de las referidas decisiones emitidas en sede de control abstracto de constitucionalidad y/o de legalidad, pues tales efectos continúan siendo los que el Tribunal competente —y, en ocasiones, el propio derecho positivo— haya decidido en o para cada específico pronunciamiento; tampoco se trata de que el juez, en la acción de reparación directa, lleve a cabo —nuevamente— una ponderación entre justicia y seguridad jurídica. No. Simplemente se trata de dar cabal cumplimiento, por una parte, al imperativo contenido en el artículo 4 constitucional y, por otra parte, de materializar el postulado que expresa el artículo 90 superior, de suerte que no queden en el Estado de Derecho daños antijurídicos —esto es, daños que quien los padece no se encontraría jurídicamente en el deber de soportar— cuya reparación no sea ordenada por los jueces ante la reclamación en ese sentido elevada por los ciudadanos afectados.

“Cuanto aquí se viene exponiendo fue en su momento explicado por la Corte Constitucional al estudiar la constitucionalidad del artículo 38 de la Ley 142 de 1994¹⁶, en el cual se establece que los efectos de la sentencia que declara la nulidad de actos administrativos relacionados con servicios públicos domiciliarios “solo producirá efectos hacia el futuro”; en aquella oportunidad el Tribunal Constitucional diseccionó la garantía de protección para las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la vigencia de los actos posteriormente anulados —con el fin de salvaguardar la continuidad en la prestación del servicio—, del deber de asumir el cubrimiento de las indemnizaciones de perjuicios, de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 90 de la Carta:

‘6. LOS EFECTOS DE LA NULIDAD SOBRE ACTOS Y CONTRATOS RELATIVOS A LA PRESTACION DE LOS SERVICIOS PUBLICOS DOMICILIARIOS.

“Por otra parte, si bien no corresponde a la Corte Constitucional la reparación de los daños antijurídicos causados por la actividad del Legislador, excepcionalmente, en algunas ocasiones, mediante la técnica de modular los efectos temporales a sus decisiones ha permitido el resarcimiento de algunos de los perjuicios patrimoniales causados por leyes inconstitucionales, de manera específica al darle eficacia retroactiva a sus sentencias.

Sin duda el caso más conocido es el de la sentencia C-149 de 1993¹⁵, en el cual se declaró la inconstitucionalidad de los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 6ª de 1992 y se ordenó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público reintegrar la totalidad de las sumas recaudadas por concepto de las disposiciones inconstitucionales. En esta oportunidad la Corte Constitucional encontró que al momento de proferir el fallo la mayor parte del tributo declarado inconstitucional había sido recaudada, por lo tanto la única manera de realizar la “justicia querida por el Constituyente” era mediante la devolución de las sumas ilegítimamente percibidas por el Fisco.

Lo anterior no quiere decir que la modulación de los efectos temporales de las decisiones de inexecutable tenga como propósito la reparación de los daños antijurídicos causados por las leyes inconstitucionales, pues como antes se dijo esta labor no es propia del juez constitucional, sino que excepcionalmente, bajo ciertas circunstancias, la expedición de fallos con efectos retroactivos puede tener entre sus efectos el resarcimiento de algunos de los perjuicios causados por las leyes contrarias a la Constitución” (énfasis añadido). Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-039 de 2.006; Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

¹⁶ Precepto del siguiente tenor: “Artículo 38. Efectos de nulidad sobre actos y contratos relacionados con servicios públicos. La anulación judicial de un acto administrativo relacionado con servicios públicos solo producirá efectos hacia el futuro. Si al declararse la nulidad se ordena el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, ello se hará en dinero si es necesario, para no perjudicar la prestación del servicio al público ni los actos o contratos celebrados de buena fe”.

‘Califica el actor como irracional la parte del artículo 38 de la ley objeto de control que limita los efectos de la declaratoria de nulidad, única y exclusivamente hacia el futuro, argumentando que ello significa que el restablecimiento del derecho o la reparación del daño solamente proceden hacia adelante, a partir del momento en que la jurisdicción contencioso administrativa profiera el fallo, lo cual, en su sentir, no se aviene con lo dispuesto en el artículo 90 constitucional...

(...)

‘No encuentra la Corte fundamento alguno que sirva para declarar la inexecutable del artículo 38 sub júdece, a partir de los argumentos esgrimidos por el demandante. Como sucede con la disposición anteriormente examinada, el artículo 38 de la ley 142 de 1994 consagra dos supuestos de hecho: primero, la sola anulación de los actos administrativos relacionados con los servicios públicos domiciliarios; y segundo, las consecuencias posibles de tal determinación jurisdiccional, es decir, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño. En cuanto al primero, efectivamente la ley restringe el ámbito temporal de la anulación de los actos administrativos al momento de su declaratoria y hacia adelante, exclusivamente, con el fin de que todas las actuaciones consolidadas antes de la misma queden incólumes. Hasta aquí nada ha dicho el legislador sobre las posibles condenas patrimoniales, restablecimiento de derechos o reparación de daños a que haya lugar, sino simplemente se ha referido a la desaparición del acto anulado, a su exclusión del mundo jurídico, lo cual, se repite, sucede desde el momento en que así lo disponga la jurisdicción competente y hacia el futuro.

‘Otra cosa sucede en relación con las consecuencias a que puede llevar la anulación de un acto administrativo, segundo supuesto de hecho del artículo 38, cuya lectura, contraria a la efectuada por el actor, en ningún momento limita la reparación o el restablecimiento a los daños causados o derechos conculcados después de la declaratoria de nulidad. No. Precisamente el legislador, previendo esta segunda posibilidad, separó la redacción de la norma buscando, de una parte, garantizar la estabilidad y seguridad jurídica en los asociados con la intangibilidad de las actuaciones amparadas por un acto administrativo posteriormente declarado nulo; y de otra, que los daños antijurídicos o los derechos cuya materialización o vulneración se desprendan de dicha declaratoria, puedan ser reparados o restablecidos, no desde el momento en que se profiera el fallo y hacia adelante únicamente, sino desde su efectiva verificación, incluso si ella se retrotrae a un momento anterior a la expedición del fallo. Luego, son diferentes los efectos en el tiempo de la anulación de los actos administrativos, que por orden del legislador solamente pueden ser ex nunc, y las consecuencias de la misma en cuanto a la reparación de daños o el restablecimiento de derechos que, dependiendo de las circunstancias, pueden tener efectos ex tunc, con lo cual, en

manera alguna, el legislador ha desbordado lo prescrito en el artículo 90 constitucional¹⁷ (subrayas fuera del texto original).

“Los planteamientos que efectúa la Corte Constitucional en el fallo que se deja parcialmente transcrito resultan trasladables, mutatis mutandi, a casos como el que se examina en el sub iudice, pues con independencia del mantenimiento de las situaciones jurídicas consolidadas bajo la vigencia de la norma general que consagraba la obligación tributaria declarada inexecutable o nula —cosa que no está en discusión—, la persona que haya sufrido un daño antijurídico como consecuencia directa de la aplicación de tal disposición tiene derecho a que, a través del cauce procesal constituido por la acción de reparación directa, se examine si concurren, o no, los requisitos constitucionalmente exigidos para que se declare patrimonialmente responsable al Estado, vale decir, que el daño antijurídico causado sea imputable a la acción —el ejercicio irregular de su potestad normativa— desplegada por una autoridad pública.

“c. El daño sufrido por los ciudadanos que se vieron compelidos a pagar el impuesto creado por la norma posteriormente excluida del sistema jurídico por virtud de decisión judicial es, a no dudarlo, antijurídico, comoquiera que carece de sustento en el ordenamiento el deber de hacer frente al pago de una exacción que fue establecida de manera irregular por una autoridad pública a través del ejercicio contrario a Derecho de su potestad normativa; tal circunstancia abre la procedibilidad de la instauración de la acción de responsabilidad extracontractual en contra del Estado, con independencia de que se hubieren iniciado e incluso decidido ya procesos judiciales como resultado de los cuales se hubiere declarado conforme a Derecho —antes de proferido el fallo de inconstitucionalidad o de nulidad de la norma general que establecía la correspondiente carga impositiva— la negativa de la Administración a devolver al “contribuyente” lo que éste indebidamente pagó, pues en un escenario —el de la legalidad de un acto administrativo— se produjo tanto la decisión administrativa enjuiciada como el pronunciamiento que avaló su juridicidad y en otro completamente distinto debe desatarse la cuestión relacionada con la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la causación de daños antijurídicos.

“Adicionalmente, varios principios constitucionales y legales, entre ellos los de igualdad, buena fe, tutela de la confianza legítima y seguridad jurídica, respaldan la declaratoria de la responsabilidad patrimonial del Estado por los perjuicios que cause como consecuencia de la eficacia de normas generales —legales y/o reglamentarias— que inconstitucional o ilegalmente crean obligaciones tributarias y por tal razón son expulsadas del ordenamiento jurídico por decisión con efectos erga omnes emanada del juez competente; sostener lo contrario conllevaría un rotundo desconocimiento del derecho a la igualdad radicado en cabeza de los “contribuyentes” cumplidores de sus obligaciones, quienes sufrirían un claro detrimento patrimonial si se compara su situación con la de aquellas personas que nunca hubieron pagado el impuesto que posteriormente es excluido del ordenamiento jurídico: los morosos o definitivamente incumplidos no verán mermado su peculio y en cambio sí padecerán un daño que no están en el deber jurídico de soportar, pero que no les sería reparado, quienes oportunamente satisficieron sus deberes tributarios.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-066/97; Magistrado Ponente: Fabio Morón Díaz.

“De igual forma, tanto la buena fe como la confianza legítima de los ciudadanos en la actuación de las autoridades se verían seriamente afectadas en caso de negarse la responsabilidad patrimonial del Estado en eventos como el sub lite, pues se desmoronarían las razones para obedecer a los mandatos legales o reglamentarios que impusieron obligaciones tributarias, sabedores los administrados de que un eventual fallo de inconstitucionalidad o de nulidad respecto de la norma que consagra la exacción beneficiará, en exclusiva, a quienes desatendieron los correspondientes preceptos legales o reglamentarios y no a aquellas personas que se avinieron a observar el contenido de los mismos.

“d. Asimismo, aunque el antes mencionado argumento del notable “quebranto para la Hacienda Pública” o el desajuste que al erario ocasiona el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el sub judice, no constituye un raciocinio, en estricto sentido, de naturaleza jurídica, pues hunde sus raíces en aspectos esencialmente macroeconómicos y de conveniencia —no por ello menos importantes, pero en relación con el manejo de los cuales las posibilidades y obligaciones de los jueces permiten márgenes de acción ciertamente limitados—, si se piensa en los efectos que desde esta perspectiva —económica y financiera— podría generar el asentamiento de una línea jurisprudencial que admitiese la irresponsabilidad patrimonial del Estado por razón de los daños antijurídicos causados con la expedición de normas tributarias inconstitucionales, con el consecuente —equivocado y funesto— mensaje que ello enviaría a la colectividad en el sentido de que puede resultar más “rentable” no cumplir con las obligaciones tributarias —especialmente si cabe contemplar algún argumento que permita cuestionar judicialmente su conformidad para con el ordenamiento jurídico—, el desbalance presupuestal que semejante actitud —la cual, por lo demás, no es impensable que tendiese a generalizarse respecto de cualquier carga impositiva— por parte de los ciudadanos podría ocasionar, no es descartable, en absoluto, que sea aún mayor que las dificultades que al erario pueda suponerle afrontar la indemnización de los perjuicios que en este tipo de eventos se causen a quienes no se hallen en el deber jurídico de soportarlos.

“Lo anterior sin detenerse en los complejos problemas de orden social que significaría y generaría prohijar una tal costumbre o proclividad hacia la “desobediencia tributaria” en una economía emergente como la colombiana, en la cual, precisamente, la cultura tributaria constituye todavía un asunto pendiente y necesitado de fortalecimiento, para no abundar en argumentos —estos sí de índole indubitablemente jurídica— en la misma dirección, sustentados en la justicia como valor fundante del Estado, reconocido como tal en el Preámbulo constitucional y que se vería seriamente menoscabado de admitirse que el ordenamiento jurídico brinda más respuestas y tratamientos favorables a quienes desatienden sus postulados que a las personas que procuran cumplir de manera oportuna, adecuada y abnegada con los deberes jurídicos que les son exigibles.

“Estimar improcedente la declaratoria judicial de la responsabilidad patrimonial del Estado en eventos como el sub examine a efectos de posibilitar que a quienes acuden a la Jurisdicción en ejercicio de la acción de reparación directa les sea resarcido el daño antijurídico que les ha sido irrogado, además de suponer una evidente transgresión de los

mencionados principios de igualdad, de buena fe y de tutela de la confianza legítima en detrimento de las personas que han cumplido con sus obligaciones tributarias con antelación a que se produjese el fallo de nulidad que dejó sin piso jurídico la carga impositiva de la cual se tratase, comportaría —como antes se indicó— enviar un mensaje completamente equivocado a la ciudadanía, en el sentido de que le puede resultar más rentable y conveniente evadir o no cumplir las obligaciones tributarias —o cuestionar su conformidad a Derecho, administrativa o judicialmente, con o sin fundamento, a fin de evitar que la situación jurídica individual se consolide—, que atenderlas cabalmente, pues los efectos de las posturas asumidas por la jurisprudencia acabarían por perjudicar al contribuyente probo y por premiar injusta e injustificadamente al que no obra de dicha manera¹⁸.

“Todo lo hasta ahora expuesto conduce a la Sala a concluir que existen sobradas razones para reiterar su jurisprudencia en virtud de la cual el Estado sí debe asumir la responsabilidad patrimonial por los daños antijurídicos que causen preceptos reglamentarios que consagren obligaciones tributarias y sean anulados por la Jurisdicción, comoquiera que las personas que en esas condiciones pagaron el impuesto no están en el deber jurídico de soportar los consecuentes perjuicios, menos aún si se tiene en cuenta que semejante proceder por parte de las autoridades constituye una evidente falla en el servicio consistente en el ejercicio de facultades administrativas que autorizan la expedición de normas de alcance general, impersonal y abstracto, las cuales deben siempre ceñirse a la Constitución y a la ley, pues la contravención de éstas últimas constituye título jurídico de imputación suficiente para atribuir responsabilidad al Estado, sin necesidad de que deba entrar a examinarse si ha mediado, o no, culpa o negligencia individual de uno o varios servidores públicos, según tradicionalmente lo ha señalado esta Corporación e, igualmente, lo asevera la doctrina:

‘Aún cuando se ha discutido largamente tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada si la obligación resarcitoria de la

¹⁸ Cita textual del fallo: La doctrina ha explicado cuanto se viene afirmando con singular claridad, aunque con referencia a la irregular imposición de obligaciones tributarias mediante normas con rango de ley:

“Por tanto, resulta gravosa la interpretación que desplaza la carga de la aplicación de una norma inconstitucional en contra del particular e igualmente, parece maligno favorecer la inaplicación de la norma inconstitucional únicamente respecto de aquellas personas que hubiesen presentado su inconformidad en un momento anterior a la decisión de la Corte. En otras palabras, no puede convertirse en un criterio para aplicar la excepción de inconstitucionalidad a las personas que hubiesen presentado su reclamación en un término anterior, pues las contingencias del procedimiento administrativo pueden derivar en circunstancias anómalas que afecten injustamente a personas cumplidoras de la ley y de sus deberes constitucionales, mientras que puede terminar favoreciendo la situación del moroso o evasor que hace el quite al cumplimiento de la obligación legal y sale favorecido porque ningún proceso sancionatorio podría ser exitoso, en su contra, toda vez que el acto administrativo que inicie tal procedimiento o imponga la sanción específica, habrá perdido su fuerza ejecutoria. Parece conveniente ilustrar esta aberración con el siguiente ejemplo: Se expide la Ley 1ª que obliga a todos los ciudadanos (carga pública general) al pago del tributo X dentro de los 6 meses siguientes a su expedición. Del conjunto de la ciudadanía, el 70% decide cumplir con su deber constitucional de cumplir la ley y contribuir con las cargas del Estado. El otro 30% evade el pago. Vencido el término para pagar, la Administración tributaria inicia un proceso sancionatorio contra los evasores y procede a notificarlos del procedimiento. En el entretanto, la Corte Constitucional declara inexecutable la Ley 1ª con efectos hacia el futuro. En este panorama, el 70% de los ciudadanos cumplidores de la ley no podrá solicitar la devolución de lo pagado, porque su situación jurídica se consolidó. Por su parte, el 30% que evadió el cumplimiento de la Ley 1ª, podrá argumentar en el procedimiento administrativo la pérdida de fuerza ejecutoria de los actos administrativos expedidos en desarrollo de la Ley 1ª y muy seguramente se verán beneficiados con la culminación del procedimiento administrativo. Bajo este esquema, se crearía un incentivo a incumplir la ley y a que se reclame la inconstitucionalidad de las normas. Un sistema así no puede representar los postulados de un Estado Social de Derecho...”. Cfr. BOTERO ARISTIZÁBAL, Luis Felipe, *Responsabilidad patrimonial del Legislador*, Legis, Bogotá, 2007, pp. 244-245.

Administración derivada de la expedición de un acto administrativo cuya ilegalidad posteriormente es declarada por el Juez de lo Contencioso Administrativo se fundamenta en la culpa del autor del acto o en la mera ilegalidad de la decisión, lo cierto es que de forma mayoritaria se ha aceptado que, en esta materia, “la actividad administrativa formal no queda sujeta a una cláusula general de responsabilidad por culpa (...) que obligue a fingir que hay negligencia siempre que hay ilegalidad en la resolución; o a extraer las consecuencias finales que impone el principio culpabilístico (la posibilidad de que la Administración se libere acreditando su diligencia (...)) lo que permite, de un lado, sustraer a su exigencia [a la de la culpa] la responsabilidad por actos ilegales y, de otro, afirmar que la ilegalidad (imputable) es la fuente generadora de la obligación resarcitoria.

(...)

‘Por eso, en mi opinión, hay que insistir en que la Administración responderá, independientemente del grado de prudencia empleado, porque ha incumplido la obligación de dictar una resolución legal (y porque este incumplimiento le es imputable)’¹⁹ (énfasis añadido).

“e. Síguese de lo anterior que el fundamento de la responsabilidad patrimonial del Estado en casos como el que aquí se decide lo constituye el irregular ejercicio de su potestad normativa o reglamentaria por parte de la Administración, de suerte que al proferir ésta una norma de alcance general que contraría la Constitución o la ley, se incurre en una falla en el servicio; no se trata, entonces, de aquellos casos en los cuales “la Sala ha aceptado la posibilidad de declarar la responsabilidad de la Nación por los perjuicios causados como consecuencia de la aplicación de normas jurídicas -cuya validez no se discute- por virtud del desequilibrio que generan frente a las cargas públicas materializado en un daño especial”²⁰²¹. Es la mencionada falla en el servicio la que debe sustentar, entonces, el deber del Estado de indemnizar los perjuicios ocasionados a los demandantes como consecuencia de la ejecución de actos administrativos de alcance general, consagradorios de obligaciones tributarias y violatorios de la Constitución y/o de la ley, los cuales por

¹⁹ Cita textual del fallo: MEDINA ALCOZ, Luis, *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2005, pp. 267-269.

²⁰ Nota original de la sentencia citada: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 19 de febrero de 2004, Rad. 24027, C.P. Germán Rodríguez Villamizar: “es perfectamente posible que de decisiones proferidas por la administración con apego a la Constitución y a la Ley, se deriven perjuicios para los administrados, los cuales constituyen un daño especial resarcible mediante la acción de reparación directa.”; Sentencia de 17 de febrero de 2005, Rad. 27131, C.P. Germán Rodríguez Villamizar; SECCIÓN PRIMERA, Sentencia de 21 de marzo de 1996, Rad. 3575, C.P. Ernesto Rafael Ariza Muñoz: “El presunto daño que se pueda causar por un acto administrativo legal no puede reclamarse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, como la incoada en el presente caso, dado que el restablecimiento del derecho en esta tiene, por el contrario, fundamento exclusivo en la inconstitucionalidad o ilegalidad del acto. Tal pretensión solamente podría deducirse ante esta jurisdicción mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial.”

²¹ Cita textual del fallo: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 5 de julio de 2006; Consejera Ponente: Ruth Stella Correa Palacio; Radicación número: 25000-23-26-000-1999-00482-01(21051).

razón de dicha contrariedad fueron a la postre anulados por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

“f. Asuntos de diversa índole a los hasta aquí estudiados y que sin duda podrían ameritar interesantes y hasta necesarias reflexiones, son los de la plausibilidad jurídica de la tesis en virtud de la cual cuando se estudian las pretensiones de nulidad y restablecimiento de derecho formuladas contra actos administrativos individuales mediante los cuales se niega la devolución de lo pagado por el ciudadano en cumplimiento de la obligación tributaria impuesta por la Administración mediante norma reglamentaria que posteriormente es declarada nula por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo o, incluso, cuando se produce esta última declaratoria en sede de control objetivo de legalidad, en cualquiera de los dos escenarios citados, se cierra la puerta a la restitución de las sumas de dinero de buena fe entregadas por los contribuyentes al Estado en cumplimiento de la obligación tributaria que irregularmente fue establecida, para no afectar situaciones jurídicas consolidadas, sino que se deja latente la posibilidad de reintegro de tales cantidades solamente tratándose de las aludidas situaciones jurídicas en curso de consolidación debido a que se halla pendiente de ser resuelta una reclamación administrativa o judicial”²².

En la hipótesis a la que se ha venido haciendo referencia, es decir en los eventos en que la acción de reparación directa cuya pretensión resarcitoria la constituyan los perjuicios generados por la vigencia del acto administrativo que a la postre sería declarado ilegal o revocado por la propia Administración Pública, los casos respecto de los cuales se ha pronunciado la Sala tienen que ver principalmente con perjuicios derivados de la entrada en vigencia y ejecución del acto administrativo ilegal sufridos por quien vio mermado su patrimonio por la existencia misma del acto.

Pues bien, el caso que ahora se decide en segunda instancia es sustancialmente distinto de los que antes han sido analizados por la Sala, puesto que en el presente caso concreto el demandante es el beneficiario del acto administrativo que a la postre se declaró ilegal por la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; los perjuicios encuentran así su origen en la declaratoria de nulidad (es decir, en el vicio del acto administrativo) y no en su expedición o ejecución; de alguna manera, podría afirmarse que el daño alegado por la parte actora no se produjo por la vida del acto administrativo sino por su muerte. En otras palabras, la falla del servicio en la presente hipótesis se configuraría a partir de un defecto o vicio del acto administrativo que tuvo por consecuencia que un acto administrativo favorable al demandante hubiere salido del ordenamiento jurídico, en este entendido el análisis de la reparación de los perjuicios generados por la falla del

²² Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 23 de febrero de 2012, Exp. 24655.

servicio a la cual se hace referencia se compagina perfectamente con los presupuestos fácticos de la acción de reparación directa.

Huelga señalar que en estos eventos el juez deberá analizar la conducta del beneficiario del acto administrativo, puesto que si la declaratoria de nulidad que lo afecte o la revocatoria directa son producto de su propia conducta no procederá la declaratoria de responsabilidad patrimonial de la entidad pública que expidió el acto administrativo.

Así las cosas, tres son las hipótesis que hasta este momento se han identificado para concluir acerca de la procedencia de la acción de reparación directa cuando el origen del daño lo constituya una actuación administrativa: *i)* Cuando se pretenda la reparación de los perjuicios causados por los actos administrativos ajustados al ordenamiento jurídico, siempre y cuando no se cuestione en sede judicial la legalidad del acto administrativo en cuestión; *ii)* Cuando se pretenda la condena por los perjuicios causados por la expedición y ejecución del acto administrativo ilegal que haya sido anulado o haya sido objeto de revocatoria directa; y, *iii)* Cuando se pretenda la reparación de los perjuicios causados por la anulación o revocatoria directa de un acto administrativo que hubiere sido favorable al actor, cuando quiera que la anulación o revocatoria directa hubiere sido causada por la inobservancia de las reglas propias del procedimiento administrativo o de las normas que rigen el ejercicio de la actividad administrativa que tiene a su cargo la Administración Pública.

En las dos primeras hipótesis la legitimación en la causa por activa se configurará mediante la prueba idónea del carácter de perjudicado por la entrada en vigencia del acto administrativo –frente a ello resulta irrelevante que el acto sea legal o ilegal–, mientras que en la tercera, para acreditar la legitimación en la causa por activa será suficiente probar el carácter de beneficiario del acto administrativo declarado ilegal o revocado directamente.

3.- La caducidad de la acción de reparación directa.

3.1.- Las reglas para el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa.

Como aspecto previo, la Sala debe ocuparse de examinar el tema de la caducidad de la acción, en razón a que si bien el Tribunal *a quo* consideró que en el presente

caso concreto la demanda fue presentada en los términos que establece la ley para tal efecto, resulta necesario establecer si en este caso se configuró dicho fenómeno en tanto esa circunstancia impediría analizar los demás requisitos de la demanda en referencia y decidir el fondo del asunto objeto del recurso de apelación.

El artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, vigente tanto para la época en la cual ocurrieron los hechos que dieron lugar a la formulación de la respectiva demanda de reparación directa, como incluso en el momento en el cual se presentó la demanda de la referencia²³, establecía que la acción de reparación directa caducaría al vencimiento del plazo de 2 años contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos.

Aún cuando la jurisprudencia de la Sala es pacífica y coherente en cuanto a la naturaleza jurídica de la caducidad²⁴ y a su estrecha relación con el principio de seguridad jurídica, no es menos cierto que su cómputo debe analizarse a partir de los hechos que le son presentados en cada caso concreto; la dificultad de su determinación radica en la multiplicidad de posibilidades que engloba la expresión “*acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa*”. Para paliar la mencionada dificultad la jurisprudencia de la Sala ha establecido algunos mecanismos que permiten equilibrar la relación entre el respeto al principio de seguridad jurídica, fundamento de la regla de la caducidad de las acciones

²³ Es decir, la norma vigente antes de que se expidiera la Ley 446 de 1998, la cual establece que la acción de reparación directa “*caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa*”.

²⁴ Al respecto la Sala afirmó:

“La caducidad es la sanción que consagra la ley por el no ejercicio oportuno del derecho de acción, en tanto al exceder los plazos preclusivos para acudir a la jurisdicción, se ve limitado el derecho que asiste a toda persona de solicitar que sea definido un conflicto por el aparato jurisdiccional del poder público.

“Es decir, las normas de caducidad tienen fundamento en la seguridad jurídica que debe imperar en todo ordenamiento, en el sentido de impedir que situaciones permanezcan en el tiempo, sin que sean definidas judicialmente. En otros términos, el legislador establece unos plazos razonables para que las personas, en ejercicio de una determinada acción y, con el fin de satisfacer una pretensión específica, acudan a la organización jurisdiccional del poder público, a efectos de que el respectivo litigio o controversia sea definido con carácter definitivo por un juez de la república con competencia para ello” (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto del 26 de julio de 2011, Exp. 41037, C.P. Enrique Gil Botero).

judiciales y la garantía del derecho fundamental de acceso a la Administración de Justicia²⁵.

Así, en auto de diciembre 12 de 2007 la Sala indicó:

“De igual forma, esta Sección, en forma reiterada y pacífica ha sostenido que, si bien la ley consagra un término de dos (2) años, contados desde el día siguiente al acaecimiento de la causa del daño por el cual se demanda indemnización, para intentar la acción de reparación directa, lo cierto es que el cómputo de dicho término no puede aplicarse de manera absoluta, dado que el numeral 8° del artículo 136 del C.C.A., debe entenderse de manera racional, en la medida en que no debe interpretarse en el sentido de que basta con la realización pura y simple del hecho causante del daño, sino que resulta necesario, dependiendo el caso en estudio, que ese hecho hubiere sido conocido por el afectado²⁶” (negritas de la Sala)²⁷.

Por otra parte, en materia de falla del servicio médico-asistencial la Corporación ha considerado que el término de caducidad debe contarse a partir de la certeza por parte de la víctima de la irreversibilidad del daño causado por la entidad demandada:

“... esta Corporación ha expresado, en diferentes ocasiones, que si bien el término de caducidad empieza a correr a partir de la ocurrencia del hecho o la omisión, cuando no puede conocerse, en el mismo momento, cuáles son las consecuencias de éstos, debe tenerse en cuenta la fecha en la que se determina que el perjuicio de que se trata es irreversible y el paciente tiene conocimiento de ello²⁸. Con mayor razón, entonces, debe entenderse que el término de caducidad no puede comenzar a contarse

²⁵ En efecto, para la Sala:

“... en un tema tan complejo como el de la caducidad, que involucra de una parte razones de justicia y de otra el interés de la seguridad jurídica, no es posible establecer criterios absolutos, pues todo depende de las circunstancias que rodean el caso concreto. No obstante, no debe perderse de vista que de conformidad con la ley, para establecer el término de caducidad se debe tener en cuenta el momento de la producción del hecho, omisión, operación u ocupación generadores del perjuicio. Ahora bien, como el derecho a reclamar la reparación de los perjuicios sólo surge a partir del momento en que éstos se producen, es razonable considerar que el término de caducidad en los eventos de daños que se generan o manifiestan tiempo después de la ocurrencia del hecho, deberá contarse a partir de dicha existencia o manifestación fáctica, pues el daño es la primera condición para la procedencia de la acción reparatoria. Para la solución de los casos difíciles como los de los daños que se agravan con el tiempo, o de aquéllos que se producen sucesivamente, o de los que son el resultado de hechos sucesivos, el juez debe tener la máxima prudencia para definir el término de caducidad de la acción, de tal manera que si bien dé aplicación a la norma legal, la cual está prevista como garantía de seguridad jurídica, no se niegue la reparación cuando el conocimiento o manifestación de tales daños no concurra con su origen” (Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 16 de agosto de 2001, Exp. 13.772).

²⁶ Cita textual del auto: “Autos de 12 de diciembre de 2007, exp. 33.582 y de septiembre 4 de 2008, exp. 35.015, entre muchas otras decisiones”.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, auto del 15 de diciembre de 2011, Exp. 40425, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁸ Cita textual del fallo: “Cfr., entre otras, sentencias de la Sección Tercera, del 26 de abril de 1984, expediente 3393, y del 29 de junio de 2000, expediente 11.676”.

*desde una fecha anterior a aquélla en que el daño ha sido efectivamente advertido*²⁹.

Por otra parte, en materia de funcionamiento defectuoso de la Administración de Justicia, el Consejo de Estado consideró que, por regla general, el término de caducidad de la acción de reparación directa debía iniciarse a partir del momento en que adquirió firmeza la decisión judicial mediante la cual se reconoció la inexistencia del fundamento jurídico de la medida de privación de libertad o de retención de un bien, así:

*“La acción de reparación directa con fundamento en el error judicial o en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, caduca al vencimiento del término de dos (2) años, contado a partir del acaecimiento del hecho que causó el daño, que para estos casos generalmente se hace evidente o se concreta mediante la providencia judicial que determina la inexistencia del fundamento jurídico que justificaba la decisión o el procedimiento adelantado por la autoridad judicial”*³⁰.

Por otra parte, en materia de ocupación de bienes inmuebles las reglas que rigen la caducidad de la acción de reparación directa se distinguen según que se trate de ocupación material de un bien en razón de la realización de trabajos públicos o de ocupación jurídica por afectación de la propiedad privada al interés general. Así, en materia de ocupación material por trabajos públicos, la Sala Afirmó:

“En los casos de ocupación permanente por trabajos públicos, la Sala ha sostenido que el régimen aplicable corresponde a la especie de la responsabilidad objetiva, la cual debe declararse una vez se ha demostrado que una parte o la totalidad de un bien inmueble de propiedad del demandante ha sido ocupado permanentemente por la Administración o por particulares que actúan autorizados por ella. Son por tanto supuestos de la responsabilidad del Estado por ocupación permanente el daño antijurídico, que consiste en la lesión al derecho real de propiedad del cual es titular el demandante, quien no tiene el deber jurídico de soportarla y la imputación del daño al ente demandado, por la ocupación permanente, total o parcial, del bien inmueble de propiedad del demandante.

“La obligación resarcitoria a cargo del Estado en este tipo de situaciones encuentra justificación en la ruptura del principio de igualdad frente a las cargas públicas, pues no existe para el particular afectado el deber jurídico de soportar, sin compensación alguna, el detrimento que sufre su patrimonio a causa de la ejecución de unas obras o trabajos públicos que bien pueden reportar beneficio para la colectividad, pero que lesionan abiertamente los derechos de un coasociado.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de enero de 2004, Exp. 18273, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

³⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 13 de septiembre de 2001, Exp. 13392, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

“Ahora bien, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que en este tipo de situaciones el particular perjudicado por la construcción de obras públicas está en la obligación de accionar dentro de los dos años siguientes al momento en el cual culminaron éstas. Así, mediante sentencia de mayo 18 de 1994, expediente 8789, la Sala dijo lo siguiente:

‘En el campo de la indemnización por trabajos públicos o derivados de una obra igualmente pública, la fecha de ejecución cumple un papel decisivo como que permitirá, en principio, calificar la demanda como oportuna, dado que estas acciones de reparación directa, desde que empezó a regir el código contencioso administrativo adoptado por el decreto 01 de 1984, tienen un término de caducidad de dos años contados a partir de la ejecución del trabajo o de la finalización de la obra pública, tal como lo dan a entender los artículos 86 y 136, inciso 4º. de C.C.A.’³¹ (se subraya).

“En este orden de ideas se tiene que para precisar el término de caducidad de la acción de reparación directa derivada de la ocupación permanente de un bien inmueble por razón o con ocasión de la ejecución de trabajos públicos se requiere tener claridad acerca de la fecha en la cual culminó la obra en el predio afectado, pues es a partir de ese momento deberá contabilizarse el término de dos años que prevé la ley para poder accionar contra la respectiva entidad pública. De la anterior afirmación se derivan dos conclusiones lógicas: i) el término de caducidad no se extiende hasta los dos años siguientes a la terminación de la totalidad del proyecto o de las obras que lo integran, porque el mismo debe empezar a contarse desde el momento en que las obras que afectan directamente un inmueble hubieren culminado, aun cuando todavía quedare por ejecutar una parte del respectivo proyecto general; el hecho de que los efectos del daño se extiendan indefinidamente después de su consolidación no puede evitar que el término de caducidad comience a correr, porque si ello fuere así en los casos en los cuales los perjuicios tuvieran carácter permanente, como ocurre cuando se construyen unas viviendas en el inmueble de un particular, la acción no caducaría jamás.

“Así se advirtió en el fallo del 26 de abril de 1984, expediente 3393, en el cual se expresó, además, que el derecho de acción nace cuando se inicia la producción del daño y su fenecimiento acaece cuando han transcurrido 2 años desde cuando la obra se ha concretado en el inmueble del demandante por la culminación de los trabajos que afectaron su predio, aunque el proyecto u obra final no hubiere terminado, como se dijo anteriormente y aunque subsistan los efectos de la ocupación. En relación con este último aspecto, la Sala³² ha manifestado lo siguiente:

‘Es claro que una obra pública puede producir perjuicios instantáneos, por ejemplo, el derrumbamiento de un edificio aledaño, como también lo es que puede ser la causa de una

³¹ Sección Tercera, Sentencia de mayo 18 de 1994, expediente 8789

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 28 de enero de 1994. Exp. 8610. C.P. Carlos Betancur Jaramillo.

cadena de perjuicios prolongada en el tiempo. Vgr. la obra impide el flujo normal de las aguas que pasan por un inmueble o es la causa de las inundaciones periódicas del mismo. En el primer evento (perjuicio instantáneo) el término de caducidad es fácil de detectar: tan pronto se ejecute la obra empezará a correr el término para accionar. Para una mayor certeza la jurisprudencia de la Sala ha señalado como fecha inicial, aquella en la que la obra quedó concluida. En los eventos de perjuicios prolongados en el tiempo, aunque en la práctica es más difícil detectar la fecha inicial porque puede confundirse el nacimiento del perjuicio con su agravación posterior, no por eso puede aceptarse que mientras se estén produciendo o agravando los daños seguirá viva la acción, porque esta solución sería la aceptación de la no caducidad de las acciones indemnizatorias por trabajos públicos, y contrariaría el mandato expreso de la ley que es enfática en hablar de dos años ‘contados a partir de la producción del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos’.

‘Como regla general entonces, podrá sostenerse que en las acciones indemnizatorias por daños de ocurrencia prolongada en el tiempo (periódicos o sucesivos) originados en trabajos públicos en los que la ejecución de la obra pública es la causa eficiente de los mismos, no podrá hacerse caso omiso de la época de ejecución de ésta para hablar sólo de la acción a medida que los daños vayan apareciendo, así su ocurrencia sea posterior a los daños de construida la obra. En otros términos, el legislador al establecer la caducidad en la forma explicada partió de un supuesto que le da certeza y estabilidad a la institución: que en este campo el perjuicio debe concretarse, nacer, a más tardar dentro de los dos años siguientes a la ejecución de los trabajos, así puedan agravarse o continuar su ocurrencia con posterioridad a dicho bienio’. (Se subraya)”³³.

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de junio de 2008, Exp. 16.240.

En similar sentido, la Sala afirmó:

“Así las cosas, en tratándose de ocupación temporal o permanente de inmuebles el inicio del término para intentar la acción de reparación directa coincide con el de la ejecución del hecho, omisión u operación administrativa, ocupación temporal o permanente del inmueble, es decir, desde cuando cesó la ocupación temporal, o desde cuando se terminó la obra en relación con la ocupación permanente, y sólo en eventos muy especiales, como aquellos en los cuales la producción o manifestación del daño no coincide con el acaecimiento de la actuación que les da origen, la Sala ha considerado que el término para accionar no debe empezar a contarse desde cuando se produjo la actuación causante del daño sino desde que el afectado tuvo conocimiento del mismo”³³, de acuerdo con las circunstancias concretas del caso.

“En conclusión, la Sala considera que conforme al artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 23 del decreto ley 2304 de 1989, el actor contaba con un plazo de dos años para ejercitar la acción de reparación directa, a partir del día en que conoció el daño, esto es, cuando se enteró que por la ocupación material de su predio la entidad no le iba a cancelar su valor.

“3.2.2. De acuerdo con lo expuesto, el problema jurídico radica en que, una vez determinado que la causa eficiente del daño lo fue la ocupación material del inmueble, es necesario establecer cuándo tuvo conocimiento el demandante de la existencia del mismo, es decir, el momento en el cual este se consolidó y dejó de ser hipotético para convertirse en cierto y, por ende, susceptible de reclamación”

En este sentido, el cómputo de la caducidad de la acción de reparación directa inicia, por regla general, en el momento en que se termina o finaliza la obra pública que configura la ocupación, aun cuando, como sucede en la mayoría de los casos, la obra construída tenga la calidad de perenne –por ejemplo, una vía pública– y, por lo tanto, la ocupación material se proyecte indefinidamente en el tiempo, sin que por ello se suprima el fenómeno de la caducidad de la acción; lo que sucede es que, en el caso mencionado, el daño se consolida con la finalización de la obra, razón por la cual el cómputo de la acción tendiente a la reparación de los perjuicios que ella pueda producir se hará desde ese momento.

En materia de la llamada ocupación jurídica, la Sala ha considerado que la caducidad de la acción de reparación directa opera al cabo del transcurso de dos años desde la inscripción de la limitación a la propiedad privada en el folio de matrícula inmobiliaria correspondiente al bien objeto de la decisión administrativa o desde que el afectado hubiere tenido conocimiento de la misma³⁴.

La Sala también ha distinguido los conceptos de daño continuado y de daño instantáneo con el fin de determinar con mayor certeza la fecha a partir de la cual se debe iniciar la contabilización del término de caducidad de la acción de reparación directa; al respecto afirmó:

“La identificación de la época en que se configura el daño, ha sido un tema problemático, toda vez que no todos los daños se constatan de la misma forma en relación con el tiempo; en efecto, hay algunos, cuya ocurrencia se verifica en un preciso momento, y otros, que se extienden y se prolongan en el tiempo. En relación con los últimos, vale la pena llamar la atención a la frecuente confusión entre daño y perjuicio que se suele presentar; de ninguna manera se puede identificar un daño que se proyecta en el tiempo como por ejemplo la fuga constante de una sustancia contaminante en un río, con los perjuicios que, en las más de las veces, se desarrollan e inclusive se amplían en el tiempo, como por

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 7 de mayo de 2008, Exp. 16.922, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³⁴ La Sala ha afirmado:

“Así las cosas, según la jurisprudencia de la Sala el momento a partir del cual se debe contar la caducidad de la acción de reparación directa por ocupación de bien inmueble es el de la ocurrencia del hecho o el de su conocimiento por parte del afectado, puesto que es partir de la ocurrencia de alguno de estos eventos que se entiende que el daño se ha consolidado en cabeza del propietario.

“Para la Sala, la caducidad de la acción de reparación directa respecto de la ocupación jurídica de bienes inmuebles se debe contar, de manera general, a partir del día siguiente a aquél en que la afectación al interés general se inscriba en el Registro de Instrumentos Públicos, puesto que es desde ese evento en que se hace pública la decisión de la Administración de limitar el ejercicio de propiedad respecto del bien objeto de la afectación”.

Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 21906.

ejemplo, los efectos nocivos para la salud que esto puede producir en los pobladores ribereños.³⁵

“En desarrollo de esto, la doctrina ha diferenciado entre (1) daño instantáneo o inmediato; y (2) daño continuado o de tracto sucesivo; por el primero se entiende entonces, aquél que resulta susceptible de identificarse en un momento preciso de tiempo, y que si bien, produce perjuicios que se pueden proyectar hacia el futuro, él como tal, existe únicamente en el momento en que se produce. A título de ejemplo puede citarse la muerte que se le causa a un ser humano, con ocasión de un comportamiento administrativo.

“En este tipo de daño, vale la pena observar que, sus víctimas pueden constatar su existencia desde el momento mismo en que éste ocurre, como por ejemplo cuando estaban presentes en la muerte de su ser querido; pero también puede acontecer, que ellas se den cuenta de éste, luego de transcurrido algún tiempo, como cuando los familiares encuentran muerto a su ser querido, luego de una larga agonía en que se pensaba que éste estaba tan solo desaparecido; en esta segunda hipótesis, resultaría impropio contabilizar el término de la caducidad desde el momento en que se causó el daño (la muerte en el ejemplo traído), toda vez que las víctimas no sabían de ello, y más bien, como lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación, debe hacerse desde el momento en que se tuvo conocimiento del mismo³⁶.

“En lo que respecta, al (2) daño continuado o de tracto sucesivo, se entiende por él, aquél que se prolonga en el tiempo, sea de manera continua o intermitente. Se insiste, la prolongación en el tiempo no se predica de los efectos de éste o si se quiere de los perjuicios causados,

³⁵ Cita textual del fallo: En este último caso, el daño se constata con la contaminación; lo que se proyecta en el tiempo, son los perjuicios que sufren los pobladores cercanos al sitio contaminado. Sobre la diferencia entre daño y perjuicio, en un sentido general, JUAN CARLOS HENAO señala: “ En esencia dos consecuencias (de la diferencia entre daño y perjuicio) merecen entonces ser tenidas en cuenta desde la perspectiva que aquí interesa. “La primera (...) permite concluir que el patrimonio individual, es el que sufre el perjuicio proveniente del daño. El patrimonio no sufre daño sino perjuicio causado por aquel. Lo anterior es de utilidad en la medida en que se plantea con claridad una relación de causalidad entre el daño –como hecho, como atentado material sobre una cosa, como lesión- y el perjuicio –menoscabo patrimonial que resulta del daño, consecuencia del daño sobre la víctima-, lo cual permite sentar la siguiente regla: se indemniza solo el perjuicio que proviene del daño.” (...) “La segunda consecuencia, (...) consiste en afirmar que existen perjuicios que no necesariamente se causan al patrimonio de quien reclama indemnización. Desde este punto de vista se afronta uno de los problemas importantes de la materia, cual es el de la legitimación para obrar. La distinción así concebida permite dar un “giro” a la responsabilidad civil, no tanto por su concepción que viene desde el derecho romano, como por su práctica. Estudiados así los conceptos se observa que la distinción tiene importancia cuando se trata de explicar que la posibilidad de obtener indemnizaciones no radica solo en cabeza del propietario (...), sino también del ser humano como titular de derechos colectivos. La acción de responsabilidad civil, bajo esta óptica, no estará entonces exclusivamente permitida a un ser humano concebido de manera egocéntrica sino también a un ser humano socializado. Se trata de resaltar, dentro de la responsabilidad civil, el tema de las acciones populares, del título de ciudadano legitimado en la causa para actuar en un proceso, de los intereses colectivos o, para traer otro ejemplo, de la función de las ONG”. Cit. p.p. 78 y 79.

³⁶ Cita textual del fallo: RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ al respecto señala: “El plazo (de la caducidad) añade el artículo 1968 (del Código Civil español), se computa “desde que lo supo el agraviado”. Debe entenderse: Desde que la víctima conoció la existencia del daño y estuvo en condiciones de ejercitar la acción.”. Tratado de Responsabilidad Civil. Madrid, Civitas y Universidad de Deusto, 1993. p. 943. Esta Sección de lo contencioso administrativo del CONSEJO DE ESTADO, en múltiples oportunidades, ha señalado la importancia en muchos casos, de identificar, antes que el momento en que el daño se causó, el momento en que se tuvo noticia del mismo; a título de ejemplo se puede referir el siguiente pronunciamiento: Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 10 de noviembre de 2000. Expediente No. 18805. Consejera Ponente: María Elena Giraldo Gómez. Y en época más reciente: Auto de 19 de julio de 2007. Expediente 31.135. Consejero Ponente: Enrique Gil Botero.

sino del daño como tal. La doctrina lo ejemplifica comúnmente en relación con conductas omisivas³⁷.

“Resulta importante también distinguir en este tipo de daño, su prolongación en el tiempo, de la prolongación en el tiempo de la conducta que lo produce; toda vez que, lo que resulta importante establecer, para efectos de su configuración, es lo primero. Ejemplo de daño continuado, se insiste, es la contaminación a un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, mientras que como ejemplo de la prolongación de la conducta que produce el daño, puede señalarse el caso de la agresión física a una persona que se extiende durante varios días. En el primer ejemplo es el daño como tal (la contaminación) el que se prolonga en el tiempo; en el segundo, el daño estaría constituido por las lesiones personales producidas por una conducta que se extendió en el tiempo.

“La diferencia entre daño continuado y conducta o acción productora del mismo que se extiende en el tiempo, detenta particular importancia, con ocasión de la acción de grupo, toda vez que como se dijo, el artículo 47 de la ley 472 de 1998, contiene para efectos de la contabilización de la caducidad en la acción de grupo dos hipótesis: la verificación del daño; y la cesación de la acción vulnerante causante del mismo.

“Adicional a lo anterior, debe señalarse que la importancia para la consideración de esta tipología de daño, se observa principalmente, con ocasión de la contabilidad del término de caducidad. En efecto, al igual que en la categoría de daño anterior, también aquí lo que importa, es la noticia que se tenga del mismo, y no su efectiva ocurrencia; de nada sirve verificar si un daño se extiende en el tiempo si las víctimas no conocen la existencia del mismo. Solo que en este caso, aunque las víctimas hayan tenido conocimiento de la existencia del daño antes de que éste haya dejado de producirse, el término de caducidad, en atención a su esencia, se contabilizará desde el momento en que cesó su prolongación en el tiempo.

“Para hacer más gráfico lo anterior y retomando el ejemplo traído, se diría entonces que, en el caso de la contaminación de un río, con ocasión de una fuga de sustancias contaminantes, el término de caducidad se contaría desde el momento en que el daño continuado (la contaminación) deja de producirse, a menos que se tenga noticia de éste, tiempo después de su cesación, caso en el cual, el término de caducidad se contará a partir del momento en que se tuvo noticia del mismo. Si en cambio, esta noticia se tuvo antes de la cesación del daño, este aspecto no interesa para efectos del término de la caducidad, ya que éste solo comenzará a contar, como se dijo, a partir del momento en que el daño (continuado) se extinga.

“Finalmente, vale la pena señalar, que no debe confundirse el daño continuado, con la agravación de éste. En efecto, en algunas oportunidades se constata que una vez consolidado el daño (sea este

³⁷ Cita textual del fallo: El ya citado autor RICARDO DE ANGEL YAGÜEZ distingue los daños duraderos de los continuados, entendiendo por los primeros, no en estricto sentido “daños” sino efectos de estos que se extienden en el tiempo, mientras que refiere a los segundos como los ocurridos con ocasión de una “conducta normalmente omisiva – que comienza y permanece, produciendo daños continuados a lo largo de toda su duración” como se observa, en esta conceptualización de daño, se confunde a éste entendido como circunstancia material, con la conducta que lo produce, aspectos estos diferenciados, como se dijo, por el derecho positivo colombiano, con ocasión de lo previsto en el artículo 47 de la Ley 472 de 1998.

inmediato o continuado) lo que acontece con posterioridad es que éste se agrava, como por ejemplo el daño estructural de una vivienda que se evidencia con grietas y cimentaciones diferenciadas, y tiempo después se produce la caída de uno de sus muros³⁸.

“En este caso, las reglas sobre el momento desde el cual debe contabilizarse el término de la caducidad no cambian; éste debe contarse, según se dijo, desde el momento en que se configuró el daño o se tuvo noticia de éste, en caso de que estas circunstancias no coincidan. En el ejemplo traído, el término de la caducidad no se contaría desde la caída del muro, sino desde que se evidenció el daño o se tuvo noticia de éste, según se dijo.

“Los dos tipos de daño analizados (inmediato y continuo), como se observa, en relación con la acción de grupo, producen unas reglas bien particulares, que se proceden a sistematizar así:

1) *“El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, debe centrar su atención en éste, y no en los efectos o perjuicios que se generan, ni en la conducta que lo produce.*

2) *“El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, se debe contar desde el momento en que este se produce, o desde el momento en que se tenga noticia del mismo, en el caso de que estas dos circunstancias no coincidan.*

3) *“El término de caducidad de la acción de grupo que se contabiliza a partir del daño, cuando éste es continuado, se cuenta desde el momento en que se deja de producir, a menos que se tenga noticia del mismo en un momento posterior, caso en el cual se hará a partir de allí.*

4) *“Las anteriores reglas no cambian, si se presenta una agravación del daño, toda vez que éste último, se supone, se ha producido con anterioridad, sea inmediato o continuo”³⁹.*

De la misma manera, la Sala ha acudido al concepto de daño continuado en los casos en que se cuestiona la responsabilidad patrimonial del Estado por desapariciones forzadas; en retierada jurisprudencia, la Sala ha indicado:

“... la Sección Tercera de esta Corporación ha reconocido que existen ciertas excepciones a la regla de caducidad dispuesta por el numeral 8 del artículo 136 del C.C.A, una de ellas es el caso de la desaparición forzada, en la que el término empieza a correr luego de constatados uno de estos dos eventos: (i) el apareamiento de la víctima o (ii) la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal. La anterior conclusión tiene su fundamento legal en la ley 589 de 2002, que introdujo una modificación al Código Contencioso Administrativo en relación con el momento en que se

³⁸ Cita textual del fallo: Sobre la diferencia entre el daño y la agravación del mismo, puede consultarse: CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de 28 de enero de 1994. Expediente No. 8610. Consejero Ponente: Carlos Betancur Jaramillo.

³⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2007, Exp. AG-0029, C.P. Enrique Gil Botero.

inicia el conteo del término para intentar la acción de reparación directa con el fin de reclamar los daños derivados del delito de desaparición forzada, esto es, “a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo definitivo adoptado en el proceso penal, sin perjuicio de que tal acción pueda intentarse desde el momento en que ocurrieron los hechos que dieron lugar a la desaparición.”⁴⁰

“A su turno, la doctrina sostiene que la naturaleza jurídica de la desaparición forzada es de carácter continuado, y que se encuentra constituida por un conjunto de actos que se extienden en el tiempo. Así se ha reconocido:

‘El fenómeno de las desapariciones forzadas en varios actos lesivos desde el momento de la desaparición hasta el encuentro del paradero de la víctima. Esta compartimentación tiene relevancia por el papel del tiempo en la consumación del delito y la competencia ratio temporis, ya que si el Estado ha violado en varios momentos, a partir de varios actos, los derechos de la persona humana en cuestión, las consecuencias siguen en el tiempo’⁴¹.

“Así pues, la razón fundamental para el trato especial que tiene la desaparición forzada, en cuanto al cómputo de la caducidad, es su carácter continuado y la extensión en el tiempo del estado de desaparición”⁴².

De la jurisprudencia que se deja transcrita, para la Sala resulta evidente que la interpretación de la regla consagrada en el artículo 136 del C.C.A., según la cual la caducidad de la acción de reparación opera al cabo de transcurridos “dos (2) años, contados a partir del día siguiente del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajo público o por cualquiera otra causa”, se debe entender en el sentido de la concurrencia de dos situaciones: el acaecimiento del hecho y el conocimiento por parte de la persona que considera afectados sus derechos por el hecho, omisión u operación administrativa.

En caso de que ambas situaciones se presenten de manera concomitante, el término de caducidad se contará a partir de la ocurrencia; en caso contrario se deberá tener en cuenta la fecha en la cual la presunta víctima hubiere tenido conocimiento del hecho, omisión u operación administrativa.

⁴⁰ Artículo 7º ley 589 de 2000.

⁴¹ Cita textual de la providencia: Sonia Parayre. La Desaparición Forzada de personas como violación continuada de los derechos humanos y su incidencia en la determinación de la competencia *ratione temporis* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En Revista IIDH. Vol. 29.1999. Pág. 29 a 67.

⁴² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de julio de 2011, Exp. 41037, C.P. Enrique Gil Botero.

De esta regla general la jurisprudencia ha derivado algunas subreglas –que se expondrán a título enunciativo– atinentes al momento a partir del cual puede considerarse que la supuesta víctima tuvo conocimiento del hecho dañoso, es decir, momento a partir del cual el daño se consolidó: *i)* en caso de falla del servicio médico-asistencial, el término de caducidad se contará a partir del diagnóstico definitivo; *ii)* en materia de falla del servicio judicial, el plazo para que opere el fenómeno de la caducidad empieza a correr a partir de la ejecutoria de la providencia que deja sin fundamento jurídico la medida de privación de la libertad o que ordena el levantamiento de las medidas cautelares sobre bienes muebles e inmuebles; *iii)* cuando la demanda de reparación directa tiene por objeto la declaratoria de responsabilidad patrimonial del Estado por actos que constituyan desaparición forzada, el término de caducidad comenzará a contarse a partir de la aparición de la persona o desde la fecha de ejecutoria de la correspondiente sentencia penal, tal como lo establece el artículo 7 de la Ley 589 de 2000; *iv)* en materia de ocupación de bienes inmuebles, el término de caducidad de la acción comenzará a transcurrir desde el momento en que finalice la obra pública o desde la inscripción de la limitación al derecho de propiedad en el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria; y, *v)* en punto a la caducidad de la acción de grupo⁴³, el término se contará a partir del conocimiento del daño por parte de la víctima o desde que la actividad dañosa haya cesado, lo cual se deberá determinar en cada caso concreto para los integrantes del grupo.

⁴³ En desarrollo de los anteriores planteamientos, en punto al cómputo de la caducidad de la acción de grupo, la Sala ha considerado:

“Como se advirtió antes, para concebir la lógica de la caducidad de la acción de grupo, hay que apartarse de aquella de las acciones ordinarias de tipo indemnizatorio, y en este sentido, la consagración de la “acción vulnerante” (a más de la configuración del daño) encuentra una razón de ser, en atención a la connotación plural que caracteriza la parte actora en las acciones de grupo.

“En efecto, la conformación del grupo es uno de los aspectos más complejos de esta acción, habida cuenta que todas las personas que lo integran, en virtud de lo establecido en la ley⁴³, deben detentar una condición de uniformidad en relación con una causa común que produce el daño. Al ser esto así, puede suceder que la constatación del daño no se pueda predicar de un número determinado de personas, es decir de un grupo cierto, en un concreto momento, sino que la conformación de éste, solo sea viable que se consolide, luego de un largo período; en este caso resultaría difícil o prácticamente imposible conformar un grupo desde la configuración del daño ya que sería necesario esperar a que el grupo se integre.

(...)

“Como se observa, con miras al mantenimiento de la acción de grupo, comprendida como instrumento en pro de la economía procesal y el acceso a la justicia, existen casos en que sin perjuicio de la oportunidad de las acciones ordinarias de tipo resarcitorio, no se puede contabilizar el término de su caducidad, a partir de la configuración del daño, sino a partir de la cesación de la acción vulnerante: acto, hecho, omisión u operación administrativos”

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 18 de octubre de 2007, Exp. AG-0029, C.P. Enrique Gil Botero.

De la misma manera, el cómputo del término de caducidad debe partir de la distinción fundamental entre daño continuado y daño instantáneo, teniendo en cuenta que no se puede confundir la ocurrencia del daño con la proyección de sus efectos en el tiempo.

Lo anterior no obsta para que el Juez de lo Contencioso Administrativo determine, a la luz de los hechos que le son presentados en la demanda, el momento en que la víctima tuvo conocimiento del hecho dañoso.

3.2.- El caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, de las pruebas aportadas al proceso se tienen acreditados los siguientes hechos:

1. Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, emitida por el Alcalde Municipal de Pupiales (Nariño), mediante la cual se otorgó la licencia de construcción para el *“Centro de servicios San Francisco ‘Estación Terpel’, al señor Luis Antonio Pantoja, identificado con c.c. No. 5.132.937 expedida en Pupiales, en el inmueble ubicado en el sector urbano de Pupiales, comprendido entre los siguientes linderos ...”* (fl. 11 a 12 c 1).

2. Copia auténtica del proceso contencioso administrativo de nulidad y restablecimiento del derecho identificado con la radicación No. 7881, que se adelantó ante el Tribunal Administrativo de Nariño contra la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 (c 5); en dicho proceso judicial se adelantaron las siguientes actuaciones:

a) Libelo de demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que presentó el señor Richard Flórez Carvajal contra la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, emitida por la Alcaldía Municipal de Pupiales, Nariño (fl. 1 a 8 c 5);

b) Auto del 23 de agosto de 1996, emitido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante la cual se decidió admitir la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 y se suspendieron sus efectos por cuanto *“se da el caso de que existe infracción manifiesta de la Resolución 8-2588 de 1994 (Decreto 353 de 1991)”*

al haberse privado a terceros del derecho a (sic) ejercer oposición a la concesión del permiso o licencia, ya que la acción propuesta en la demanda es la de Nulidad del Acto Administrativo Resolución 01 del 25 de junio de 1996, por lo cual el Tribunal de conformidad con el artículo 152 del C.C.A. (modificado por el Art. 31 del Decreto 2304 de 1989 decretará la suspensión provisional de los efectos (art. 238 C.N.) de dicho acto” (fl. 76 a 81 c 5);

c) Sentencia del 24 de abril de 1997, emitida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el marco del proceso No. 7881, en la cual se decidió: *“Declarar la nulidad de la Resolución No. 001 de fecha 25 de junio de 1996, proferida por la Alcaldía Municipal de Pupiales mediante la cual se otorga licencia de construcción urbana en el municipio de Pupiales para la construcción del Centro de Servicios San Francisco ‘Estación Terpel’ al señor Luis Antonio Pantoja” (fl. 157 a 168 c 5), decisión cuyo fundamento consistió en que “[a]l no haberse dado estricto cumplimiento a lo ordenado en el artículo 30 de la Resolución 8-2588 de 1994, existe manifiesta infracción a la mentada resolución al haberse privado a terceros del derecho de ejercer oposición a la concesión del permiso o licencia solicitada” (fl. 167 c 5);*

d) Memorial del 6 de mayo de 1997, mediante el cual el señor Richard Flórez Carvajal apeló el anterior proveído por cuanto consideró que *“debió condenarse al Municipio [de Pupiales] al pago de los perjuicios que con la actuación administrativa viciada se causó a la Asociación de Camioneros ...” (fl. 172 a 173 c 5);*

e) Auto del 9 de mayo de 1997, emitido por el Tribunal Administrativo de Nariño, mediante el cual se concedió el recurso de apelación interpuesto por el señor Richard Flórez Carvajal (fl. 175 c 5);

f) Auto del 8 de julio de 1997, emitido por la Sección Primera del Consejo de Estado, en el cual se admitió el recurso de apelación interpuesto por el señor Richard Flórez Carvajal (fl. 183 c 5);

g) Auto del 18 de noviembre de 1997, emitido por la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante el cual se ordenó la notificación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 al señor Luis Antonio Pantoja con el fin de integrarlo al

proceso como interesado en las resultas del proceso, para así sanear la nulidad del proceso No. 7881 (fl. 188 a 189 c 5);

h) Acta de la diligencia de notificación personal al señor Luis Antonio Pantoja de la demanda instaurada por el señor Richard Flórez Carvajal contra la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 (fl. 206 c 5); el interesado guardó silencio;

i) Sentencia del 19 de marzo de 1998, emitida por la Sección Primera del Consejo de Estado, mediante la cual se confirmó la sentencia de primera instancia emitida por el Tribunal Administrativo de Nariño en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho radicado con el número 7881, cuya ejecutoria transcurrió entre el 27 y el 31 de marzo de 1998 (fl. 210 a 223 c 5).

Con el fin de determinar la fecha a partir de la cual se debe iniciar el cómputo de la caducidad de la acción en el presente caso concreto se debe tener en cuenta que en la redacción del artículo 136 del C.C.A., vigente para la época en que ocurrieron los hechos disponía que la acción de reparación directa *“caducará al vencimiento del plazo de dos (2) años, contados a partir del acaecimiento del hecho, omisión u operación administrativa o de ocurrida la ocupación temporal o permanente del inmueble de propiedad ajena por causa de trabajos públicos”*, razón por la cual se hace necesario determinar el momento en que se consolidó el perjuicio alegado por la parte actora.

Según el municipio de Pupiales, la acción de reparación directa que ahora se decide en segunda instancia se habría presentado por fuera del término de caducidad por cuanto su término debe contarse a partir de la notificación que le hizo al señor Luis Antonio Pantoja la mencionada entidad territorial respecto de la suspensión provisional de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, la cual se hizo efectiva mediante la Resolución 930 del 19 de septiembre de 1996, argumento que no está llamado a prosperar por la naturaleza misma de la medida cautelar de la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos.

La suspensión provisional encuentra su fundamento constitucional en el artículo 238 de la Carta Política⁴⁴, a cuyo tenor:

“ARTICULO 238. La Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo podrá suspender provisionalmente, por los motivos y con los requisitos que establezca la ley, los efectos de los actos administrativos que sean susceptibles de impugnación por vía judicial”.

Por su parte, el artículo 152 del C.C.A., estableció los requisitos para la procedencia de la medida cautelar en comento, a saber:

“ARTICULO 152. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSION. El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

“1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

“2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

“3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor”.

Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia, ha desarrollado y decantado los anteriores requisitos en el marco de las diferentes acciones judiciales que se ventilen ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo. Así, en sentencia de 1951, la Corporación afirmó:

“Tiene repetido la jurisprudencia del Consejo de Estado que en tratándose de la acción de simple nulidad la suspensión provisional únicamente procede cuando entre el acto acusado y una norma superior existe, a primera vista, un choque ostensible, claro y manifiesto, sin que sea necesario hacer un estudio de fondo sobre el problema debatido. Cuando de ese estudio superficial no aparezca esa flagrante oposición, no puede decretarse suspensión provisional, porque todo acto administrativo lleva implícitamente una presunción de legalidad”⁴⁵.

De manera más reciente, esta Sección explicó la naturaleza jurídica de la medida cautelar que se analiza:

⁴⁴ La Constitución de 1886, en el artículo 191 consagró la institución, la cual fue desarrollada legislativamente en el artículo 59, ordinal d) de la Ley 130 de 1913.

⁴⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 13 de enero de 1951, C.P. Daniel Anzola Escobar.

“A partir de esta norma, se deduce que la suspensión provisional es una medida cautelar de carácter material, como quiera que, con su decreto, se suspende el atributo de la fuerza ejecutoria de que goza el acto administrativo, con la finalidad de proteger los derechos subjetivos o colectivos que pueden infringirse con la aplicación o concreción del acto administrativo cuya constitucionalidad o legalidad se cuestiona. No obstante, para que proceda, deben observarse los siguientes parámetros formales y materiales:

“a) La medida debe solicitarse y sustentarse en la demanda, o en escrito separado, además, no es posible su formulación genérica, sino que, como requisito de procedibilidad, debe fundamentarse, expresamente.

“b) Si la acción es de simple nulidad -art. 84 CCA.-, basta acreditar la infracción manifiesta del acto acusado a los preceptos de rango superior; pero esta discrepancia debe ser fácilmente apreciable, es decir, perceptible por el juez, sin necesidad de recurrir a instrumentos hermenéuticos o análisis probatorios.

“c) Ahora, si la acción es distinta a la de nulidad, además de indicar la violación a la norma superior, debe probarse, al menos sumariamente, el posible perjuicio o detrimento que generaría la aplicación del acto demandado, y cuya suspensión se pretende⁴⁶. En relación con este requisito, la Sala ha indicado:

‘El legislador ha establecido ciertos requisitos para la prosperidad de la medida cautelar de la suspensión provisional por cuanto ante todo se presume la legalidad de los actos administrativos y por ello es indispensable que quien pretenda desvirtuarla asuma su carga de prueba (art. 177 C. de P. C.) y demuestre en forma sumaria el perjuicio grave que la ejecución de los actos demandados le causa o le pudiera causar en el futuro, exigencia contenida en el ordinal 3º. del artículo 152 del C.C.A. y sobre la cual no es suficiente la simple conjetura de un perjuicio o que éste pueda suponerse en forma más o menos razonada por el juzgador, omisión que sería suficiente para denegar la suspensión provisional solicitada⁴⁷

“d) También es necesario que los efectos del acto no se hayan materializado definitivamente; de lo contrario, la medida cautelar sería inocua, y carecería de objeto y sentido⁴⁸. No obstante, en cada caso se deberá apreciar esta situación, pues un acto administrativo que tenga la potencialidad de producir más efectos, luego de haber generado algunos, también requiere ser suspendido, para evitar los daños que pudiera llegar a producir.

“Ahora bien, la importancia de la suspensión provisional, como medida cautelar, impone a la Sala, al resolver este tipo de solicitudes, la tarea de determinar, anticipadamente –verificando los requisitos que establece la

⁴⁶ Cita textual del auto: Si la acción es la contractual, debe precisarse que no es posible solicitar la suspensión provisional del contrato estatal objeto de la controversia, mas sí la de los actos administrativos proferidos por la entidad contratante que se produzcan con ocasión de aquél. En ese sentido ver sentencia de 18 de julio de 2002, exp. 22477, C.P. Alir E. Hernández Enríquez.

⁴⁷ Cita textual del auto: Auto de enero 21 de 1999, exp. 15111, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁴⁸ Cita textual del auto: Al respecto, ver sentencia de 18 de julio de 2002, exp. 22.477.

ley-, si una norma, sobre la cual no se dictará sentencia aún, se ajusta al ordenamiento jurídico superior, materializando así la autocomprensión que la Corporación debe tener acerca de que el control a la administración es posible hacerlo -y así debe ser- de manera pronta y oportuna, con ayuda del instituto de la suspensión provisional, con el cual se alcanza un sistema de justicia administrativa más rápido y eficiente, por lo menos en lo que al control de legalidad se refiere.

“En tal sentido, son expresivas las palabras del tratadista Eduardo García de Enterría, quien diserta sobre la suspensión provisional: “[e]s importante referirse ahora (...), [a] la puesta a disposición del juez contencioso-administrativo de una panoplia de medidas cautelares de que hoy carecen. La única medida cautelar de que ahora se dispone es la suspensión de la ejecución del acto impugnado, pero ustedes saben bien que no es una medida eficaz frente a denegaciones, frente a inactividades, frente a decisiones que a veces son adoptadas, por qué no decirlo, como un abuso, cínico, incluso, de la potestad de decisión previa y que echa resueltamente sobre los administrados la obligación de emprender largos recursos al final de los cuales, problemáticamente, podrá encontrar una reparación. Hay que decir resueltamente que el mantenimiento del sistema estricto de la decisión previa no puede sostener más que el precio de un aumento sustancial del ámbito de las medidas cautelares a disposición del juez contencioso (...) no existe el menor problema de poner a disposición del Juez una amplia gama de medidas cautelares, única forma de luchar contra el uso abusivo de la decisión previa como arma utilizada fuera de su justificación material”⁴⁹⁵⁰

En similar dirección, en sentencia de 2010, la Sección afirmó:

“La suspensión provisional, hoy prevista en el artículo 238 de la Constitución Política, y que había sido regulada por el artículo 152 del Código Contencioso Administrativo -C.C.A.- (artículo 31 del Decreto 2304 de 1989) en vigencia de la anterior Carta Política, fue concebida para la defensa del ordenamiento superior de las eventuales agresiones de actos administrativos, que amparados en su presunción de legalidad, incurran en una ilegalidad manifiesta.

“Ilegalidad que emerge de la mera comparación del acto administrativo impugnado con textos normativos superiores que se aduzcan como desconocidos por la Administración, sin que se requiera efectuar un mayor estudio a la confrontación directa de sus contenidos.

“Con la adopción de esta medida cautelar se detienen temporalmente los efectos de los actos administrativos y, por lo mismo, se suspende su fuerza obligatoria (arts. 238 superior, 66 No. 1 y 152 del C.C.A.).

“En este sentido, esta figura excepcional y restrictiva es corolario directo del principio de legalidad (preámbulo, artículos 1, 6, 121 y 122 C.N.) y

⁴⁹ Cita textual del auto: Hacia una nueva justicia administrativa, segunda edición, Civitas, Madrid, 1992. Pág. 65.

⁵⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 6 de agosto de 2009, Exp. 36841, C.P. Enrique Gil Botero.

*tiene por thelos sancionar, como lo ha señalado esta Corporación, la rebeldía de la Administración ante mandatos superiores*⁵¹.

(...)

“Por lo tanto, la procedencia de la suspensión provisional de un acto administrativo está condicionada a que la violación al ordenamiento jurídico que se le imputa al mismo sea evidente, ostensible, notoria, palmar, a simple vista o prima facie.

“Conclusión a la que se debe llegar, según ha dicho la Sala, mediante un sencillo y elemental cotejo directo entre el acto administrativo demandado y las normas que se invocan como transgredidas, en un proceso comparativo a doble columna, que no requiere de mayores esfuerzos interpretativos o probatorios.

*“De modo que, en el caso de requerir un análisis profundo o un estudio de igual naturaleza de los medios probatorios aducidos con la demanda, no resulta posible su decreto, y las consideraciones de legalidad o ilegalidad en torno al acto se deben posponer para la sentencia”*⁵².

Acerca de los efectos de la suspensión provisional, de tiempo atrás la Corporación ha forjado una posición constante y coherente según la cual, al tratarse de una medida cautelar, la decisión de suspender los efectos de un acto administrativo no afecta su validez sino su eficacia, es decir, no constituye un pronunciamiento de fondo con carácter permanente sobre la validez del acto administrativo sino que, al cumplirse los requisitos legalmente establecidos para ello, se opta por evitar que un acto administrativo surta efectos hasta tanto se decida de fondo sobre su legalidad, razón por la cual la suspensión de los efectos de un acto administrativo es provisional, temporal y accesorio. Así lo puso de presente el concepto que emitió la Sala de Consulta y Servicio Civil, en el cual se afirmó:

“Considerada en abstracto, la suspensión provisional dice relación a la inaplicabilidad del acto, por cuanto al quedar desvirtuada su presunción de legalidad, se hizo posible la orden de no darle efectividad. De ahí que la petición de suspensión provisional procesalmente sea una acción cautelar y accesorio de una petición principal de nulidad.

“De manera que la suspensión provisional cuya finalidad consiste en evitar, transitoriamente, la aplicación del acto, no puede confundirse con el efecto de la sentencia definitiva de nulidad, así coincidan una y otra en obligar a la administración.

⁵¹ Cita textual del fallo: CONSEJO DE ESTADO, SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN TERCERA, Auto de 28 de junio de 1990, C.P. Gustavo de Greiff Restrepo, S.V. Carlos Betancur Jaramillo.

⁵² Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 18 de marzo de 2010, Exp. 37785, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

“Es cierto que la sentencia definitiva puede absorber los efectos de la suspensión provisional, pero también hacer cesar tales efectos, en cuanto no prospere la acción de nulidad; se entiende así que la inaplicabilidad del acto suspendido solo puede ser transitoria, mientras no sea anulado o declarado válido definitivamente por la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

“Cuando se produce la decisión definitiva cesa la situación de provisionalidad creada por el auto de suspensión, de manera que si el acto acusado no se anula recobra su eficacia temporalmente suspendida y si, por el contrario, se declara nulo, definitivamente desaparece.

“Estas características de la suspensión provisional, si no permiten asimilarla a la nulidad declarada judicialmente, tampoco la hacen compaginable con la declaración de inexecutable; mientras aquella es una medida cautelar, por definición de carácter temporal, ésta implica un juzgamiento de mérito y definitivo sobre un acto.

“La suspensión provisional en sí no implica insubsistencia del acto, es un juzgamiento provisional del mismo, mientras se profiere sentencia que decida el infringe o no las disposiciones de jerarquía superior invocadas en la demanda. Por consiguiente, con la misma provisionalidad esta medida cautelar tiene efectos ex tunc, desde cuando el acto tuvo vigencia, no idénticos, pero semejantes a los de la sentencia que declare su nulidad. Se diferencian en que, mientras ésta es definitiva, aquella es temporal o transitoria. De donde se deduce que, ejecutoriada el auto que disponga la suspensión provisional de un acto, recobra vigencia el que fuere sustituido o subrogado por éste, mientras se profiere sentencia definitiva que declare su nulidad o la deniegue”⁵³.

En similar dirección a la reseñada, la Sección Primera de la Corporación ha señalado:

“... la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos constituye una excepción a la presunción de legalidad que ampara las decisiones de la Administración, medida que sólo es procedente en cuanto los mismos infrinjan en forma ostensible las normas superiores en que se fundamente la solicitud, como quiera que al tratarse de una medida cautelar su finalidad es evitar que mientras se decide en forma definitiva sobre la nulidad del acto cuestionado, éste continúe surtiendo efectos y, por consiguiente, siga vulnerando normas de rango superior”⁵⁴.

Como consecuencia de lo anterior la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo no puede tener efectos sobre las situaciones que se hayan consolidado con anterioridad a su declaratoria, por ello la Sala ha afirmado:

⁵³ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 24 de abril de 1981, Exp. 1511, C.P. Jaime Paredes Tamayo.

⁵⁴ Consejo de Estado, Sección Primera, auto del 27 de enero de 2005, Exp. 11001-03-24-000-2004-00203-01, C.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta.

“... cabe mencionar la improcedencia de la suspensión provisional en este caso, como quiera que esta figura busca suspender los efectos de los actos administrativos, esto es, que mientras se tramita el proceso en el que se decidirá sobre la legalidad del acto, éste no produzca efectos. Cabe señalar que la decisión de suspensión provisional no permite retrotraer situaciones al estado inicial, efectos que solo son propios de la sentencia anulatoria, de tal manera que si el acto en relación con el cual se pretende la suspensión de sus efectos, ya los produjo, la figura es improcedente, a menos que se trate de efectos prolongados en el tiempo, esto es, que se van dando de manera sucesiva”⁵⁵.

De la misma manera, sólo se podrá acceder a la suspensión provisional en aquellos casos en que los efectos de un acto administrativo o el acto administrativo mismo –y solamente un acto administrativo puesto que se excluyen los contratos estatales de su campo de acción– se encuentren vigentes⁵⁶, por ello se ha señalado:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 152 del C.C.A, la procedencia de la suspensión provisional se regula de manera diferente, según el tipo de acción de que se trate; si el actor está ejerciendo una acción de simple nulidad, es suficiente –además de la solicitud oportuna, expresa y sustentada–, con que exista infracción manifiesta entre el acto acusado y una de las normas de superior jerarquía invocadas en la demanda, infracción que se puede constatar ‘por confrontación directa o mediante los documentos públicos aducidos en la solicitud’. Si la acción ‘es distinta de la de nulidad’, es menester, además, demostrar así sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto causa o podría causar al actor.

“En este último caso, la jurisprudencia ha precisado que, por tratarse de una medida cautelar, su procedencia quedará obstaculizada cuando el acto se ha cumplido y sus efectos - y por consiguiente el perjuicio - se ha consumado.”⁵⁷

(...)

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 27 de enero de 2005, Exp. 27997, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

⁵⁶ Esta regla general ha sido objeto de excepciones por parte de la Sección Segunda de la Corporación en aquellos casos de actos administrativos de separación del cargo cuyos efectos se producen de manera inmediata; así lo conceptuó la Sala de Consulta y Servicio Civil tras hacer un recuento de la jurisprudencia pertinente:

“El recuento de la jurisprudencia de esta Corporación, permite a la Sala formular estos planteamientos: que por regla general, la suspensión provisional solo procede cuando los efectos del acto administrativo objeto de la medida cautelar no se hayan cumplido, que la consecuencia natural de la orden judicial consiste en interrumpir la producción de los efectos que no se hayan causado; que en los casos considerados por la jurisprudencia de la Sección II del Consejo de Estado en que se proceda a suspender provisionalmente un acto de retiro del servicio, debe estarse a lo que fije la providencia que dio la orden de suspensión” (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto del 1 de noviembre de 2006, Exp. 1776, C.P. Enrique José Arboleda Perdomo).

⁵⁷ Cita textual de la providencia: Consejo de Estado. Sección Cuarta, Autos del 7 de julio de 1988, exp. 1301 y del 28 de febrero de 1980, exp. 6451. Sección Primera, Auto del 27 de enero de 1994, exp. 2729.

“En primer lugar se debe señalar que los contratos no pueden ser objeto de la medida de suspensión provisional, prevista en el art. 152 del C.C.A.

“En efecto, el artículo 238 de la Constitución Política prevé la competencia de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, susceptibles de impugnación por vía judicial, y deja en manos de la ley la determinación de los motivos y requisitos para que tal cosa ocurra.

“De ello se encarga el artículo 152 del C.C.A. que, como se dijo, señala las condiciones necesarias para que el juez suspenda los efectos del acto, de cuyo contenido se deduce que, si bien dicha medida resulta procedente no solo en las acciones de nulidad y de restablecimiento del derecho, sino incluso en las contractuales⁵⁸, queda limitada, en todo caso, a los actos administrativos unilaterales quedando excluidos, por consiguiente, los contratos estatales.

“Tal conclusión resulta coherente con la regulación que, de estas materias hace el derecho colombiano, pues, mientras los efectos del acto administrativo unilateral se producen por los privilegios y propiedades que le son inherentes, y que se motivan en el ejercicio del poder del Estado para la satisfacción del interés general (artículos 209 de la Constitución Política, 64 y 65 del C.C.A.), razón por la cual, se producen con o sin el consentimiento del administrado o aún en contra de él, el contrato –en tanto acto jurídico bilateral que es– requiere, para producir efectos, del consentimiento del contratista”⁵⁹.

La doctrina nacional ha desarrollado la suspensión provisional en los mismo términos. Así, para el tratadista Jaime Orlando Santofimio:

“La suspensión provisional de los actos administrativos establecida en el artículo 238 C.N. y desarrollada por los artículos 152 y siguientes [del] CCA constituye un importante instrumento de naturaleza cautelar, temporal y accesorio, tendiente a evitar que actos manifiestamente contrarios al ordenamiento jurídico puedan continuar surtiendo efectos mientras se decide de fondo su constitucionalidad o legalidad en el proceso donde se hubiere decretado”⁶⁰.

En similar dirección, Ciro Güecha Medina afirmó:

“La figura de la suspensión provisional de los actos administrativos implica privar de los efectos, de la obligatoriedad o perder fuerza obligatoria de manera temporal. No significa entonces que el acto administrativo deje de

⁵⁸ Cita textual de la providencia: Consejo de Estado. Sección Tercera. Auto del 25 de junio de 1999.

⁵⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 18 de julio de 2002, Exp. 22477, C.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez.

⁶⁰ Jaime Orlando Santofimio Gamboa, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, U. Externado, 2004, p. 482.

existir en la vida jurídica, por cuanto para que así lo hiciera tendría que haber sido anulado por el juez del proceso”⁶¹.

La doctrina, para citar solamente la nacional, también ha identificado la incontrovertible relación que existe entre la posibilidad de adoptar medidas cautelares y el derecho fundamental de acceder a la Administración de Justicia, por ello se ha afirmado que:

“... existe en la actualidad cierto consenso en el sentido de que la efectividad de la tutela judicial o del acceso a la Administración de Justicia no es real sin la adecuada implementación y operatividad de un conjunto de medidas cautelares que asegure el cumplimiento de la sentencia, así como la evitación de perjuicios irreparables para quien desde el inicio del litigio tenía toda la apariencia de estar asistido por la razón jurídica, pero debía aguardar a las resultas del juicio con el fin de obtener la materialización de su derecho ...

(...)

“Acertan plenamente, entonces, quienes señalan que las medidas cautelares permiten y aseguran que los ciudadanos mantengan la confianza en la Administración de Justicia gracias a que cuando se profiera la sentencia, la misma podrá tener aún vigencia real y generar una sensación de justicia entre sus destinatarios; las medidas cautelares no son otra cosa que garantías puestas en manos de los ciudadanos y que han de ser operadas por los jueces, con el propósito de que aquéllos no vean burlados sus derechos o intereses después de dispendiosos procesos en los cuales, si bien se accede a sus pretensiones, no se consigue la auténtica realización del derecho sustancial reclamado. Así pues, las medidas cautelares buscan garantizar que el objeto litigioso permanecerá inalterado a lo largo de toda la pendencia del proceso para que la sentencia pueda proyectar sus efectos sobre la misma realidad existente al momento de la iniciación del pleito”⁶².

Así las cosas, a luz de lo anteriormente reseñado, la suspensión provisional – medida cautelar clásica en lo Contencioso Administrativo– tiene como finalidad la cesación temporal de los efectos que pueda producir el acto administrativo cuando se cumplan los requisitos que el ordenamiento jurídico establece para ello –para el caso de los actos demandados en acción de nulidad y restablecimiento:

⁶¹ Ciro Nolberto Güecha Medina, *Derecho procesal administrativo*, 2ª edición, Ed. Ibáñez, 2008, p. 427 a 428.

⁶² “Medidas Cautelares”, en Consejo de Estado y Contraloría General de la República, *Memorias del Seminario Internacional de Presentación del Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, 2011, p. 330 y 331. En similar dirección, para Daniel Castaño: “La protección o garantía cautelar se puede definir como la anticipación provisoria de ciertos efectos previsibles de la providencia definitiva tendiente a prevenir, mediante la conservación o la constitución de un estado de hecho y de derecho, la causación de un daño marginal como consecuencia de la concreción de tal o cual riesgo que circunde las condiciones fácticas y jurídicas de la litis o, simplemente, por el retardo mismo de la declaración definitiva debidamente ejecutoriada que la resuelva de fondo, garantizando con ello el buen fin del proceso principal, la eficacia real y práctica de la acción judicial impetrada y, por consiguiente, la efectiva obtención de justicia”, “La protección cautelar en el Contencioso Administrativo Colombiano: hacia una justicia provisional”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 4, U. Externado, 2010, p. 310.

apreciación *prima facie* de la infracción de normas superiores y prueba sumaria del perjuicio alegado— con lo cual se busca evitar la posibilidad de la concreción de los eventuales perjuicios irremediables que pudiere producir la ejecución del acto administrativo en cabeza de quien lo demanda, pero no excluye definitivamente el acto administrativo del ordenamiento jurídico, decisión ésta que se reserva a la providencia que pone fin al proceso, único momento en que la presunción de legalidad de los actos administrativos puede declararse desvirtuada por completo.

En este sentido, se reitera, la suspensión provisional, como medida cautelar que es, afecta la eficacia del acto administrativo pero no su validez, de allí que sus efectos sean *ex tunc*, mientras que, por regla general, los de la decisión definitiva lo son *ex nunc*.

Por lo anterior, si la suspensión provisional de los efectos de un acto administrativo no lo excluye del ordenamiento jurídico, la consolidación del daño que alega en este proceso la parte actora —la nulidad del acto— no pudo producirse con aquella decisión sino con la providencia que puso fin al proceso, razón por la cual no le asiste razón a la parte demandada en punto a la alegada caducidad de la acción de reparación directa que ahora se decide en segunda instancia.

Para la Sala el término de caducidad debe, entonces, contarse a partir del momento en que cobró ejecutoria la sentencia que declaró nula la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, contentiva del acto administrativo mediante el cual se le otorgó la licencia de construcción de la “Estación de servicios San Francisco ‘Estación Terpel’” al señor Luis Antonio Pantoja, esto es el 3 de abril de 1998, fecha en la cual quedó en firme la sentencia de segunda instancia que emitió la Sección Primera del Consejo de Estado en el proceso No. 4462⁶³.

Se podría argumentar, sin embargo, que el término de caducidad de la acción debería contarse a partir de un momento anterior en el entendido en que el señor Luis Antonio Pantoja, beneficiario de la licencia de construcción, tuvo conocimiento

⁶³ Esto es 3 días después de la desfijación del edicto No. 070, en los términos del artículo 331 del C. de P.C., en la redacción vigente para la época, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 331. Las providencias quedan ejecutoriadas y son firmes tres días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos. No obstante, en caso de que se pida aclaración o complementación de una providencia, su firmeza sólo se producirá una vez ejecutoriada la que la resuelva.

“Las sentencias sujetas a consulta no quedarán firmes sino luego de surtida ésta”.

del proceso y, por tanto, de la anulación en primera instancia de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 el 15 de enero de 1998, puesto que a partir de esa fecha se le corrió traslado de la actuación judicial para que alegara la nulidad del proceso, frente a lo cual guardó silencio y que, por el otro, el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Administrativo de Nariño versó exclusivamente acerca de la negativa de ordenar el restablecimiento del derecho, por lo cual se podría afirmar que la nulidad de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 habría producido sus plenos efectos el 20 de enero de 1998, en atención a lo normado en el inciso 7 del artículo 354 del C. de P. C., en su redacción vigente al momento de presentación de la demanda, a cuyo tenor:

“ARTÍCULO 354. Podrá concederse la apelación:

"Cuando la apelación en el efecto suspensivo o diferido se haya interpuesto expresamente contra una o varias de las decisiones contenidas en la providencia, las demás se cumplirán, excepto cuando sean consecuencia de las apeladas, o si la otra parte hubiere interpuesto contra ellas apelación concedida en el efecto suspensivo o en el diferido".

Sin embargo, atendiendo las competencias propias del juzgador de segunda instancia y las particularidades inherentes a todo proceso judicial, resulta evidente que en el marco de los procesos que cursan ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo la anulación de un acto no detenta el carácter de definitiva hasta tanto quede ejecutoriada la sentencia que decide el recurso de apelación, cuando éste se ha presentado en debida forma y dentro de los términos legales.

Frente al particular, por vía analógica, es pertinente traer a colación aquello que ha afirmado esta Sección en torno a la fecha a partir de la cual debe contarse el término de caducidad de la acción de reparación directa en casos en los cuales se ventile la privación injusta de la libertad, respecto de lo cual se ha señalado:

“Como se puede apreciar en los antecedentes están planteadas dos posiciones frente a la fecha que se debe tener en cuenta para contar el término de caducidad.

“En primer lugar el Tribunal considera que se debe tener en cuenta la sentencia de primera instancia (febrero de 2003), ya que en esta fue donde se absolvió al demandante y fue el momento a partir del cual se configuró el daño antijurídico, situación esta que no podía ser modificada por la decisión de segunda instancia, pues la misma no fue controvertida por las partes facultadas para ello (Fiscalía General de La Nación, Ministerio Público y apoderado judicial del imputado).

“Por otro lado tenemos la posición del recurrente, la cual coincide con la planteada en el salvamento de voto, donde se establece que la providencia que puso fin al proceso y por consiguiente absolvió de manera definitiva al imputado, fue la sentencia de segunda instancia, debido a que, en ningún momento se rompió la unidad procesal, por ello, el Juez de Segunda instancia podía modificar la situación jurídica del imputado.

“La situación aquí planteada ya fue objeto de estudio por la Sección Tercera de esta Corporación mediante auto del diecinueve (19) de julio de dos mil diez (2010)⁶⁴, el cual compartimos en su totalidad y fue en los siguientes términos:

‘Para la Sala no es de recibo el argumento expuesto por el Tribunal A Quo, según el cual el término de caducidad se debe contar a partir de la ejecutoria de la sentencia de primera instancia, tesis que fundamentó en el hecho de que dicha providencia resolvió la situación de varios procesados y que, como resultó favorable para el señor Quintero sin que hubiere recurrido la sentencia de primera instancia, debe entenderse que el superior jerárquico no podía reformar la decisión, caso en el cual el daño se habría consolidado a partir de ese momento.

‘De conformidad con lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 600 de 2000, contentiva del Código de Procedimiento Penal vigente a la fecha en la cual se dictaron las sentencias de primera y de segunda instancia dentro del proceso penal, “por cada conducta punible se adelantará una sola actuación procesal, cualquiera que sea el número de autores o partícipes”, lo que lleva a concluir que las conductas punibles conexas se investigan y juzgan conjuntamente.

‘Una vez proferida la sentencia de primera instancia, las partes que tengan interés jurídico en impugnarla podrán interponer el recurso de apelación, el cual se concederá en el efecto suspensivo (art. 193 C. de P.P.). Precluido el término para sustentarlo, se ordenará el traslado común a las partes que no hayan recurrido la sentencia (art. 194 ibídem). En todo caso, la competencia del juez de segunda instancia “se extenderá a los asuntos que resulten inescindiblemente vinculados al objeto de la impugnación” (art. 204 ib).

‘La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia también ha afirmado que “las conductas punibles conexas deben ser investigadas y juzgadas conjuntamente, estableciéndose de este modo una unidad procesal (...)”⁶⁵.

“Queda claro para esta Corporación que en aquellos casos en los cuales exista un número plural de imputados, y se mantenga la unidad procesal, como el caso en estudio, se tomará, para contar el término de caducidad la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia”⁶⁶.

⁶⁴ Cita textual del fallo: C.E. Sección Tercera, 19 de julio de 2010, Exp. 25000-23-26-000-00236-01 (37410).

⁶⁵ Cita textual del fallo: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 3 de junio de 2009. Rad: 31.912.

Teniendo en cuenta, por un lado, que la ejecutoria de la sentencia mediante la cual se resolvió el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia del 24 de abril de 1997 emitida por el Tribunal Administrativo de Nariño, en el marco del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, se cumplió el 3 de abril de 1998, será a partir de ésta última fecha que se debe iniciar el cómputo de caducidad de la acción de reparación directa, puesto que a partir de ese momento se consolidó el daño alegado por la parte actora y, por el otro, dado que la demanda que ahora se decide en segunda instancia se presentó el 21 de septiembre de 1999 (fl. 1 c 1), la Sala encuentra que en el presente caso concreto no operó el fenómeno de caducidad.

4. La responsabilidad de la entidad pública demandada.

Según jurisprudencia constante de esta Sala, para que se pueda declarar la responsabilidad extracontractual del Estado, el juez debe verificar la existencia de tres elementos, a saber: *i)* la existencia de un daño antijurídico; *ii)* la imputación del daño a la acción u omisión de la Autoridad Pública; y *iii)* el nexo de causalidad existente entre el daño y la imputación. De esta manera, el primer elemento a analizar es el daño que debe ser existente y cierto, actual o futuro.

En este orden de ideas le corresponde a la Sala determinar si en el presente caso concreto la nulidad judicialmente decretada de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 le causó un daño antijurídico al señor Luis Antonio Pantoja y si dicha decisión judicial fue el producto de una conducta imputable a la entidad pública demandada.

4.1. La licencia de construcción como acto administrativo favorable.

Para determinar la existencia del daño en cabeza del señor Luis Antonio Pantoja, la Sala deberá hacer un análisis acerca de la naturaleza jurídica de la licencia de construcción, lo anterior en atención a las diversas posiciones jurisprudenciales que se han desarrollado en torno a su carácter y consecuencias patrimoniales para el beneficiario de ese tipo de actos administrativos.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 6 de octubre de 2010, Exp. 38099, C.P. Olga Valle de la Hoz.

Frente a las consecuencias jurídicas y económicas en el patrimonio del beneficiario de la licencia de construcción, la Sección Primera de esta Corporación ha adoptado dos posiciones diferentes, así:

i) La primera posición niega el carácter patrimonial de la licencia de construcción, por cuanto se trata de una expresión del poder de policía que dado su carácter autorizatorio no impacta favorable o desfavorablemente el patrimonio jurídico o económico de su beneficiario⁶⁷. En sentencia de 1999, la Sección Primera afirmó:

*“La Sala observa que las razones esgrimidas por el a quo en cuanto al derecho de propiedad se refiere, reclamado como violado en el tercero de los cargos consignados en la demanda, no son acertadas, puesto **que la licencia de construcción aludida, si bien hace viable el ejercicio del mismo, lo cierto es que nada le agrega a sus elementos o atributos, y menos genera derecho adquirido en favor de sus beneficiarios, habida consideración de que se trata de un medio propio del poder de policía, como es el permiso o la autorización, que tiene fundamento en el mantenimiento o guarda del orden público.***

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

“Ello tiene fundamento, entre otras disposiciones, en la segunda parte del primer inciso del artículo 58 de la Constitución, al establecer que “Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”. Y bien es sabido que las normas de contenido policivo, como las ordenamiento urbano y uso del suelo, se expiden consultando el interés social.

(...)

“Además, debe tenerse en cuenta que el precitado artículo 58 de la Constitución consagra el principio de que la propiedad es una función social que implica obligaciones. De ahí que la propiedad privada puede ser

⁶⁷ Apoyan esta posición los doctrinantes Víctor David Lemus Chois, “Licencias e infracciones urbanísticas”, en J. Pinilla y M. Rengifo (Coord.), *La ciudad y el derecho*, Temis, Bogotá, 2012, p. 409 a 426; y Jaime Orlando Santofimio, “Carácter colectivo de las licencias urbanísticas bajo los presupuestos del Estado Social y Democrático de Derecho. La ruptura del individualismo clásico en el procedimiento administrativo y la decisión administrativos de licencia urbanística”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 2, 2009, U. Externado, p. 3 a 82.

objeto de diversas formas de limitación, con sujeción al ordenamiento jurídico y a la justificación legítima en cada caso.

“Lo anterior no quiere decir que tales actos queden sujetos al arbitrio y capricho de los funcionarios o autoridades pertinentes, ni que sus beneficiarios estén privados de las garantías procesales y de la protección de los derechos patrimoniales que eventualmente resulten lesionados cuando deban ceder ante el interés común, sino que su vigencia o eficacia queda dependiendo de las circunstancias fácticas y jurídicas propias de la materia de cada momento” (negritas por fuera del texto)⁶⁸.

ii) En una segunda posición, por su parte, se reconoció de manera incontrovertible el carácter patrimonial y favorable⁶⁹ del acto administrativo mediante el cual se otorga una licencia de construcción, particularmente para efectos de determinar el régimen jurídico de la revocatoria directa⁷⁰. En sentencia de 2000, se consideró:

“Desde dicha perspectiva, si el derecho conferido al administrado es revocado, sin que la administración obtenga el consentimiento expreso y escrito del afectado, se trata de una potestad expropiatoria, por cuanto el administrado tenía el derecho con justo título, pues era un derecho adquirido.

*“Precisamente, esa es la situación que se presenta en el asunto sub examine, por cuanto, **la licencia de construcción, constituye el acto administrativo creador de una situación jurídica particular y de un derecho subjetivo, a cuyo amparo acude el demandante cuando la administración le ordena suspender y demoler las obras, esto es,***

⁶⁸ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 12 de agosto de 1999, Exp. 5500, C.P. Juan Alberto Polo Figueroa.

⁶⁹ Sobre el particular la Sala ha afirmado:

“En cuanto a los efectos que generen en la esfera jurídica de su destinatario, los actos administrativos pueden clasificarse en actos favorables y actos de gravamen.

“Entre los actos administrativos favorables estarían aquellos que amplían la esfera o el patrimonio jurídico del destinatario, esto es, ‘crean o reconocen un derecho o una ventaja jurídica’ [Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Ed. Thomson Civitas, Madrid, segunda edición, 2004, pp. 48 y s.s.], como los nombramientos, las autorizaciones, las licencias y, en general, los actos mediante los cuales la Administración responde de manera positiva a una solicitud formulada en ejercicio del derecho constitucional fundamental de petición, v. gr., inscripción en un registro público, reconocimiento de una pensión, etc.

“Entre los actos de gravamen se incluyen aquellos que inciden negativamente en la esfera jurídica del destinatario, es decir ‘tienen un efecto desventajoso o perjudicial’ [Bocanegra Sierra, Raúl. Lecciones sobre el Acto Administrativo, Ed. Thomson Civitas, Madrid, segunda edición, 2004, pp. 48 y s.s.] para él, como la imposición de obligaciones, de sanciones, la revocación de actos favorables y, en general, las respuestas negativas a las peticiones.

“La Sala no vacila en destacar la importancia de esta clasificación toda vez que, aspectos como la publicidad, la motivación, el derecho constitucional fundamental al Debido Proceso Administrativo, entre otros, cobran mayor relevancia, intensidad y exigencia cuando se trata de la expedición de actos de gravamen, al paso que el régimen para la revocatoria directa de actos favorables resulta ser más severo”.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 10227.

⁷⁰ Apoya esta posición Jorge Santos Rodríguez, “La impugnación administrativas de las licencias urbanísticas”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, No. 2, 2009, U. Externado, p. 83 a 104.

procede a la revocatoria directa de dicho acto administrativo. No obstante, la Alcaldía de Villamaría desconoció que la revocación debe hacerse bajo los parámetros establecidos en la Constitución y la leyes que reglamentan la materia.

“Por otra parte, como quiera que los efectos de la revocatoria se surten hacia el futuro, por lo que en ningún caso la decisión de revocar afecta la presunción de legalidad que hasta ese momento tuvo el acto administrativo, llama la atención que, en el presente caso, la administración disponga la demolición de las obras que habían sido adelantadas en virtud de los efectos del acto administrativo contenido en la Licencia de Construcción emitida por Planeación Municipal” (negritas por fuera del texto)⁷¹.

Para los efectos del proceso que ahora se decide en segunda instancia es esencial determinar si la licencia de construcción constituye o genera una situación favorable para su beneficiario, puesto que de ser positiva la respuesta al anterior interrogante, existiría un daño antijurídico, mientras que, de ser negativa, el beneficiario de la licencia de construcción tendría el deber jurídico de soportar tanto su revocatoria como su declaratoria de nulidad en sede jurisdiccional, siempre y cuando una u otra decisión obedezcan a razones de interés general.

Para la Sala, la posición adoptada en la primera posición reseñada no se compadece con la naturaleza jurídica de la licencia de construcción en el ordenamiento jurídico colombiano.

En primer lugar, es incuestionable que la licencia de construcción es una expresión del poder de policía –que no del derecho policivo–, cuya finalidad es la de garantizar el cumplimiento de la jerarquía normativa que rige su expedición, la cual se integra desde el punto de vista sustancial por la Constitución Política, las disposiciones pertinentes del Plan de Ordenamiento Territorial en cuanto a usos del suelo, volúmen de construcción y requerimientos técnicos (arquitectónicos, sismoresistencia, etc.) y a los instrumentos de planificación intermedia y, desde el punto de vista formal, por la Ley 388 de 1997 y sus Decretos Reglamentarios.

La Ley 388 de 1997, en el artículo 99, las define como actos administrativos; por su parte, en el artículo 1 del Decreto 1469 de 2010 se dispuso:

“Artículo 1°. Licencia urbanística. Es la autorización previa para adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio

⁷¹ Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia del 9 de marzo de 2000, Exp. 5733, C.P. Olga Inés Navarrete Barrera.

público, y para realizar el loteo o subdivisión de predios, expedida por el curador urbano o la autoridad municipal competente, en cumplimiento de las normas urbanísticas y de edificación adoptadas en el Plan de Ordenamiento Territorial, en los instrumentos que lo desarrollen o complementen, en los Planes Especiales de Manejo y Protección (PEMP) y en las leyes y demás disposiciones que expida el Gobierno Nacional”.

En este orden de ideas, hay lugar a tener la licencia de construcción como un acto administrativo mediante el cual la autoridad administrativa competente autoriza la realización de diversas conductas de especial interés urbanístico, cuya finalidad la constituye la verificación del cumplimiento de las normas que rigen el desarrollo urbano y el ordenamiento del territorio, se trata así de un instrumento de intervención administrativa en la actividad de los particulares.

La doctrina, tanto nacional como foránea, ha desarrollado esta institución; así, para Fernando López Ramón:

“Las licencias constituyen, dentro del género de las autorizaciones, una característica modalidad de la intervención municipal en las actividades de los administrados. Su objeto es garantizar el desarrollo de las actividades conforme a los límites establecidos en el ordenamiento jurídico, fundamentalmente por razones urbanísticas y de seguridad, higiene y estética. Normalmente las licencias no son constitutivas del derecho que ejerce el particular, limitándose a declarar o comprobar el lícito ejercicio de un derecho preexistente ...”⁷².

En similar sentido, Ramón Parada explica:

“La licencia urbanística es un acto de autorización que remueve los obstáculos que se oponen al libre ejercicio de un derecho del que ya es titular el propietario, previa comprobación de que dicho ejercicio se ajusta al ordenamiento y a las prescripciones establecidas en los Planes. A diferencia de las autorizaciones operativas, que crean una relación más o menos estable y duradera entre la Administración y la actividad autorizada (licencias de apertura de farmacias, establecimientos bancarios, licencia de taxis, etc.), la licencia de obras es una autorización puntual, que se agota una vez realizada la actividad autorizada”⁷³.

Es clásica la posición doctrinal según la cual las autorizaciones de este tipo tendrían por objeto la simple remoción de un obstáculo legal al ejercicio de un derecho previamente constituido⁷⁴ –para el caso en estudio, el de propiedad– y

⁷² Fernando López Ramón, *Introducción al derecho urbanístico*, 3ª edición, Marcial Pons, Madrid, p. 178.

⁷³ Ramón Parada, *Derecho administrativo. Bienes públicos. Derecho Urbanístico*, T. III, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid, p. 426 a 427.

⁷⁴ La posición tradicionalmente admitida por la doctrina fue expuesta con bastante claridad, aunque con una evidente relativización de la preexistencia de derechos en el caso de las autorizaciones, por el profesor argentino Juan Carlos Cassagne:

que distinguiría las instituciones de la licencia y del permiso, defendida principalmente por el autor Otto Mayer⁷⁵, desarrollada y completada por el tratadista Oreste Ranelletti⁷⁶, resulta en la actualidad sobrepasada por la realidad de la intervención del Estado en la economía y por su transformación a partir, principalmente, de la liberalización de vastos sectores de actividad en los que la Administración Pública tenía un rol primordial. Esta evolución de la institución autorizatoria ha llevado a notables doctrinantes a poner en duda la distinción entre autorización y permiso (figura genérica que incluye la concesión) a partir de la preexistencia de un derecho en cabeza del beneficiario, sustentada fundamentalmente en la amplitud de las competencias administrativas de determinación de su contenido; por ello para Santiago Muñoz Machado:

“Las crisis más marcadas de las concepciones tradicionales se han producido al constatar que algunas regulaciones legales de las mismas otorgaban a las Administraciones Públicas poderes discrecionales tan amplios que les permitían, indiferentemente, otorgarlas o negarlas o condicionarlas con cargas de todo tipo. Esta circunstancia contribuyó a debilitar la aceptación general de la teoría del derecho subjetivo preexistente. La ruptura se produjo especialmente porque la autorización salió de su ámbito original o, al menos, del que se utilizó más caracterizadamente durante el siglo XIX (que es la experiencia que tuvieron en cuenta tanto Mayer como Ranelletti), que fue el orden público, para extenderse a casi todos los campos a que la Administración fue ampliando progresivamente su actividad, tanto de carácter social como económico”⁷⁷.

Posición que también es defendida por Miguel Sánchez Morón, para quien:

“... Mediante el mismo [el acto administrativo autorizatorio] la Administración controla, con carácter previo, que cualquier actividad que un particular desee iniciar o realizar y que esté sometida a esta intervención es conforme a la ley y, en su caso, no resulta contraria a los intereses públicos. En virtud de tal verificación la Administración deniega o permite el ejercicio de la actividad pretendida, imponiendo si procede las

*“La idea común sobre la cual reposan ambos conceptos es la de un acto administrativo que levanta una condición puesta al ejercicio de una actividad privada. La distinción viene dada, en cambio, por la circunstancia de que mientras en la autorización la respectiva actividad no está prohibida (habiendo muchas veces un sujeto que posee un derecho preexistente, cuyo ejercicio se halla subordinado al cumplimiento de las condiciones establecidas en las leyes o reglamentos), en el permiso se trata siempre del otorgamiento de un derecho nuevo al particular, que configura una excepción a una prohibición impuesta por una norma de policía en forma preventiva” (Juan Carlos Cassagne, *Derecho Administrativo*, T. II, 8ª edición, Lexis-Nexis, Buenos Aires, 2006, p. 453).*

⁷⁵ Otto Mayer, *Derecho Administrativo Alemán*, T.II, Ed. Depalma, 1969 (Traducción de la versión francesa de 1904).

⁷⁶ Oreste Ranelletti, *Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, Unione Tipografico, Torino, 1894.

⁷⁷ Santiago Muñoz Machado, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, T. IV, Iustel, Madrid, 2011, p. 678 a 679.

condiciones necesarias para garantizar el cumplimiento de la legalidad o salvaguardar los intereses públicos afectados, siempre que tales condiciones estén previstas por el ordenamiento o, al menos, no sean contrarias a él.

*“Con este concepto se pone fin a algunas polémicas y distinciones doctrinales que deben darse por superadas, en especial aquellas que atribuyen mero carácter declarativo o, por el contrario, constitutivo de derechos a los actos de autorización y las que diferencian entre autorizaciones y meras comprobaciones, éstas últimas de carácter reglado. En efecto, para algunos autores, una autorización es un acto por el que se permite el ejercicio de un derecho que está atribuido por la legislación a los particulares pero con la condición suspensiva de obtener ese previo consentimiento de la Administración, es decir, un acto por el que se declara que nada obsta al ejercicio del derecho. Las autorizaciones se contraponen así, en esencia a las concesiones, que atribuyen al interesado, por voluntad de la Administración y ex novo, derechos que la ley no le confiere directamente, típicamente el derecho a utilizar en exclusiva bienes de dominio público (por ejemplo, para instalar un quiosco en la vía pública). Pero esta distinción no es clara en la actualidad, ya que algunas autorizaciones denominadas y reguladas como tal por las leyes tienen también una finalidad constitutiva de derechos no preexistentes
...”⁷⁸.*

A la luz de las posiciones doctrinales reseñadas, según las cuales existe una ruptura en la distinción tradicional entre licencia y permiso (el cual, como se indicó, incluye la idea de concesión), a partir del desdibujamiento de la noción de derechos preexistentes, se puede entrar a analizar las particularidades de la licencia de construcción, en especial en lo relativo al carácter favorable de dicho acto administrativo.

Son, en este sentido, muy expresivas las reflexiones de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, para quienes:

“... puede concluirse con bastante rigor que el ius aedificandi urbano ha dejado de ser una facultad libre del propietario para convertirse en una determinación pública realizada precisamente por el plan urbanístico; el propietario no tiene otras posibilidades edificatorias sobre su suelo que la que el plan le otorga –puede no otorgarlas–, y en la medida precisa en que lo hace, con todas las determinaciones relevantes, salvo las de simple diseño arquitectónico –que también puede excluirse–.

“¿Estamos en presencia de un sistema de limitaciones administrativas del tipo tradicional, aunque más o menos sofisticado? Parece que no. No se trata de un fenómeno de restricción o compresión de un determinado contenido previo de los derechos privados, o de una libertad de principio, sino de algo en esencia diverso (y aquí el ‘salto dialéctico’ de que antes

⁷⁸ Miguel Sánchez Morón, *Derecho Administrativo. Parte general*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 2010, p. 654 a 655.

*hablamos), de un verdadero supuesto de delimitación o definición del contenido normal y ordinario de tales derechos, realizada libremente por la administración desde la estimación por ella del modelo urbano que el plan realiza por razones de puro interés colectivo*⁷⁹.

Y por ello los autores proponen un nuevo concepto de autorización, aplicable como es obvio a las licencias de construcción:

*“... la autorización se perfila hoy como un acto de la administración por el que ésta consiente a un particular el ejercicio de una actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”*⁸⁰.

Para el caso específico de las licencias de construcción, la evolución que ha sufrido la propiedad urbana, como derecho fundamental y como función social, hace que el contenido mismo del derecho se encuentre definido tanto en normas de rango legal como en los instrumentos de planificación territorial –siendo el principal de ellos el Plan de Ordenamiento Territorial–, jerarquía normativa que delimita el contenido del derecho y no sólo su ejercicio. Este contenido normativo del derecho de la propiedad urbana se consolida en cabeza del propietario –pero no exclusivamente puesto que pueden ser titulares de la licencia los poseedores– a partir de la licencia de construcción, cuya finalidad principal es la de garantizar que la intervención que se hará sobre el bien se encuentra adecuada a la jerarquía normativa que regula el desarrollo urbano y la ordenación del territorio.

Lo que denota esta realidad jurídica es una incontrovertible transformación del contenido mismo del derecho de propiedad sobre bienes inmuebles y particularmente de la propiedad urbana, en virtud de la cual la concepción tradicional de ese derecho –que ha recibido el reconocimiento de fundamental en el ordenamiento jurídico nacional– absoluto, *“inviolable y sagrado”*⁸¹, en los términos del artículo 17 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, se antoja inadecuada a la realidad social de las grandes urbes⁸²; en efecto, el crecimiento de las ciudades, el necesario control del

⁷⁹ E. García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, Temis-Palestra, Bogotá, 2008, p. 143 a 144.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 124.

⁸¹ Cf. Mikhaïl Xifaras, *La propriété. Etude de philosophie du droit*, Puf, Paris, 2004, p. 93-149; Ver también, Paolo Grossi, *La propiedad y las propiedades. Un estudio histórico*, Madrid, Civitas, 1992 y Richard Pipes, *Propiedad y libertad: dos conceptos inseparables a lo largo de la historia*, México, Fondo de Cultura Económica, 2002.

desarrollo industrial, la protección del medio ambiente y de intereses propiamente urbanos como el espacio público o la defensa de la memoria histórica, tan propias de estos tiempos, llevó al legislador a dejar de lado el enfoque tradicional de la mera limitación de los derechos en aras de garantizar el orden público –actividad típica, aunque no exclusiva, del llamado Estado Gendarme–, para realizar una intervención más activa, interna esta vez al derecho de propiedad sobre el cual recae⁸³, determinando tanto su ejercicio como, y aquí se encuentra la principal transformación, su contenido.

Lo anterior lleva, a manera de consecuencia, a que no sea excesivo afirmar que en la actualidad la propiedad urbana se vincula de una manera especial al principio de legalidad, puesto que el propietario urbano sólo podrá realizar aquello que le sea permitido por el ordenamiento jurídico en un momento determinado y no puede ya, como ocurría antes, hacer todo aquello que no le estuviere expresamente prohibido; se trata de una vinculación de carácter positivo respecto de la jerarquía normativa que determina para el caso concreto el contenido del derecho, todo ello bajo la égida de la necesaria garantía, de estirpe constitucional, del contenido esencial del derecho propiedad⁸⁴.

No cabe duda –y esta es la segunda razón por la cual la posición adoptada por la Sección Primera de esta Corporación en la sentencia de 1999 debe entenderse superada por la Jurisprudencia más reciente, la de 2000– de que al tratarse de un instrumento de validación administrativa de los proyectos urbanísticos, la licencia de construcción en sí misma entra a engrosar el patrimonio jurídico, y posiblemente económico, de su beneficiario. En efecto, más allá del hecho de que la licencia de construcción pueda *crear el ius aedificandi* o simplemente *levantar*

⁸² Cf. Juan Felipe Pinilla, “*Propiedad urbana versus Planeación Urbana en Colombia*”, en Juan Felipe Pinilla y Mauricio Rengifo (coord.), *La ciudad y el derecho*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2012, p. 265 y siguientes.

⁸³ Esta realidad no escapa el análisis de la doctrina; así para Héctor Santaella:

“A pesar de ser un derecho constitucionalmente reconocido y garantizado, la propiedad no es un derecho cualquiera. Además de tener un objeto enteramente determinado por el derecho –a diferencia de lo que sucede con los tradicionales derechos de libertad, la decisión de qué es susceptible de propiedad y cuál es el contenido de este derecho es una determinación que corresponde integralmente al legislador–, la Constitución le encomienda una función social, habilita al legislador para determinar su sentido en cada caso concreto –y, por contera, para determinar el contenido del derecho– y faculta a las autoridades para despojar a los propietarios de su derecho a cambio de una indemnización cuando así lo exijan razones de interés general (como ocurre con el instituto expropiatorio) o para declararlo extinguido sin compensación cuando éste haya sido adquirido mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social (como ocurre con la figura de la extinción del dominio)” (“Notas sobre el concepto y la garantía de la propiedad en la Constitución colombiana”, en *Revista de Derecho Privado*, U. No. 21, 2011, U. Externado, p. 234).

⁸⁴ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 9 de mayo de 2012, Exp. 21906.

los obstáculos que el ordenamiento jurídico ha impuesto para su ejercicio, lo cierto es que su beneficiario –se reitera, propietario o poseedor del predio que se va a intervenir– ve engrosado su patrimonio jurídico, ya sea porque se constituyó un derecho a construir en su favor o bien porque al haberse levantado la limitación impuesta por las normas urbanística puede proceder a ejercer su derecho a construir.

El ordenamiento jurídico colombiano optó recientemente por reconocer de manera incontrovertible el carácter constitutivo de la licencia de construcción, mediante el artículo 182 del Decreto-ley 19 de 2012, contenido del denominado Estatuto Antitrámites, en el cual se dispuso:

“ARTÍCULO 182. LICENCIAS URBANÍSTICAS. Los numerales 1 y 7 del artículo 99 de la Ley 388 de 1997, quedarán así:

“1. Para adelantar obras de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, y de urbanización, parcelación, loteo o subdivisión de predios localizados en terrenos urbanos, de expansión urbana y rurales, se requiere de manera previa a su ejecución la obtención de la licencia urbanística correspondiente. Igualmente se requerirá licencia para la ocupación del espacio público con cualquier clase de amoblamiento.

“La licencia urbanística es el acto administrativo de carácter particular y concreto, expedido por el curador urbano o la autoridad municipal o distrital competente, por medio del cual se autoriza específicamente a adelantar obras de urbanización y parcelación de predios, de construcción, ampliación, modificación, adecuación, reforzamiento estructural, restauración, reconstrucción, cerramiento y demolición de edificaciones, de intervención y ocupación del espacio público, y realizar el loteo o subdivisión de predios.

“El otorgamiento de la licencia urbanística implica la adquisición de derechos de desarrollo y construcción en los términos y condiciones contenidos en el acto administrativo respectivo, así como la certificación del cumplimiento de las normas y demás reglamentaciones en que se fundamenta, y conlleva la autorización específica sobre uso y aprovechamiento del suelo en tanto esté vigente o cuando se haya cumplido con todas las obligaciones establecidas en la misma” (negritas por fuera del texto).

En tercer y último lugar, la posición que aquí se deja de lado desconoce el carácter de acto administrativo del que goza la licencia de construcción, puesto que atendiendo la noción instrumental, de tinte claramente jurisdiccional, del acto administrativo en el ordenamiento jurídico colombiano implica necesariamente que la declaración de la voluntad de la autoridad administrativa produzca efectos

jurídicos, esto es que crea, modifica o extinga situaciones jurídicas; en este sentido, si la licencia de construcción es un acto administrativo debe, de manera imperativa, generar efectos en el patrimonio jurídico del beneficiario que, para el caso, son de carácter favorable.

En este orden de ideas, se puede afirmar que las características propias de la licencia de construcción son las siguientes: *i)* Es una expresión del poder de policía urbanístico; *ii)* Es una autorización previa a la intervención del bien respecto del cual se expide; *iii)* Es autónoma del derecho de propiedad; *iv)* Es constitutiva del derecho de desarrollo y construcción del proyecto aprobado; *v)* Es un acto administrativo favorable; y, *vi)* Sus efectos influyen en el ejercicio de los derechos colectivos.

Sin embargo, en el caso particular de las Estaciones de Servicio para la distribución y venta de derivados de los hidrocarburos, el ordenamiento jurídico colombiano vigente al momento en que ocurrieron los hechos contemplaba un conjunto complejo de autorizaciones administrativas concatenadas que se erigen en una excepción a la regla general de los efectos propios de las licencias de construcción.

El Decreto 353 de 1991, modificatorio del Decreto 283 de 1990 en cuanto a las Estaciones de Servicio se refiere, dispuso lo siguiente:

“Artículo 4. Modifícase el artículo 49 del Decreto 283 de 1990 el cual quedará así:

“El interesado que planea la construcción de una estación de servicio, deberá presentar ante el Ministerio de Minas y Energía una solicitud por escrito, que contenga la dirección exacta o la localización del lote, área del mismo, número de surtidores y servicios que prestará.

“El Ministerio de Minas y Energía fijará semanalmente y por el término de diez (10) días hábiles, un aviso sobre las solicitudes presentadas, para que los interesados, dentro de este término, presenten sus oposiciones a las solicitudes de construcción de estaciones de servicio por posibilidades de saturación. De no presentarse la oposición dentro del término estipulado, sustentada con todos los documentos contemplados en el artículo 7o del presente Decreto, su acción precluirá.

“Artículo 5o. Si no se presentan oposiciones por saturación dentro del término estipulado en el artículo anterior, la Dirección General de Hidrocarburos oficiará inmediatamente al interesado, y éste deberá presentar, dentro de los seis (6) meses siguientes, además de los

documentos y planos que contempla el artículo 52 del Decreto 283 de 1990, los siguientes:

“1. Certificación de la Oficina de Planeación Municipal o de quien haga sus veces, en donde conste que el lote cumple con la distancia mínima de sesenta (60) metros desde los linderos del lote, a los linderos más próximos de los sitios de alta densidad poblacional, tales como templos, escuelas, colegios, hospitales, clínicas, supermercados, centros comerciales, teatros, polideportivos, bibliotecas públicas, clubes sociales, edificios multifamiliares y establecimientos similares.

“2. Comunicación emanada de la empresa mayorista que le proveerá los combustibles.

“El Ministerio de Minas y Energía, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes deberá verificar que la documentación presentada por el interesado se encuentre en regla y completa, de lo contrario, se la devolverá con las observaciones pertinentes.

“Parágrafo. En caso de no autorizarse la construcción de la estación de servicio por no reunir los requisitos, el Gobierno se exime de toda responsabilidad.

“Artículo 6o. Modifícase el artículo 53 del Decreto 283 de 1990, el cual quedará así:

“Los planos se presentarán en dos (2) copias, una de las cuales será devuelta al solicitante dentro de los quince (15) días hábiles siguientes, con la correspondiente constancia de aprobación para poder iniciar la construcción, o con las observaciones a que hubiere lugar. Toda modificación que se haga en los planos, deberá ser previamente aprobada por el Ministerio de Minas y Energía.

“Parágrafo 1o. No se podrá iniciar la construcción de ninguna estación de servicio sin la aprobación previa de los planos por parte del Ministerio de Minas y Energía, ni se podrán dar al servicio las instalaciones de una estación sin la licencia de funcionamiento otorgada por el mismo Ministerio.

“Parágrafo 2o. Una vez aprobados los planos, el interesado deberá iniciar la construcción de la estación dentro de los seis (6) meses siguientes y terminarla dentro del transcurso de un (1) año. En caso de no terminarse en este plazo podrá solicitarse prórroga, por una sola vez, justificando las razones para ello.

(...)

“Artículo 10. Modifícase el artículo 73 del Decreto 283 de 1990, el cual quedará así:

Terminada la construcción de una estación de servicio, el interesado deberá diligenciar el formato suministrado por el Ministerio de Minas y Energía, en donde conste que las instalaciones y construcciones cumplen con lo estipulado en las normas que para la fecha en que se solicite la licencia de funcionamiento rigen la materia y que la estación de servicio se

construyó de acuerdo con los planos debidamente aprobados por el Ministerio de Minas y Energía. El formato deberá ser firmado por el dueño o representante legal de la estación y un funcionario del Ministerio o una autoridad designada por el Alcalde Municipal.

“Mientras no se cumpla con este requisito y se obtenga la autorización del Ministerio de Minas y Energía, la estación no podrá iniciar operación ni prestar ningún servicio al público”.

Posteriormente, mediante la Resolución 8-2588 de 1994, mediante la cual se delegaron en las entidades territoriales las competencias administrativas atribuidas al Ministerio de Minas y Energía en punto a la proyección, construcción y puesta en funcionamiento de estaciones de servicio de venta de productos derivados de los hidrocarburos, se determinó:

“ARTÍCULO 1. Delégase en las Alcaldías Municipales, Distritales o Metropolitanas, en adelante, Alcaldías, dentro del territorio de su jurisdicción, los trámites referentes al manejo, distribución y comercialización de combustibles líquidos derivados del petróleo, que a continuación se relacionan:

“A. TRAMITE PARA LA APROBACIÓN DE LOTES DONDE SE PROYECTE CONSTRUIR ESTACIONES DE SERVICIO.

“B. TRAMITE PARA LA APROBACIÓN DE LOTES DONDE SE PROYECTE CONSTRUIR ESTACIONES DE SERVICIO.

“C. TRAMITE PARA LA OBTENCIÓN O RENOVACIÓN DE LA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO DE ESTACIONES DE SERVICIO.

“D. TRAMITE PARA LA CALIBRACIÓN DE SURTIDORES DE ESTACIONES DE SERVICIO.

“E. TRAMITE PARA IMPONER SANCIONES A LOS DISTRIBUIDORES MINORISTAS DE COMBUSTIBLES LÍQUIDOS DERIVADOS DEL PETRÓLEO.

(...)

“ARTÍCULO 3. TRAMITE PARA LA APROBACIÓN DE LOTES DONDE SE PROYECTE CONSTRUIR ESTACIONES DE SERVICIO. (Art. 4 Decreto 353 de 1991).

“1. Solicitud por escrito que contenga:

“a. La dirección exacta o la localización del lote, indicando el municipio y departamento al que pertenece.

“b. Nombre del propietario del lote.

“c. Numero de surtidores.

“d. servicios que prestará.

“La respectiva alcaldía, fijará semanalmente y por el termino de diez (10) días hábiles, un aviso sobre las solicitudes de construcción de estaciones de servicio, para que los interesados dentro de este término, presenten sus oposiciones por (sic) dentro de este término, presenten sus oposiciones por posibilidades de saturación. Dichas oposiciones deben presentarse dentro del término estipulado y sustentadas con todos los documentos contemplados en el Artículo 7 del decreto 353 de 1991.

(...)

“ARTÍCULO 4. TRÁMITE PARA LA APROBACIÓN DE PLANOS PARA INICIACIÓN DE CONSTRUCCIÓN DE ESTACIONES DE SERVICIO. (Art. 52 Decreto 283 de 1990).

“1. Una vez autorizada la construcción de una estación de servicio, el interesado deberá presentar dentro de los seis (6) meses siguientes, ante las respectivas alcaldías, los siguientes documentos para su estudio:

“a. Una memoria técnica con la descripción detallada del proyecto.

“b. Licencia de construcción expedida por la autoridad competente, en original o copia debidamente autenticada.

“c. Autorización del Ministerio de Transporte en caso que la estación de servicio se ubique en vías nacionales.

“d. Autorización de las autoridades competentes encargadas de la preservación del medio ambiente.

“e. Fotocopia autenticada de la matrícula profesional del Ingeniero o Arquitecto que elabora los planos del proyecto.

“f. Copia autenticada del título de propiedad del lote debidamente registrado, o prueba del correspondiente acto o negocio jurídico que le permita construir la estación de servicio en el lote propuesto.

“g. Certificación de la Oficina de Planeación Municipal o de quien haga sus veces, en donde conste que el lote cumple con las distancias mínimas a los linderos mas próximos de los sitios de alta densidad poblacional, tales como templos, escuelas, colegios, hospitales, clínicas, supermercados, centros comerciales, teatros, polideportivos, bibliotecas públicas, clubes sociales, edificios multifamiliares y estacionamientos similares. (Artículo 1 del Decreto 1677 de 1992).

“h. Comunicación emanada de la empresa mayorista que le proveerá los combustibles.

“i. Los planos de conformidad.

(...)

“ARTÍCULO 5. TRÁMITE PARA LA OBTENCIÓN O RENOVACIÓN DE LA LICENCIA DE FUNCIONAMIENTO DE ESTACIONES DE SERVICIO. (Art. 13 Decreto 353 de 1991).

“A. Estaciones de servicio nuevas:

“1. Solicitud por escrito a la respectiva Alcaldía, anexando los siguientes documentos:

“a. Copia del formato estipulado en el Artículo 10 del decreto 353 de 1991.

“b. Acta de calibración de surtidores realizada por el interesado.

“c. Matrícula expedida por la Cámara de Comercio, de la estación de servicio como establecimiento de comercio.

“d. Registro mercantil del contrato de explotación económica celebrado entre el distribuidor mayorista y el distribuidor minorista.

“e. Recibo de pago por concepto de la licencia de funcionamiento por valor de 1/4 de salario mínimo mensual vigente, consignado a la cuenta de la respectiva Alcaldía.

“f. Póliza de seguro que cubra los riesgos de responsabilidad civil extracontractual con relación a terceros, en los términos y cuantías fijados en el Artículo 82 del Decreto 283 de 1990 (en ciudades capitales de departamento: Ochocientas (800) unidades de salario; en ciudades o poblaciones distintas a las anteriores: Cuatrocientas (44 (sic)= unidades de salario).

“g. Certificación expedida por el constructor de los tanques de almacenamiento de acuerdo con al Artículo 72 del Decreto 283 de 1990.

“h. Acta de pruebas hidrostáticas.

“El sistema de tanques de almacenamiento y líneas de distribución de combustibles, deberán probarse hidrostáticamente durante dos (2) horas como mínimo a una presión manométrica de 0.5 kilogramos por centímetro cuadrado. Estas pruebas deberán efectuarse en presencia del propietario o representante legal de la estación, de un representante de la respectiva Alcaldía o de una autoridad designada por la Alcaldía, de cuya diligencia se levantará un acta que debe ser firmada por los participantes” (negritas por fuera del texto).

Si se analizan en su conjunto las disposiciones normativas citadas, resulta claro que para el caso de la licencia de construcción de estaciones de servicio para la distribución de productos derivados de los hidrocarburos la licencia de construcción **no** es constitutiva del derecho a realizar efectivamente las obras planteadas en el proyecto, puesto que para que ello ocurra el ordenamiento jurídico le otorga la competencia a las autoridades administrativas para que mediante un acto administrativo se aprueben los planos y, a partir de la vigencia de éste último, se pueda entonces construir la obra en un plazo no mayor a un año desde el inicio de la construcción de la misma (artículos 52 del Decreto 283 de 1990, 6 del Decreto 353 de 1991 y 1 del Decreto 1677 de 1992), en todo caso

“[n]o se podrá iniciar la construcción de ninguna estación de servicio sin la aprobación previa de los planos por parte del Ministerio de Minas y Energía, ni se podrán dar al servicio las instalaciones de una estación sin la licencia de funcionamiento otorgada por el mismo Ministerio” (Art. 6, parágrafo 1, del Decreto 353 de 1991). Lo anterior encuentra también sustento en el hecho que uno de los documentos necesarios para obtener la aprobación de los planos es la licencia de construcción del proyecto (art. 4 de la Resolución No. 8-2588 de 1994).

Una vez realizada la obra, el particular interesado deberá iniciar un trámite administrativo distinto destinado a obtener una licencia de funcionamiento de la estación de servicio. Se trata entonces de lo que se ha denominado la concatenación de actos administrativos cuyo efecto último, en casos como el que aquí se analiza, lo constituye la posibilidad de construir y operar una estación de servicio de distribución de productos derivados de los hidrocarburos.

Ello indica que para el caso particular de la licencia de construcción de estaciones de servicio, ésta no otorga por sí misma el derecho a construir la obra, puesto que éste sólo se consolida a partir de la aprobación de los planos, actuación que debe surtirse ante la autoridad territorial competente en los términos de la Resolución No. 8-2588 de 1994.

4.2.- El caso concreto.

Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que se acreditó de manera efectiva, mediante las pruebas allegadas al expediente, que el señor Luis Antonio Pantoja era el beneficiario de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996, mediante la cual se le concedió la licencia de construcción para el proyecto “Estación de Servicios San Francisco ‘Estación Terpel’”; de la misma manera, se encuentra acreditado que la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo –en primera instancia el Tribunal Administrativo de Nariño y en segunda el Consejo de Estado– anuló la citada Resolución por violación del derecho de defensa de los terceros eventualmente afectados por la construcción de la obra.

La causa que llevó a la anulación judicial de la mencionada Resolución fue el hecho de que en el trámite administrativo el municipio de Pupiales (Nariño), no le dio “*estricto cumplimiento a lo ordenado en el artículo 30 de la Resolución 8-2588 de 1994*”, razón por la cual se concluyó que “*existe una manifiesta infracción a la*

mentada Resolución al haberse privado a terceros del derecho a ejercer oposición a la concesión del permiso o licencia solicitada” (fl. 167 c 5), puesto que la norma obligaba a la fijación de un aviso por un término de diez días hábiles y la entidad demandada lo fijó solamente por un término de siete días hábiles.

La anulación judicial de la licencia de construcción que beneficiaba al señor Luis Antonio Pantoja derivó, entonces, de una conducta omisiva exclusivamente imputable a la entidad pública demandada.

La Sala encuentra oportuno resaltar que los ciudadanos no tienen el deber jurídico de soportar la anulación judicial de los actos administrativos que les son favorables, cuando la causa de dicha decisión judicial obedece a una conducta – activa u omisiva– imputable a la Administración encargada de dirigir el procedimiento administrativo que a la postre estaría viciado de nulidad. Lo anterior no obsta para que se deba analizar el caso concreto en aras de determinar si el vicio que afecta la validez del acto administrativo fue el producto de una conducta exclusiva por parte del beneficiario de la decisión administrativa o la eventual existencia de una concurrencia de culpas en su configuración.

Sin embargo, aun cuando la anulación judicial de la Resolución No. 001 del 25 de 1996, contentiva del acto administrativo favorable mediante el cual se le otorgó la licencia de construcción al señor Luis Antonio Pantoja, se podría constituir en un daño que el demandante no estaba en el deber jurídico de soportar, lo cierto es que el daño antijurídico en esa hipótesis se derivaría exclusivamente de la salida del patrimonio jurídico del demandante de un acto administrativo que le era favorable y que únicamente le permitiría continuar a la siguiente etapa en el proceso que eventualmente culminaría con la posibilidad de obtener autorización para construir y operar una estación de servicios de distribución y venta de productos derivados de los hidrocarburos, para el efecto, la posibilidad de solicitar la aprobación de los planos de la obra, acto administrativo éste que sí es constitutivo del derecho a construir la estación de servicios; así pues la operación de las instalaciones sólo podría proceder una vez se obtuviera la licencia de funcionamiento de la misma, pero se excluye la posibilidad de que el daño antijurídico lo constituya una eventual afectación del derecho a edificar puesto que éste no se pudo haber consolidado únicamente con la licencia de construcción otorgada mediante la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 emitida por el Alcalde municipal de Pupiales (Nariño).

Del análisis de la *causa petendi* y del *petitum* consignados en el libelo introductorio de la *litis* resulta claro que el señor Luis Antonio Pantoja construyó su pretensión de declaración de responsabilidad a partir de un supuesto daño antijurídico generado por la imposibilidad de explotar económicamente las construcciones que realizó y su consecuente pérdida de valor por virtud de la anulación judicial del acto administrativo contentivo de la licencia de construcción, daño que no tiene el carácter de cierto frente a los derechos que le otorgó la licencia de construcción anulada.

Sobre el carácter cierto del daño como elemento necesario para declarar la responsabilidad administrativa, esta Sala en reiterada jurisprudencia ha afirmado que:

“... el perjuicio debe ser cierto, como quiera que el perjuicio eventual no otorga derecho a indemnización. El perjuicio indemnizable, entonces, puede ser actual o futuro, pero, de ningún modo, eventual o hipotético. Para que el perjuicio se considere existente, debe aparecer como la prolongación cierta y directa del estado de cosas producido por el daño, por la actividad dañina realizada por la autoridad pública”⁸⁵.

La doctrina nacional en la materia, también considera la certeza del daño como un elemento esencial en el análisis de la responsabilidad. Así para el profesor Javier Tamayo Jaramillo:

“El daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece con evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial o moral en el demandante.

“En cambio, el perjuicio es hipotético, y en consecuencia no hay lugar a reparación, cuando la víctima sólo tenía una posibilidad remota de obtener un beneficio en caso de que no se hubiera producido la acción dañina. Sólo, pues, cuando la demanda no está basada en una simple hipótesis o expectativa, la víctima tendrá derecho a reparación”⁸⁶.

En el mismo sentido, para el tratadista Enrique Gil Botero, la certeza del daño:

“Permite comprobar que el daño sea pasado, presente o futuro, y habrá certeza cuando sea evidente que produjo o producirá una disminución o lesión material o inmaterial en el patrimonio de quien lo sufre, es decir, no podrá ser resarcido lo eventual, hipotético o meramente posible.

“El daño futuro virtual indemnizable funciona sobre la categoría de la probabilidad como instancia de conocimiento y de ocurrencia en el

⁸⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Exp. 13186.

⁸⁶ Tamayo Jaramillo, Javier, *Tratado de Responsabilidad Civil*, T. II, 2ª edición, Temis, 2011, p. 339 a 340.

*desarrollo normal de la conducta y del comportamiento social e individual, por oposición a lo posible*⁸⁷.

La ausencia de certeza del daño en el presente caso concreto resulta más evidente a partir del análisis de los perjuicios que cuyo reconocimiento solicitó el demandante a título de reparación pecuniaria.

La parte actora solicitó a título de perjuicios en la modalidad de daño emergente el reconocimiento de los gastos realizados por la construcción de la obra que se tuvo que suspender por razón de la suspensión provisional y eventual anulación, en sede judicial, de la licencia de construcción de la cual era beneficiario; por otro lado solicitó el reconocimiento de “[l]a suma de \$90.000.000 M/Cte., o la suma que se demuestre dentro de éste proceso o en incidente posterior a la sentencia, por concepto de lucro cesante, consistente en las entradas dejadas de percibir por explotación económica del Centro de Servicios San Francisco ‘Estación Terpel’” (fl. 2 c 1).

A la luz de lo que se ha afirmado, la anulación de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 por causa de una irregularidad en el procedimiento administrativo, exclusivamente imputable al municipio de Pupiales, no podría haber producido los efectos que le quiere dar el señor Luis Antonio Pantoja Ceballos, demandante en este proceso. Ciertamente, si se tiene en cuenta que la licencia de construcción anulada no le permitía construir y mucho menos operar la estación de servicio que proyectó, mal podría considerarse que la suspensión provisional del mencionado acto administrativo o su anulación por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo pudiera haberle hecho perder una inversión que no tenía derecho a realizar –daño emergente– o dejar de percibir un ingreso por su eventual e hipotética operación –lucro cesante–.

Sin embargo, resulta pertinente señalar que en el presente caso concreto si bien el demandante no sufrió un daño antijurídico configurado a partir de la imposibilidad de explotar la Estación de Servicio cuya construcción había comenzado a ejecutar, no es menos cierto que sí sufrió un daño antijurídico por la imposibilidad de continuar con los trámites administrativos que a la postre hubieren podido terminar con la aprobación de los planos y la posterior obtención de una licencia de funcionamiento para operar la Estación de Servicio en cuestión, imposibilidad que

⁸⁷ Gil Botero, Enrique, *Responsabilidad Extracontractual del Estado*, 5ª edición, Temis, 2011, p. 118.

se derivó de la suspensión provisional y subsecuente anulación judicial de la licencia de construcción que le otorgó el municipio de Pupiales.

Así, el señor Luis Antonio Pantoja perdió la oportunidad de continuar con los procedimientos administrativos que eventualmente le hubieren permitido poner en funcionamiento la Estación de Servicio cuya explotación económica tenía proyectada; frente a lo anterior resulta irrelevante el hecho de que con posterioridad a la anulación del acto administrativo en cuestión el demandante hubiere podido realizar los trámites subsecuentes para la obtención de la licencia de funcionamiento de la Estación de Servicio, puesto que el daño antijurídico que se configuró en el *sub lite* obedece a la pérdida de oportunidad de continuar con el trámite administrativo que a pesar de haber sido iniciado oportunamente, su normal y esperado desarrollo se vio truncado por una falla del servicio en el procedimiento administrativo inicial imputable de manera exclusiva a la entidad demandada.

La pérdida de oportunidad como daño resarcible de carácter autónomo ha sido analizado en repetidas ocasiones por la Jurisprudencia de la Corporación, en particular pero no de manera exclusiva, en casos relativos a responsabilidad patrimonial del Estado por actividades médico-asistenciales; la Sala mediante sentencia de agosto 11 de 2010⁸⁸ –reiterada por esta Subsección en sentencia de 7 de julio de 2011⁸⁹–, ha desarrollado el concepto de pérdida de oportunidad y los criterios cuya utilización sirve para determinar la existencia de la pérdida de oportunidad en cada caso concreto:

“2.- La “pérdida de oportunidad” o “pérdida de chance” como modalidad del daño a reparar.

“Se ha señalado que las expresiones “chance” u “oportunidad” resultan próximas a otras como “ocasión”, “probabilidad” o “expectativa” y que todas comparten el común elemento consistente en remitir al cálculo de probabilidades, en la medida en que se refieren a un territorio ubicable entre lo actual y lo futuro, entre lo hipotético y lo seguro o entre lo cierto y lo incierto, a una zona limítrofe que se corresponde con “... una situación en que hay un comportamiento antijurídico que ha interferido en el curso normal de los acontecimientos, de manera que ya no puede saberse si el afectado por ese comportamiento ..., habría o no obtenido cierta ganancia o evitado cierta pérdida. Es decir que para un determinado sujeto había probabilidades a favor y probabilidades en contra de obtener o no cierta ventaja patrimonial, pero un hecho cometido por un tercero le ha impedido

⁸⁸ Cita textual del Fallo: Expediente 18.593.

⁸⁹ Cita textual del Fallo: Expediente 20.139.

tener la oportunidad de participar en la definición de esas probabilidades”⁹⁰.

“En ese orden ideas, la pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta éste que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial⁹¹; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio —material o inmaterial— para actuar en procura de o para esperar el acaecimiento del resultado que deseaba⁹², razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

“La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento; no ofrece lugar a la menor hesitación que “esa oportunidad está definitivamente perdida, la situación es irreversible y la ‘carrera’ de concatenación causal y temporal hacia la ventaja se ha detenido de manera inmodificable. Hay un daño cierto sólo desde el punto de vista de la certeza de la probabilidad irremediablemente truncada. Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado”⁹³.

“Por otra parte, con el fin de precisar los alcances de la noción de “pérdida de oportunidad” conviene identificar con la mayor claridad posible sus

⁹⁰ Cita textual del fallo: CAZEAUX, Pedro, “Daño actual. Daño futuro. Daño eventual o hipotético. Pérdida de chance”, en *Temas de responsabilidad civil. En honor al doctor Augusto M. Morello*, N° 10, p. 23 y ss., apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance. Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 25-26.

⁹¹ Cita textual del fallo: MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, 1998, p. 207.

⁹² Cita textual del fallo: En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el *acere licere*, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio” (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

⁹³ Cita textual del fallo: ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas, Hammurabi*, Buenos Aires, 1990, p. 274, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

límites: así, de un lado, en caso de que el “chance” constituya en realidad una posibilidad muy vaga y genérica, se estará en presencia de un daño meramente hipotético o eventual que no resulta indemnizable y, de otro lado, no puede perderse de vista que lo perdido o frustrado es la oportunidad en sí misma y no el beneficio que se esperaba lograr o la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen rubros distintos del daño. En consecuencia, la oportunidad difuminada como resultado del hecho dañoso no equivale a la pérdida de lo que estaba en juego, sino a la frustración de las probabilidades que se tenían de alcanzar el resultado anhelado, probabilidades que resultan sustantivas en sí mismas y, por contera, representativas de un valor económico incuestionable que será mayor, cuanto mayores hayan sido las probabilidades de conseguir el beneficio que se pretendía, habida consideración de las circunstancias fácticas de cada caso⁹⁴.

“La pérdida de oportunidad como rubro autónomo del daño demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida constituye un bien jurídicamente protegido cuya afectación confiere derecho a una reparación que debe limitarse a la extensión del “chance” en sí mismo, con prescindencia del resultado final incierto, frente a lo cual resulta lógico que dicha oportunidad perdida “tiene un precio por sí misma, que no puede identificarse con el importe total de lo que estaba en juego, sino que ha de ser, necesariamente, inferior a él”, para su determinación

(...)

“(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’⁹⁵ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes⁹⁶;

⁹⁴ Cita textual del fallo: En la anotada dirección, se ha sostenido lo siguiente en punto de aquello en lo que consiste la pérdida de oportunidad: “La desaparición de la probabilidad de un evento favorable, siempre y cuando esta oportunidad aparezca suficientemente seria. Cuando la pérdida de una oportunidad es establecida, constituye un perjuicio indemnizable. Pero este se limita a dicha pérdida; sólo la pérdida de la oportunidad será compensada, y no la totalidad del beneficio que la víctima habría obtenido en caso de que hubiese ocurrido el evento cuya realización ha sido impedida por culpa del deudor”. Cfr. LE TORNEAU, Philippe, *La responsabilidad Civil Profesional*, Legis, Bogotá, 2006, p. 85.

⁹⁵ Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

⁹⁶ Cita textual del fallo: A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un

“(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida⁹⁷; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

“Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían⁹⁸—;

“(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida’⁹⁹100.

supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

⁹⁷ Cita textual del fallo: HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

⁹⁸ Cita textual del fallo: Al respecto la doctrina afirma que “...‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio”. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

⁹⁹ Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

¹⁰⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, Expediente No. 18593.

Descendiendo al caso concreto, la Sala encuentra que: *i)* Existe certeza respecto del otorgamiento de la licencia de construcción de la Estación de Servicio a favor del señor Luis Antonio Pantoja, acto administrativo que constituía prerequisite para continuar con los trámites administrativos necesarios para construir y obtener la licencia de funcionamiento de la referida infraestructura; *ii)* Se configuró una pérdida definitiva de la oportunidad de continuar con los trámites administrativos que a la postre podrían haber culminado con el otorgamiento de una licencia de funcionamiento, en el entendido de que la pérdida de la oportunidad referida se deduce de encontrarse habilitado por el ordenamiento jurídico para continuar con los mencionados procedimientos administrativos en el momento en que hubiere podido hacerlo de no haber sido declarada judicialmente la nulidad del aludido acto administrativo; *iii)* El señor Luis Antonio Pantoja se encontraba en una situación potencialmente apta para obtener el resultado esperado –la construcción y puesta en funcionamiento de la Estación de Servicio–.

Toda vez que no obran en el expediente más elementos probatorios que puedan ser valorados con miras a establecer, con fundamento en criterios técnicos, estadísticos y apoyándose en información objetiva y contrastada, la cuantía del daño que por concepto de pérdida de oportunidad le fue irrogado a la parte demandante, la Sala acudirá al criterio de la equidad como principio que el ordenamiento jurídico –artículo 16 de la Ley 446 de 1998¹⁰¹– impone tener en cuenta para efectos de reparar de forma integral el daño causado por la acción o la omisión de las autoridades públicas, a cuyo auxilio debe acudir, además, por virtud del denominado principio *pro damnato*, propio del derecho de daños y que sin duda ha de hacer sentir su vigor en escenarios como el del presente caso, en el cual se encuentran acreditados todos los elementos necesarios para imponer al Estado la obligación de reparar el daño antijurídico que causó, pero resulta altamente improbable –por no decir que materialmente imposible– recaudar elementos demostrativos que permitan cuantificar de forma técnica, con apoyo en elementos matemáticos y/o estadísticos, el monto del perjuicio a indemnizar¹⁰².

¹⁰¹ Precepto cuyo tenor literal es el siguiente: “Dentro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”.

¹⁰² Frente a lo cual se debe tener en cuenta lo afirmado por la Sala en torno al daño indemnizable en los casos en los cuales se encuentre acreditada una pérdida de oportunidad, jurisprudencia según la cual:

“Por cuanto tiene que ver con la cuantificación de la indemnización a la cual debe dar lugar el reconocimiento de la pérdida de una oportunidad, no está de más reiterar que lo resarcible por este concepto es esa oportunidad misma y no el total de la ganancia o provecho perdido o del

Por las razones expuestas y teniendo en cuenta que, por un lado, el señor Luis Antonio Pantoja perdió la oportunidad de obtener la explotación y puesta en funcionamiento de la Estación de Servicio en el momento esperado por la anulación judicial de un acto administrativo cuya ilegalidad devino de una causa imputable exclusivamente a la entidad pública demandada y que, por el otro, la parte demandante en el libelo introductorio de la *litis* solicitó el reconocimiento de “*todos los perjuicios materiales*” que le fueron causados por la conducta de la demandada, la Sala condenará al municipio de Pupiales al pago de 50 SMLMV a favor del señor Luis Antonio Pantoja –demandante en este proceso– por concepto de perjuicios materiales a título de pérdida de oportunidad.

En conclusión, la Sala revocará la sentencia de primera instancia, por cuanto en el presente caso concreto sí se acreditó la legitimación en la causa por activa, dado que el demandante es el beneficiario de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 y también se acreditó la ocurrencia de un daño antijurídico cierto tipificado como la pérdida de oportunidad de continuar con los trámites administrativos destinados a la obtención de la licencia de funcionamiento para la Estación de Servicio “San Francisco”.

4.3.- La situación del llamado en garantía.

La Sala, en repetidas oportunidades, ha determinado el alcance del análisis de la conducta del llamado en garantía en aquellos casos en los cuales los hechos ocurrieron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 678 de 2001¹⁰³; en este sentido, ha afirmado:

detrimiento que se pretendía evitar; el objeto de la indemnización es una probabilidad y la adecuada compensación por la pérdida de la misma se corresponde con la apreciación en dinero del porcentaje de posibilidades de que la oportunidad respectiva se hubiere concretado.

“En consecuencia, tratándose de eventos en los cuales se accede a la reparación de la pérdida de un chance, lo indicado no puede ser el reconocimiento, en favor de la víctima, del valor total de la ventaja de la cual fue privado o del deterioro patrimonial que no pudo evitar a raíz del hecho del demandado, sino tener en cuenta que la oportunidad desaparecida tenía un valor y que es éste el que debe ser restablecido; ese valor, según antes se indicó, ha de resultar indiscutiblemente inferior a aquél que hubiere correspondido en caso de haberse demostrado el vínculo causal entre la pérdida del beneficio esperado por la víctima y el hecho de aquel a quien se imputa la correspondiente responsabilidad resarcitoria; es más, como también precedentemente se indicó, el monto de la indemnización por la pérdida de la oportunidad habrá de establecerse proporcionalmente respecto del provecho que finalmente anhelaba el afectado, en función de las mayores o menores probabilidades que tuviere de haber alcanzado ese resultado en el evento de no haber mediado el hecho dañino” (Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, Exp. 18593).

¹⁰³ Respecto de la aplicación de la Ley 678 de 2001, la Sala en reciente sentencia afirmó:

“En el presente caso, los hechos o actuaciones que dieron lugar al llamamiento en garantía fueron anteriores a la expedición de la Ley 678 de 2001, de manera que las normas sustanciales aplicables para dilucidar si los llamados actuaron con culpa grave, según las imputaciones formuladas con el recurso de apelación, serán las vigentes al tiempo de la comisión de la conducta del agente público, que es la que constituye la fuente de su responsabilidad patrimonial frente al Estado, casos en los cuales es necesario remitirse directamente al criterio de culpa grave y dolo que recoge el Código Civil:

Artículo 63 C. C.-. Clases de culpa y dolo. *La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aún las personas negligentes o de poca prudencia suelen

“El mandato constitucional del inciso segundo del artículo 90 C. P., encuentra hoy su desarrollo en la Ley 678 de 2001, “por medio de la cual se reglamenta la determinación de responsabilidad patrimonial de los agentes del Estado a través del ejercicio de la acción de repetición o de llamamiento en garantía con fines de repetición” (se destaca). Esta ley definió la repetición como una acción de carácter patrimonial que deberá ejercerse en contra del servidor o ex servidor público que como consecuencia de su conducta dolosa o gravemente culposa hubiere dado lugar al reconocimiento indemnizatorio por parte del Estado, proveniente de una condena, conciliación u otra forma de terminación de un conflicto. La misma acción se ejercerá contra el particular que investido de una función pública hubiere ocasionado, en forma dolosa o gravemente culposa, la reparación patrimonial.

“La Ley 678 de 2001 reguló tanto los aspectos sustanciales como los procesales de la acción de repetición y del llamamiento en garantía y fijó bajo la égida de los primeros, generalidades tales como el objeto, noción, finalidades, deber de ejercicio y especificidades, al igual que las definiciones de dolo y culpa grave con las cuales habrá de calificarse la conducta del agente y el establecimiento de presunciones legales, con obvias incidencias en materia de la carga probatoria dentro del proceso; al amparo de los segundos, determinó asuntos relativos a la jurisdicción y competencia, legitimación, desistimiento, procedimiento, caducidad, oportunidad de la conciliación judicial o extrajudicial, cuantificación de la condena y determinación de su ejecución, así como lo atinente al llamamiento en garantía con fines de repetición y las medidas cautelares al interior del proceso.

(...)

“Así las cosas, para dilucidar el conflicto de leyes por el tránsito de legislación, la jurisprudencia ha sido clara al aplicar la regla general según la cual la norma nueva rige hacia el futuro, de manera que aquella sólo será aplicable respecto de los hechos producidos a partir de su expedición y hasta el momento de su derogación; sólo de forma excepcional, las leyes pueden tener efectos retroactivos.

“Lo anterior da a entender, válidamente, que los actos o hechos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público acaecidos con anterioridad a la Ley 678 de 2001, continúan rigiéndose por la normatividad anterior, máxime cuando la responsabilidad del agente es subjetiva, en tanto única y exclusivamente compromete su patrimonio por razón de su conducta calificada dolosa o gravemente culposa.

“De manera que, si los hechos o actos que originaron la responsabilidad patrimonial del servidor público resultan posteriores a la entrada en vigencia de Ley 678 de 2001, para determinar y enjuiciar la falla personal del agente público será aplicable esta normativa en materia de dolo y culpa grave, sin perjuicio de que dada la estrecha afinidad y el carácter civil que se le imprime a la acción en el artículo 2º de la misma ley, excepcionalmente se acuda al apoyo del Código Civil y a los elementos que doctrinal y jurisprudencialmente se han estructurado en torno a la responsabilidad patrimonial por el daño, en lo que no resulte irreconciliable con aquélla y los fundamentos constitucionales que estructuran el régimen de responsabilidad de los servidores públicos –artículos 6, 90, 121, 122 y 124 C.P.–” Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de abril de 2011, Exp. 19192.

emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materia civil equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia, es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpas se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro. (Resaltado no original).

“Frente a estos conceptos, el Consejo de Estado¹⁰⁴ ha señalado que para determinar la existencia de la culpa grave o del dolo el juez no se debe limitar a las definiciones contenidas en el Código Civil, sino que debe tener en cuenta las características particulares del caso que deben armonizarse con lo previsto en los artículos 6º y 91 de la Constitución Política sobre la responsabilidad de los servidores públicos, como también la asignación de funciones contempladas en los reglamentos o manuales respectivos. Así mismo, es necesario tener en cuenta otros conceptos como los de buena y mala fe que están contenidos en la Constitución Política¹⁰⁵ y en la ley, a propósito de algunas instituciones como por ejemplo contratos, bienes y familia.

(...)

“Es claro entonces que se trata de establecer una responsabilidad subjetiva cualificada, en la cual juega un papel decisivo el análisis de la conducta del agente; por ello, no cualquier equivocación, no cualquier error de juicio, no cualquier actuación que desconozca el ordenamiento jurídico permitirá deducir la responsabilidad del agente, ex agente estatal o particular en ejercicio de funciones públicas y, por ello, resulta necesario comprobar la gravedad de la falla en su conducta”¹⁰⁶.

Pues bien, en el presente caso concreto no existe medio probatorio alguno que le permita inferir a la Sala que el señor Luis Humberto Salazar, como alcalde del municipio de Pupiales al momento de ocurrencia de los hechos, hubiere actuado con dolo o culpa grave en la sucesión de hechos que llevó a la anulación en sede judicial de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996. Al respecto resulta

¹⁰⁴ Consejo de Estado, S.C.A., Sección Tercera, sentencia de agosto 31 de 1999, Exp. 10865, C. P. Ricardo Hoyos Duque.

¹⁰⁵ El artículo 83 Constitucional reza: “Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas”.

¹⁰⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010, Exp. 17120.

pertinente señalar que quien solicita el llamamiento en garantía de un tercero debe acreditar las situaciones fácticas que lo sustentan, puesto que no basta para el efecto afirmar que dicha obligación se configuró sino que resulta necesario probar de manera suficiente la existencia del dolo o culpa grave del funcionario o ex funcionario público o del particular investido de funciones administrativas para que el mismo prospere.

5.- Condena en costas.

Habida cuenta que para el momento en que se dicta este fallo, el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 indica que sólo hay lugar a la imposición de costas cuando alguna de las partes hubiere actuado temerariamente y, en el *sub lite*, ninguna actuó de esa forma, en el presente asunto no habrá lugar a imponerlas.

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

F A L L A :

PRIMERO: Revócase la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño, el día 10 de octubre de 2003 y, en su lugar, **dispónese** lo siguiente:

“PRIMERO: Declárase administrativamente responsable al municipio de Pupiales por la pérdida de oportunidad sufrida por el señor Luis Antonio Pantoja, pérdida que se debió a la anulación judicial de la Resolución No. 001 del 25 de junio de 1996 por causas imputables de manera exclusiva al municipio de Pupiales.

“SEGUNDO: Condénase al municipio de Pupiales al pago de una suma equivalente a 50 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes a favor del señor Luis Antonio Pantoja, por concepto de perjuicios materiales a título de pérdida de oportunidad.

“TERCERO: Sin condena en costas”.

SEGUNDO: Ejecutoriada esta providencia devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

HERNÁN ANDRADE RINCÓN

MAURICIO FAJARDO GÓMEZ

CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA