

DAÑO - Construcción de la vía Guapante - El Pinar, municipio de Guarne, ocasionando la interrupción de la explotación de la mina Los Pedros o El Coral. Destrucción de acequia que abastecía el municipio

Está demostrado que los demandantes se dedicaban a la explotación continua de la mina conocida como "Los Pedros" o "El Coral", actividad que se vio interrumpida como consecuencia de la construcción de la vía Guapante- El Pinar, por el municipio de Guarne, comoquiera que la obra destruyó la acequia que abastecía de agua la planta de beneficio de la mina. Así se infiere de la múltiple prueba documental que obra en el proceso, constituida por lo informes técnicos de Cornare, al igual que el requerimiento formulado y la sanción impuesta por esa autoridad ambiental al municipio mencionado, además de la comunicación por la cual, la Personera Municipal de San Vicente puso en conocimiento de la Secretaría de Minas y Energía, la problemática social que se desató a raíz de la destrucción de la acequia, al igual que las declaraciones recepcionadas. (...) pese a estar demostrado que los demandantes no pudieron continuar con la explotación de la mina mencionada y que en efecto, ello obedeció a la construcción de la vía Guapante- El Pinar, el daño alegado no deviene en antijurídico.

DAÑO - Noción. Definición. Concepto / EXISTENCIA DEL DAÑO - Importancia. Fundamento

El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de un sujeto, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es "la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera" aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la "amenaza o puesta en peligro del interés", con lo cual se amplía su concepción a la "función preventiva" del mismo. Ahora bien, el efecto jurídico de cualquier daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr su represión, sin embargo, debe tenerse en cuenta que no todo daño merece la reacción del derecho. (...) se destaca su definición de daño como el "menoscabo a todo interés que integra la esfera del actuar lícito de la persona a consecuencia del cual ella sufre la privación (en sentido lato) de un bien procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso." De esta definición se sigue de un lado, que el daño puede recaer no sólo sobre derechos subjetivos o bienes jurídicamente tutelados, sino también sobre intereses simples que no son contrarios al derecho; y del otro, que la licitud del bien afectado es requisito sine quanon para que el daño tenga el carácter de antijurídico, en otros términos, el menoscabo no debe tener por objeto relaciones o situaciones jurídicas ilegítimas, so pena de no poder ser resarcido.

ANTI JURICIDAD - Noción. Definición. Concepto / ANTI JURICIDAD - Clasificación / DAÑO - Es antijurídico cuando se vulnera una norma jurídica / DAÑO - Es antijurídico cuando atenta contra un bien jurídicamente tutelado / ANTI JURICIDAD - Elemento calificador del daño / DAÑO ANTI JURIDICO - Noción. Definición. Concepto / DAÑO JURIDICO - Noción. Definición. Concepto

La antijuridicidad se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es "contrario a derecho", "es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad", ello se refiere a que se desconozca cualquier disposición del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño En este punto es importante

advertir la distinción introducida por Von Litz, según la cual la antijuricidad puede clasificarse en: a) formal (normwidrigkeit), esto es, la violación a una norma de derecho o jurídica, y b) material (rechtwidrigkeit), es decir, el menoscabo a derechos e intereses legítimos que al ser jurídicamente protegidos, no se está en la obligación de soportar su vulneración. Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vásquez Ferreyra, “la antijuricidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos. (...) la antijuricidad pasa de ser un elemento de la conducta causante del daño, a ser un elemento calificador del mismo y el análisis se desplaza del autor del daño a quien lo sufre, esquema que constituye la base de la responsabilidad patrimonial del Estado. (...) el daño antijurídico es aquel que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, lo que permite inferir por oposición que el daño será jurídico cuando exista el deber de padecerlo. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre daño antijurídico, consultar Corte Constitucional, sentencia C-333 de 1 de agosto de 1996

DAÑO ANTIJURIDICO - Elemento o característica para su configuración. Licitud o legitimidad del bien, interés o derecho subjetivo menoscabado / DAÑO JURIDICO - El que recae sobre un bien o interés ilegítimo o ilícito

Aunque son múltiples las definiciones elaboradas sobre el daño, existe un elemento o característica en el que todas ellas convergen: la licitud o legitimidad del bien, interés o derecho subjetivo menoscabado, de manera que el daño sólo será antijurídico cuando recaiga sobre bienes protegidos por el derecho o al menos que no le sean contrarios, en pocos términos, debe ser un bien querido por el derecho(...) Para que el interés afectado sea pasible de reparación, debe ser lícito, pues aunque existen un sinnúmero de actividades o situaciones que reportan un provecho para quien las desarrolla, no todas se encuentran en la esfera de permisión del derecho, de manera que aquellas que están por fuera de ese ámbito, pese a sufrir un detrimento, no harán parte de la categoría de daño antijurídico. De allí se sigue como consecuencia ineluctable, que cualquier daño que recaiga sobre un bien o interés ilegítimo, ilícito o contrario a derecho, será jurídico, justo o legítimo y en consecuencia, quien lo sufra se encuentra en el deber jurídico de soportarlo y ello es así, por cuanto sería un contrasentido que el derecho protegiera o restableciera el ejercicio de actividades ilícitas o ilegales. En consecuencia, el daño no sólo será jurídico cuando exista una norma o principio que lo autorice, o cuando no comporte una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, sino también cuando el bien sobre el que recae es ilícito, aun cuando no haya una norma expresa que permita su causación o que obligue al particular a padecerlo. Por tanto, es la “juridicidad del interés conculcado [lo que] fija la injusticia del daño”, de allí que, el centro de la discusión se centra es en la valoración de los intereses afectados, pues de eso depende si el daño merece o no ser resarcido. (...) si bien, es cierto, el ciudadano tiene derecho a conservar indemne su esfera patrimonial y extra patrimonial, y en consecuencia, el Estado tiene el deber de respetar y reparar sus derechos cuando por hechos a él imputables, han sido menoscabados, no puede olvidarse que el ciudadano a la par de sus múltiples derechos también tiene deberes de sujeción frente al ordenamiento jurídico, que implican, entre otros muchos, procurar obtener su sustento del desarrollo de actividades lícitas y legales, pues de lo contrario no podrá invocar la tutela del derecho, en tanto nadie puede derivar provecho o

beneficio de su propio incumplimiento. Así, en el caso sub judice, se pregunta la Sala ¿Es posible resarcir un daño que como se verá más adelante, se deriva directamente del ejercicio de una actividad ilegal, como lo es la explotación minera sin licencia? La respuesta a este interrogante necesariamente debe ser negativa, pues la violación de un deber por parte del particular no puede ser fuente de derechos a su favor y menos de responsabilidad a cargo de la Administración, haciendo inexigible el deber de reparar que radica en cabeza del Estado cuando causa un daño. **NOTA DE RELATORIA:** Sobre el tema, consultar sentencias de: 11 de septiembre de 1997, exp. 11600; 22 de abril de 2004, exp. 14077; 5 de diciembre de 2005, exp. 12158 y de 6 de junio de 2012, exp. 22247

CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD - Artículo 90 de la Constitución Política / CLAUSULA GENERAL DE RESPONSABILIDAD - Su garantía desaparece cuando el beneficio perdido se obtiene con violación del ordenamiento jurídico o es fruto de una actividad prohibida

La garantía consagrada en el artículo 90 de la Carta, según el cual, el Estado está obligado a la reparación de los daños sufridos por los particulares y que le sean imputables a su actividad, desaparece cuando el beneficio perdido se obtuvo con violación del ordenamiento jurídico o es fruto de una actividad prohibida. Conforme a lo expuesto, se concluye que el daño es justo, jurídico o legítimo en los siguientes eventos: i) cuando el interés afectado es lícito pero existe una norma, regla o principio en el ordenamiento jurídico que autoriza su detrimento, sin la concurrencia de la respectiva indemnización; ii) cuando se afecta un interés que es lícito, pero el detrimento no representa una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, sino que se mantiene en los parámetros tolerables e inherentes a la vida en comunidad; y iii) cuando el interés o bien menoscabado es ilícito o ilegítimo, pues como ya se dijo la ilicitud no puede ser fuente de derechos. **NOTA DE RELATORIA:** En el mismo sentido consultar sentencia de 27 de junio de 2012, exp. 24399

DAÑO - Elementos de estructuración a efectos de que sea indemnizable

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

EXPLORACION MINERA - Licencia / EXPLOTACION MINERA - Licencia / LICENCIA DE EXPLORACION MAS NO DE EXPLOTACION MINERA - Desarrollo de una actividad ilícita / DAÑO ANTIJURIDICO - No se configura por el desarrollo de una actividad ilícita / RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - No se configura porque el daño no es antijurídico

Aún cuando está demostrado que el Municipio de Guarne hizo caso omiso de las observaciones formuladas por CORNARE en el informe técnico del 13 de marzo de 1995 y procedió a construir la carretera, destruyendo la acequia que abastecía de agua la mina "El Coral", impidiendo que los demandantes pudieran seguir extrayendo el mineral aurífero de ella, el daño no es antijurídico, toda vez que conforme al acervo probatorio analizado, está demostrado que los accionantes contaban con licencia de exploración, más no de explotación, de donde se sigue que carecían de título minero y la actividad que venían desarrollando era ilícita, al

tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 302, literal c) del decreto 2655 de 1988 (...) la licencia de exploración y explotación tienen objetivos y márgenes de acción diferentes, aun cuando quien solicita la primera, tiene como finalidad última acceder a la segunda. (...) exploración y explotación son dos fases sustancialmente diferentes, pues la primera sólo autoriza al particular para iniciar los estudios tendientes a establecer la presencia de minerales o yacimientos en el suelo y subsuelo, mientras que la segunda abarca ya la extracción y apropiación de los mismos (...) aún cuando la industria ha sido declarada como una actividad de utilidad pública, no escapa a la regulación del Estado y en consecuencia, su ejercicio ilícito y los beneficios que del mismo se deriven no pueden entrar en la esfera de protección del ordenamiento jurídico, de donde se sigue como consecuencia ineluctable que el daño alegado por los demandantes no es antijurídico, pues de las pruebas se colige que los demandantes excedieron los términos de la licencia de exploración que les fue concedida por la Secretaría de Minas del Departamento de Antioquia, en resolución No. 1643 del 20 de octubre de 1993 y procedieron a extraer el mineral aurífero de la mina, aún cuando no contaban con la autorización para a ello. (...) las pretensiones están encaminadas a obtener el resarcimiento de una serie de perjuicios que no son indemnizables, comoquiera que los beneficios que obtenían los demandantes provenían de la realización de una actividad ilegal que no puede ser protegida por el ordenamiento jurídico. Así, aunque es cierto que los demandantes tenían derecho a buscar los medios para obtener su sustento, también tienen el deber correlativo de hacerlo a través de medios legítimos y es precisamente la violación de ese deber, lo que impide que el nocimiento alegado por ellos sea reparado, pues el derecho de daños se pone en marcha para proteger un interés lesionado, pero no un interés ilícito, en pocas palabras, no se puede solicitar la reparación o el restablecimiento de un interés ilegítimo.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2655 DE 1988 - ARTICULO 11 / DECRETO 2655 DE 1988 - ARTICULO 302 LITERAL C

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION C

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., doce (12) de junio de dos mil catorce (2014)

Radicación número: 05001-23-31-000-1997-01054-01(31185)

Actor: GERMAN DE JESUS CEBALLOS GALLO Y OTROS

Demandado: MUNICIPIO DE GUARNE (ANT.) Y OTRO

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 30 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en los procesos acumulados Nos. 1997-01054, 1997-01055 y 1997-01093, en la que se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En escritos presentados el 21 y 30 de abril de 1997, los señores: Germán de Jesús Ceballos Gallo, Leonel de Jesús Díaz Cañas, Pastor Emilio Ceballos Gallo, Marco Tulio Alzate Alzate, Francisco Hernando García Marín, José de Jesús Alzate Ochoa, José Apolinar Castrillón Alzate, Gerardo García Marín, Manuel Ángel Henao Alzate, Rosa Estella Carvajal Vergara, Luis Horacio Díaz y Jorge Antonio Díaz Cardona¹; Alejandro Aníbal García López, José Ignacio García Álvarez, Luis Enrique Bustamante Orozco y Javier de Jesús Bustamante López²; y por último Marco Antonio Duque García, Carlos Enrique Acevedo Díaz, Leonardo Carmona Jiménez, Alfonso de Jesús Acevedo Galeano, Pedro Luis Alzate Gallo, Gustavo de Jesús Alzate Ochoa, Juan Gregorio Bustamante Orozco y Guillermo de Jesús García Díaz³; todos ellos obrando por conducto de apoderada judicial, solicitaron que se declarara patrimonialmente responsable a los Municipios de Guarne (Ant.) y San Vicente (Ant.), por los daños y perjuicios que les fueron ocasionados “en razón de la ejecución de la obra correspondiente a la construcción del tramo final de la carretera Guapante- El Pinal- Santa Rita, la cual destruyó la acequia que conduce el agua de que se sirven la Mina los Pedros y la Planta de Beneficio para el lavado del material aurífero que extraen de la misma de donde se derivan los beneficios económicos de los mineros demandantes.” (fl. 63, cdno. 1)

En consecuencia, solicitaron a título de lucro cesante el reconocimiento de las ganancias dejadas de obtener como consecuencia del hecho dañoso, a razón de 18.0 y 7.6 gramos por tonelada de oro y 11.8 y 1.3 gramos por tonelada de plata, teniendo como base una producción de 3.000 toneladas anuales que extraían los demandantes en compañía de los dueños de la mina, hasta la fecha en que el municipio de Guarne repare la acequia que conducía el agua a la mina y al molino.

¹ Proceso No. 1997-01054

² Proceso No. 1997-01055

³ Proceso No. 1997-01093

De manera subsidiaria, deprecaron el reconocimiento de la suma de \$1.000.000 mensuales en el primer año de parálisis de la obra, para cada uno de ellos, aumentada de manera sucesiva con fundamento en el índice de precios al consumidor, hasta la fecha en que cobre ejecutoria la sentencia.

2. Como fundamento de las pretensiones expusieron los siguientes hechos, que son comunes a todos los procesos:

2.1. Mediante escritura pública No. 628 del 16 de diciembre de 1980, otorgada ante la Notaría Única de San Vicente, los señores: Alejandro García López, Luis Bustamante Orozco, Javier Bustamante López y Constantino Arcila Murillo, adquirieron un lote de terreno situado en el paraje El Coral de ese municipio, en el que se encuentra una mina de oro, conocida con el mismo nombre o también como “Los Pedros”.

2.2. En el lote construyeron el montaje de una planta de beneficio, compuesta por un molino de madera tipo californiano, un tambor de amalgación, un tanque cianurador, un tanque para soluciones de alta concentración y dos tanques de sedimentación y decantación, para efectuar el proceso de lavado del oro extraído de la mina para su posterior venta.

2.3. La actividad exploradora de la mina Los Pedros o El Coral fue legalizada por los señores Alejandro García López y José Ignacio García López, ante la Secretaría de Minas del Departamento de Antioquia, entidad que otorgó el respectivo título minero en resolución No. 1643 del 20 de octubre de 1993, concediéndoles la autorización para explorar la mina en un área de 100 hectáreas.

2.4. El 13 de febrero de 1995, el Municipio de Guarne solicitó ante la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Negro y Nare- CORNARE, licencia ambiental para la construcción del tramo final de la carretera Guapante - el Pinal - Santa Rita, que cruza los municipios de Guarne y San Vicente.

2.5. Mediante oficio No. 002204, CORNARE le manifestó al municipio de Guarne que le permitiría continuar con la construcción de la vía, siempre y cuando cumpliera con las recomendaciones plasmadas en el informe técnico No. 0003933, en el que se señaló la necesidad de implementar un plan de manejo ambiental antes de dar inicio a la ejecución de la obra, entre otras razones, porque

se presentaban “puntos críticos como el paso de la acequia que conduce el agua para la mina el Coral...”

2.6. Pese a lo anterior, el municipio inició la obra sin cumplir con las recomendaciones especificadas en el informe técnico y sin contar con la respectiva licencia ambiental, cuya expedición era competencia de CORNARE y para la que se exigía la existencia de un plan de manejo ambiental, que sólo se presentó hasta el 11 de septiembre de 1995 y se aprobó el 16 de febrero de 1996. Sin embargo, nunca se ejecutaron las obras de prevención en la acequia.

2.7. En mayo de 1995 el municipio de Guarne inició la construcción del tramo final de la carretera Guapante- El Pinal- Santa Rita y como consecuencia de esos trabajos, destruyó la acequia que conducía el agua a la mina “Los Pedros”, más conocida como “El Coral”, de propiedad de los señores Alejandro Aníbal García López y José Ignacio García Álvarez; al igual que la planta de beneficio o molino, pertenecientes a los señores Luis Enrique Bustamante Orozco y Javier de Jesús Bustamante López, todas ellas ubicadas en la vereda Santa Rita del municipio de San Vicente.

2.5. En vista de lo anterior, el señor Alejandro García en compañía de los demás propietarios de la planta de beneficio y de los otros mineros, adelantaron una serie de gestiones, a fin de que los municipios de San Vicente y Guarne procedieran a restablecer el servicio de agua que abastecía el molino, suscribiendo con el Alcalde de este último ente territorial, un acta de compromiso en la que éste se comprometía a ejecutar las obras para restablecer el servicio. Para tal efecto, los burgomaestres de ambos municipios celebraron un convenio interadministrativo en el que el municipio de San Vicente, se comprometió a aportar la suma \$1.500.000 para la reconstrucción de la acequia.

2.6. No obstante, ninguno de los entes territoriales ha procedido a reparar la acequia, aún cuando el municipio de Guarne fue requerido y sancionado por CORNARE por ese hecho.

2.7. Como consecuencia de todo lo anterior, los demandantes se vieron notoriamente afectados, ya que se dedicaban a la minería desde hacía 17 años, actividad por la que percibían en promedio unos ingresos mensuales de \$1.000.000 y de la que derivaban su sustento y el de su familia, desatándose un grave problema social en la región.

3. Las demandas fueron admitidas en autos del 9⁴ y 16⁵ de mayo y 7 de julio⁶ de 1997, y notificadas en debida forma a las entidades demandadas y al Ministerio Público.

4. Al contestar, las entidades accionadas se pronunciaron en los mismos términos en todos los procesos⁷:

4.1. El Municipio de San Vicente manifestó frente a la mayoría de los hechos que no le constaban y debían ser objeto de prueba. En relación al convenio interadministrativo suscrito con el municipio de Guarne, señaló que el mismo tenía como fin, únicamente colaborar con la reparación del acueducto que conducía las aguas hacia la mina de oro en cuestión. Con el fin de derruir las pretensiones de la demanda, formuló la excepción de “culpa exclusiva de un tercero”, toda vez que quien construyó la vía Guapante- El Pinal- Santa Rita-, fue el municipio de Guarne, y en consecuencia es el único responsable de los daños ocasionados a terceros.

4.2. El Municipio de Guarne manifestó que la acequia que conducía el agua a la mina “El Coral” no presenta daños ecológicos como consecuencia de la construcción de la vía y las recomendaciones de CORNARE, fueron formuladas luego de que se terminara esa obra. Igualmente, señaló que el propietario del predio comprometido “se negó rotundamente a permitir la colocación de la tubería” y aclaró que el proyecto sí contaba con licencia ambiental. Añadió que las aguas de la acequia no tenían ninguna merced adjudicada, ni servían a ningún acueducto, y contrario a ello, estaban causando graves problemas en la propiedad del señor Jairo Javier Duque, además de contaminación en la quebrada La Bautista.

De otro lado, arguyó que los demandantes carecen de interés legítimo para demandar, toda vez que no son titulares de licencia minera.

En relación a la sanción impuesta por CORNARE, manifestó que contra ese acto administrativo se interpuso recurso de reposición y el municipio demostró por qué

⁴ Proceso No. 1997-01055

⁵ Proceso No. 1997-01054

⁶ Proceso No. 1997-01093. Cabe anotar que inicialmente la demanda fue inadmitida en auto del 12 de junio de 1997 a fin de que se estimara razonadamente la cuantía, requisito que fue subsanado por la parte demandante.

⁷ Es pertinente aclarar que en el proceso No. 1997-01093, el municipio de Guarne se abstuvo de contestar la demanda.

no ejecutó la obra solicitada, advirtiendo que para la fecha de presentación de la demanda el recurso no se había resuelto.

Finalmente, hizo énfasis en que la reparación de la acequia no se ejecutó por la negligencia del municipio, sino debido a que el señor Jairo Javier Duque no permitió la instalación de la tubería en el sitio requerido, y pese a que la Administración Municipal hizo todo lo posible, carecía de instrumentos jurídicos para imponer la obligación, puesto que la acequia no era una fuente de servicio público domiciliario de acueducto, ni constituía una servidumbre de acueducto debidamente acreditada y quien tenía la competencia para forzar al señor Duque era CORNARE.

5. En proveídos del 4 de octubre⁸ y 24 de noviembre de 1997⁹ y 26 de mayo de 1998¹⁰, se decretaron las pruebas y el 15 de noviembre de 2000 se decretó la acumulación de los procesos de la referencia.

El 2 de febrero de 2002 se realizó la audiencia de conciliación en el proceso No. 1997-01093, mientras en el proceso 1997-01054, se convocó mediante auto del 2 de abril de 2001 y tuvo lugar el 8 de mayo de la misma anualidad. Ambas fracasaron ante la falta de ánimo de conciliatorio de las partes. En esa última actuación - 2 de abril de 2001- el tribunal les corrió traslado a éstas, como también al Ministerio Público, para alegar de fondo y rendir concepto, respectivamente, oportunidad en la que sólo se pronunciaron la parte demandante y el municipio de San Vicente, en los siguientes términos:

5.1. La parte demandante señaló que se logró acreditar que los señores José Ignacio García Álvarez y Alejandro Aníbal García López son los propietarios del título minero, y a su vez este último también es propietario del molino, junto con Luis Enrique Bustamante Orozco y Javier de Jesús Bustamante López; mientras que los demás demandantes eran trabajadores de la mina, para lo cual contaban con la respectiva licencia de exploración y explotación, otorgada por el Departamento de Antioquia. En ese sentido, advirtió que los dueños del título minero jamás se desprendieron de su calidad de titulares o propietarios, aun

⁸ Proceso No. 1997-01054

⁹ Proceso No. 1997-01055

¹⁰ Proceso No. 1997-01093

cuando permitieron que los demás mineros desarrollaran esa actividad, de allí que, no puede predicarse la falta de interés legítimo de su parte.

De otro lado, manifestó que estaba plenamente demostrado el daño, consistente en la destrucción de la acequia, lo que impidió continuar explotando la mina, desencadenando una grave problemática social, como se explicó en el dictamen pericial practicado en el proceso y en otras pruebas documentales.

En relación a la imputación arguyó que en el presente caso, no procede el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, comoquiera que el daño se produjo por la acción directa del municipio de Guarne, ente que construyó la vía que destruyó la acequia. Igualmente, advirtió que las recomendaciones realizadas por CORNARE fueron anteriores a la ejecución de la obra y para ese entonces no existía ninguna oposición para realizar los trabajos de mitigación. Además, señaló que el artículo 165 del Código de Minas contempla la obligatoriedad de las servidumbres en beneficio de la minería.

5.2. El Municipio de San Vicente insistió en la excepción de “culpa exclusiva de un tercero”, pues fue el municipio de Guarne quien ejecutó el proyecto vial Guapante-El Pinal- Santa Rita y citó los contratos de obra No. 4 y No. 16, celebrados entre ese ente territorial y dos particulares. En el mismo sentido, iteró que si bien, de manera espontánea se comprometió a aportar la suma de \$1.500.000 para financiar las reparaciones de la acequia, esa actuación fue posterior al hecho dañoso y tuvo como única intención “coadyuvar a una pronta solución ante el daño causado por el municipio de Guarne” (fl. 154, exp. 1997-01093).

6.3. El Municipio de Guarne y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a quo*, en providencia del 30 de noviembre de 2004, negó las pretensiones de la demanda. Luego de hacer un análisis de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en el proceso, encontró demostrado que como consecuencia de la construcción de la vía El Pinal- Guapante por parte del municipio de Guarne, se causaron daños a la acequia que surtía de agua la mina “Los Corales” o “Los Pedros”, ocasionando perjuicios a quienes se dedicaban a la actividad minera, por lo que el Alcalde de ese municipio acordó con el demandante reparar la acequia. Sin embargo,- concluyó el *a quo*-, no fue posible iniciar las

obras de reparación, debido a la oposición de los propietarios de varios predios por los que pasaba el agua.

En el anterior orden de ideas, consideró que no podía atribuirse responsabilidad a los entes demandados, en tanto fueron terceras personas las que impidieron que se reparara la acequia.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

1. La parte demandante presentó recurso de apelación, con el argumento de que en la sentencia de primer grado se reconoció la responsabilidad de los demandados y además, el municipio de Guarne causó el daño de manera consciente, ya que conocía previamente cuáles eran las obras necesarias y requeridas para prevenir la destrucción de la acequia, como se infiere del estudio técnico No. 003933 del 13 de marzo de 1995, elaborado por CORNARE y de las Resoluciones Nos. 4878 del 21 de abril de 1995 y 639 del 16 de febrero de 1996, expedidas por la misma autoridad ambiental.

De acuerdo con lo anterior, considera intrascendente la supuesta oposición que formuló el tercero frente a la ejecución de las obras de reparación de la acequia, pues lo que debían hacer los municipios demandados era atender las recomendaciones de CORNARE para prevenir el daño. En ese mismo sentido adujo que el único opositor fue el señor Jairo Duque, quien únicamente presentó ante CORNARE una queja a fin de que esa entidad le determinara si tenía el deber de continuar soportando el gravamen impuesto por el paso del agua, puesto que el mismo estaba causando daños en su propiedad. Mencionó además que el municipio de Guarne expidió la resolución No. 013 del 15 de mayo de 1998, en virtud de la cual ordenó a varios propietarios abstenerse de realizar actos tendientes a obstaculizar la reconstrucción de la acequia, decisión que no fue objetada por el señor Duque. En consecuencia, concluyó el recurrente, que nada le impedía a la administración municipal realizar las obras para restablecer el fluido del agua., para lo cual se basó en el Oficio No. P 131-95 de la Personería Municipal de San Vicente y el testimonio de la Dra. Amparo de la Cruz Gil Marín, quien fungió como personera de ese municipio.

En consecuencia, consideró que no se configuraba el hecho de un tercero como eximente de responsabilidad, toda vez que no fue imprevisible ni irresistible para la

Administración y los demandantes no están en la obligación de soportar la carga impuesta por la construcción de la vía El Pinal- Guapante.

2. El recurso se concedió el 11 de abril de 2005 y se admitió el 21 de octubre del mismo año, y luego de ello se corrió traslado a las partes para alegar y al Ministerio Público para emitir concepto, etapa en la que todos guardaron silencio.

IV. CONSIDERACIONES

1. La Sala es competente para conocer del asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2004, por el Tribunal Administrativo de Antioquia, comoquiera que la pretensión mayor, individualmente considerada-, supera la cuantía necesaria para que un proceso iniciado en 1997 tuviera esa vocación¹¹.

2. Conforme a las pruebas que fueron practicadas y recaudadas en el proceso, están demostrados los siguientes hechos:

2.1. Según la escritura pública de compraventa No. 628, otorgada el 16 de diciembre de 1980, ante la Notaría Única del Círculo Notarial de San Vicente, el señor Abigaíl García Cardona vendió a los señores Alejandro García López, Luis Enrique Bustamante Orozco, Javier Bustamante López y Constantino García Murillo, un lote de terreno con sus mejoras y anexidades, con una cabida aproximada de ¼ de hectárea, situado en el paraje conocido como “El Coral” y “que los compradores destinar[an] para hacer sus viviendas rurales, y montaje de un molino (fls. 35 y 36, cdno. 2). Se advierte que no se aportó el folio de matrícula inmobiliaria, con el que se acredita la tradición del bien, por lo que no se encuentra demostrada la propiedad sobre el predio. Sin embargo, este aspecto no es relevante para la *litis*, toda vez que el daño alegado se deriva de la imposibilidad de explotar la mina y no guarda ninguna relación con el ejercicio del derecho real de dominio.

2.2. Mediante resolución No. 4581 del 19 de diciembre de 1988, la Gobernación de Antioquia le otorgó al señor Luis Enrique Bustamante, permiso de exploración y explotación de la mina de oro en veta, denominada “El Coral”, ubicada en el

¹¹ De acuerdo con las demandas, el valor de la pretensión mayor ascendía a \$23.000.000, suma que corresponde al lucro cesante y excedía para el año en que fueron presentadas – 21 y 30 de abril de 1997- la establecida en el numeral 10° del artículo 132 del Decreto 01 de 1984, subrogado por el Decreto 597 de 1988. (ver fl. 77, cdno. 3)

municipio de San Vicente. Además, se dispuso en el artículo segundo, que el término inicial del permiso sería de 5 años, contados a partir del día siguiente al de la entrega de la zona, que podría ser prorrogado por un término igual, a solicitud expresa de sus titulares fls. 186-191, cdno. 1).

Como consecuencia de lo anterior, el 28 de noviembre de 1988 la Gobernación de Antioquia dispuso la entrega de la mina “El Coral”, al señor Luis Enrique Bustamante, comisionando para tal efecto al Alcalde Municipal de San Vicente (fl. 184, cdno. 1), quien hizo efectiva la entrega el 19 de diciembre del mismo año, como consta en el acta respectiva (fl. 185, cdno. 1).

3.3. Posteriormente, los señores Alejandro Aníbal García López y José Ignacio García Álvarez, solicitaron ante el Ministerio de Minas y Energía, licencia de exploración de la mina señalada (fl. 188, cdno. 2), que en efecto fue otorgada en virtud de la resolución No. 1643 del 20 de octubre de 1993 de la Secretaría de Minas y Energía del Departamento de Antioquia, en los siguientes términos:

“PRIMERO: Otorgar a los señores ALEJANDRO ANÍBAL GARCÍA LÓPEZ y JOSÉ IGNACIO GARCÍA ÁLVAREZ, identificados con cédula de ciudadanía números 3.595.018 de San Vicente y 760.852 de Sonsón, **Licencia de Exploración** de una mina de oro en veta, denominada “LOS PEDROS”^[12] ubicada en jurisdicción del (los) municipio(s) de San Vicente de este departamento, radicada en la Sección Minero Ambiental de esta Secretaría bajo el número 00040 para pequeña minería [...]” (fl. 214, cdno. 2, resaltado de la Sala).

A su vez, en la parte resolutive de la licencia, se hicieron las siguientes observaciones:

“[...] Según concepto emitido por la Sección Minero Ambiental de esta Secretaría mediante oficio 613 del 27 de septiembre de 1993, que dice: ‘La licencia para exploración se puede otorgar advirtiendo al interesado que por la competencia legal de CORNARE sobre la zona, ésta tiene restricciones especiales para el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales. La alinderación es la que se indica en el formulario del 26 de septiembre de 1991.

“El programa de exploración debe ejecutarse cumpliendo estrictamente las normas de protección ambiental para agua, aire, suelo, flora y fauna, evitando y mitigando los impactos ambientales; se debe tener en cuenta que esta zona forma parte de las cuencas generadoras de aguas para consumo humano y producción de energía.

¹² Recuérdese que la mina “Los Pedros” también es conocida como “El Coral”.

“Es importante insistir en que la licencia es para explorar y no para explotar.” (fl. 215, cdno. 2, resaltado de la Sala).

La licencia de exploración fue modificada y aclarada por las resoluciones Nos. 2982 del 12 de octubre de 1994 y 3423 del 8 marzo de 1995, respectivamente, en lo referente a las coordenadas y extensión del área de exploración de la mina (fls. 224 y 230, cdno. 2). Finalmente, fue registrada el 27 de diciembre de 1994, según consta en el Certificado de Registro Minero expedido esa misma fecha (fl. 33, cdno. 2).

3.4. El 15 de febrero de 1995, el entonces Alcalde Municipal de Guarne, Alfredo Antonio Naranjo Hurtado, solicitó a CORNARE licencia ambiental para la construcción de las vías Guapante- El Pinal, Mejía Parte baja El Molino- Mejía Parte Alta El Molino y El Palmar- El Molino, y señaló que el municipio se comprometería a “realizar obras de mitigación que se requieren para poder tener la mayor armonía Hombre- Naturaleza.” (fls. 5-13, cdno. 2).

En vista de lo anterior, el 8 de marzo de 1995, la autoridad ambiental realizó una visita ocular a las veredas Guapantes y El Pinar-, donde se realizaría la obra-, y se pronunció sobre la solicitud formulada por el municipio de Guarne, en el informe técnico del 13 de marzo del mismo año, del que se destacan entre otras, las siguientes observaciones y conclusiones:

“- En el tramo final K2+900 hasta el empalme con la vía existente, la situación es de menor deterioro ambiental ya que los suelos por donde pasará la vía ya han sido intervenidos por el hombre; **se presentan puntos críticos como el paso de la acequia que conduce el agua para la mina el Coral e intervención de cultivos por predios del Sr Jairo Duque [...]**

[...]

“Existe en este tramo un (1) punto crítico en consideración que es necesario definir con anticipación y es el paso de la acequia que conduce el agua hacia la mina el Coral; donde se debe colocar una tubería reforzada 36” (teniendo en cuenta la long (sic) más recomendada –entrada y salida- pendiente y la condición estructurales de soporte de cargas de vehículos pesados). - Fls. 156-159, cdno. 1, negrillas de la Sala-

A su vez, se le exigió al municipio un Plan de Manejo Ambiental, conforme al Decreto 1753 del 3 de agosto de 1994.

3.5. El 12 de junio de 1995, el municipio de Guarne y el señor Alejandro García López, suscribieron un acuerdo, en el que el primero se comprometió a ejecutar

las obras que fueran necesarias para restablecer el servicio de agua hacia la mina del segundo, quien a su vez se comprometía a suspender la acción de tutela interpuesta contra el burgomaestre de esa localidad, como consta en el acta de compromiso de esa misma fecha (fl. 38, cdno. 2).

3.6. En vista de lo anterior, ese mismo día, se celebró un convenio interadministrativo entre los municipios de Guarne y San Vicente, que tenía por objetivo “la participación económica de ambos municipios (Guarne- San Vicente), en la realización de obras de mitigación de impacto ambiental en la carretera que une estos municipios en las veredas ‘Guapante y Santa Rita’, respectivamente”, para lo cual, el municipio de San Vicente aceptó aportar la suma de \$1.500.000, y a su vez, el de Guarne se comprometió a realizar las obras fueran necesarias “para la reparación del acueducto que conduce las aguas hacia la mina de oro propiedad de señor ALEJANDRO ANÍBAL GARCÍA LÓPEZ.” (Fl. 40, cdno. 2). 3.7. Igualmente, con el mismo fin, el 15 de junio de 1995, se celebró entre el Municipio de Guarne y el señor William Belalcázar Botero, el contrato de obra No. 4, cuyo objeto era “la colocación de tubería de 15 pulgadas a través de túnel, en una extensión de 120 metros lineales a todo costo, en la carretera Guapante- Santa Rita” (fls. 365-366, cdno. 2).

3.8. Sin embargo, ante el incumplimiento del acuerdo, el señor Alejandro Aníbal García López continuó con la acción de tutela instaurada contra el Alcalde Municipal de Guarne, con el fin de obtener la reconstrucción del acueducto. El amparo fue denegado en sentencia de primera instancia, proferida el 4 de agosto de 1995 por el Juzgado Promiscuo Municipal de ese municipio (fls. 163-168, cdno. 2), que fue confirmada en segunda instancia por el Juzgado Laboral del Circuito de Ríonegro, en fallo del 8 de septiembre de 1995 (fl. 169-176, cdno. 2).

3.9. Con el fin de atender los requisitos exigidos por CORNARE en el informe del 13 de marzo de 1995, el 11 de septiembre de la misma anualidad, el municipio de Guarne presentó ante esa entidad, el Plan de Manejo Ambiental para la Vía El Pinal- Santa Rita (fls. 19-24, cdno. 2), que fue avalado por esa autoridad.

3.10. El 21 de noviembre de 1995, la Dra. Amparo de la Cruz Gil Marín, quien fungía como personera municipal de San Vicente, puso en conocimiento de la Secretaría de Minas y Energía del Departamento de Antioquia, la problemática que aquejaba a ese municipio, como consecuencia de la imposibilidad de explotar

la mina El Coral, por la falta de agua, a causa de la construcción de la carretera Guapante - Guarne, en terrenos del señor Jairo de Jesús Duque Castaño. Al respecto, expresó la funcionaria:

“En razón a lo anterior y por oposición del señor Jairo de Jesús Duque Castaño, el Alcalde en mención [se refiere al Alcalde de Guarne] no ha restablecido el servicio del agua por el cause donde venía corriendo, antes de la perturbación con la razón única de que el propietario no permite que se haga el túnel de debajo de la carretera citada, necesario para que no se dañe la vía y para el cruce normal del agua a la mina.” (fls. 556 y 557, cdno. 2)

3.11. Mediante auto No. 059 del 27 de diciembre de 1995, CORNARE requirió al municipio para que dentro de los 30 días siguientes a esa providencia, implementara las obras exigidas en el informe técnico del 13 de marzo de 1995, concretamente la relacionada con la instalación de la tubería reforzada de 36”, para mitigar el impacto que la construcción de la carretera tuvo sobre la acequia que abastecía de agua la mina El Coral (fl. 43, cdno. 2).

3.12. En resolución No. 639 del 16 de febrero de 1996 (fls. 27-29, cdno. 2), se aprobó el Plan Ambiental presentado por el municipio de Guarne ante Cornare y además se le ordenó “la ejecución inmediata de la obra de entubado con tubería reforzada de 0 36” en el paso de la acequia que conduce el agua hacia la mina ‘El Coral’, restituyendo así, la servidumbre de acueducto interrumpida”. (fls. 27- 28, cdno. 2)

3.13. En virtud de la resolución No. 521 del 13 de febrero de 1997, CORNARE impuso a la Administración Municipal de Guarne, una multa de 50 SMLMV y le concedió un término perentorio de 15 días para que diera cumplimiento “a lo dispuesto reiterativamente por la Corporación en lo que respecta al entubado en 36” que permite restablecer el funcionamiento de la acequia que conduce el agua a la mina denominada Los Pedros” (fls. 598- 599, cdno. 2). Lo anterior, toda vez que hasta esa fecha, el municipio no había dado cumplimiento a lo ordenado por la autoridad ambiental, en relación al restablecimiento de la acequia.

3.14. En el trámite de la primera instancia, se recibieron los siguientes testimonios:

- El ingeniero Óscar Enrique Martínez Moreno, Coordinador de la Unidad de Control y Seguimiento de CORNARE y quien conoció del caso de la mina “El Coral”, e incluso la visitó en una oportunidad, manifestó:

"[...] Como resultado de esa visita se pudo establecer que el recurso hídrico utilizado para esta actividad no estaba reglamentada, no contaba con concesión, la acequia utilizada desde el siglo pasado según informes de vecinos e ingenieros se encontraba interrumpida en el punto de intercepción don (sic) la vía mencionada, el montaje de las instalaciones para el beneficio tenía una infraestructura adecuada y la actividad de exploración y futura explotación podía realizarse previa presentación y aprobación del plan de manejo y tramitación de la concesión de aguas, tal como se estipula en el informe técnico de septiembre 15 de 1995 [...] PREGUNTA. Sabe usted y le consta, si las recomendaciones estipuladas en el informe técnico enviado al municipio de Guarne fueron cumplidas parcial o totalmente. RESPONDE: Si se refiere al informe técnico del plan de manejo de la vía que contempla construcción de algunas obras hidráulicas y de drenaje y el enlace de la acequia en el de intercepción se cumplieron parcialmente en cuanto a lo que se refiere a obras hidráulicas en algunos puntos pero no en cuanto a la reposición del tramo de la acequia con tubería [...]" (Fl. 308, cdno. 2)

- Por su parte, el ingeniero Pablo León Agudelo Trujillo, quien para la fecha de los hechos se desempeñaba como contratista de CORNARE, señaló:

"[...] En cuanto a la acequia se constató la evidencia del daño sobre el terreno, el daño constaba en la interrupción de la acequia por la vía, ya que esta pasaba por la acequia y por ende la interrupción de la conducción de agua hasta el Molino [...] la planta de beneficiop (sic) y en especial el Molino no estaba en funcionamiento debido a la falta de agua ya que ésta es la que acciona la rueda en madera tipo pelton que le da movimiento al molino de pizones tipo californiano o antioqueño." (fls. 317-318, cdno. 2)

- La Dra. Amparo de la Cruz Gil Marín, quien para la fecha de los hechos fungió como personera municipal de San Vicente, señaló frente al daño generado en la mina:

"[...] no tuve oportunidad de verla funcionando en toda su plenitud, por cuanto cuando hice visita el molino se movía con una fuerza muy deficiente, pues no alcanzaba a hacer un trabajo propio de la mina y ello debido a que, se deben mover por parte del molino, ciertos pistones muy pesados que trituran la tierra y no tenía la suficiente capacidad para realizar el trabajo, debiéndose dar esa situación por la falta adecuada del caudal de agua que inicialmente tenía la mina y que fue perturbada por la carretera en que estuvo comprometido hacerla el doctor Alfredo Naranjo, que en ese entonces era el Alcalde de Guarne en convenio administrativo con la Alcaldía de San Vicente Ant [...] Se perjudicó la labor minera desempeñada por mineros de Santa Rita. El Coral y en especial a los propietarios de esa mina, Don Alejandro, creo que es de apellido García, Don Ignacio, un señor Gerardo García, un señor de apellido Muñetón, un

señor de apellido Duque, muchas familias que hasta laboraban con sus hijos pequeños y sus esposas [...]” (fl. 109, cdno. 3).

- Por su parte, los señores Julio Enrique Marín Arcila (fl. 294, cdno. 2 y 106, cdno. 3), y Uriel Nicolás Arismendy (fl. 209, cdno. 1), narran que periódicamente les compraban a varios de los demandantes, especialmente a los señores José Ignacio García y Alejandro Aníbal García, el oro que éstos extraían de la mina Los Pedros o El Coral.

- También se recepcionaron los testimonios de los demandantes Manuel Ángel Henao Alzate, Gerardo García Marín, Alejandro Aníbal García López, José Ignacio García Álvarez, Javier de Jesús Bustamante Lóez y Luis Enrique Bustamante Orozco. Sin embargo, los mismos no serán valorados, toda vez que al obrar como accionantes en los procesos de la referencia, debieron ser practicados como interrogatorio de parte, conforme al artículo 199 del C.P.C. y no como testimonio.

- Finalmente, en declaración de parte, el señor Manuel Ángel Henao Alzate, señaló que tanto él como los demás demandantes se dedicaban a la minería de manera continua, bien fuere en la extracción de oro o el mantenimiento del molino (fl. 192, cdno. 1).

4. Conforme a los medios de convicción relacionados, está demostrado que los demandantes se dedicaban a la explotación continua de la mina conocida como “Los Pedros” o “El Coral”, actividad que se vio interrumpida como consecuencia de la construcción de la vía Guapante- El Pinar, por el municipio de Guarne, comoquiera que la obra destruyó la acequia que abastecía de agua la planta de beneficio de la mina. Así se infiere de la múltiple prueba documental que obra en el proceso, constituida por lo informes técnicos de Cornare, al igual que el requerimiento formulado y la sanción impuesta por esa autoridad ambiental al municipio mencionado, además de la comunicación por la cual, la Personera Municipal de San Vicente puso en conocimiento de la Secretaría de Minas y Energía, la problemática social que se desató a raíz de la destrucción de la acequia, al igual que las declaraciones recepcionadas.

Ahora bien, se anuncia desde ya que la sentencia recurrida será confirmada, más no por las razones expuestas en ella, sino porque se advierte que pese a estar demostrado que los demandantes no pudieron continuar con la explotación de la mina mencionada y que en efecto, ello obedeció a la construcción de la vía

Guapante- El Pinar, el daño alegado no deviene en antijurídico, por las razones que se explican a continuación.

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

El daño se refiere a aquel evento en el cual se causa un detrimento o menoscabo en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de un sujeto, es decir, cuando se lesionan los intereses de una persona en cualquiera de sus órbitas, es “la ofensa o lesión de un derecho o de un bien jurídico cualquiera”¹³ aunque algunos autores han considerado que esta concepción debe incluir también la “amenaza o puesta en peligro del interés”¹⁴, con lo cual se amplía su concepción a la “función preventiva”¹⁵ del mismo.¹⁶ Ahora bien, el efecto jurídico de cualquier daño consiste en una reacción que el derecho facilita para lograr su represión, sin embargo, debe

¹³ ORGAZ Alfredo. El daño resarcible. 2ª Edición. Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires. Pág. 36. En ese mismo sentido VÁSQUEZ Ferreira Roberto en su obra Responsabilidad por daños. Ed. Depalma, Buenos Aires. Pág. 174 lo definió así: “El daño es la lesión a un interés jurídico.”

¹⁴ DE LORENZO Miguel Federico. El daño injusto en la responsabilidad civil. Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires. Pág. 17.

¹⁵ VÁSQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 170.

¹⁶ En ese orden de ideas, se encuentran diversos conceptos del daño que ha planteado la doctrina:

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

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

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

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

tenerse en cuenta que no todo daño merece la reacción del derecho. Así, en un comienzo se restringió el daño como el menoscabo sufrido por derecho subjetivo, definición que dejaba por fuera otras categorías jurídicas. Posteriormente se habló del daño como el detrimento de un bien jurídicamente tutelado, definición que también excluía los intereses que pese a no estar consagrados en una norma o protegidos expresamente por el ordenamiento jurídico, son lícitos, en tanto no están prohibidos. Este vacío doctrinario fue puesto de manifiesto por el profesor Eduardo Zannoni en su obra *El daño en la responsabilidad civil*, en la que señala:

“[...] también existen en la esfera propia de las personas otros intereses que no han logrado trascender como presupuestos de un derecho subjetivo, y que, además carecen de un medio de protección (legítimo) para asegurar su satisfacción. Sin embargo, no se trata de intereses repugnantes al derecho. O sea, su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible.” (p. 9)¹⁷

Igualmente, se destaca su definición de daño como el “menoscabo a todo interés **que integra la esfera del actuar lícito** de la persona a consecuencia del cual ella sufre la privación (en sentido lato) de un bien procurado a través de ese actuar y que, objetivamente, es razonable suponer que lo habría mantenido de no acaecer el hecho dañoso.” De esta definición se sigue de un lado, que el daño puede recaer no sólo sobre derechos subjetivos o bienes jurídicamente tutelados, sino también sobre intereses simples que no son contrarios al derecho; y del otro, que la licitud del bien afectado¹⁸ es requisito *sine quanon* para que el daño tenga el carácter de antijurídico, en otros términos, el menoscabo no debe tener por objeto relaciones o situaciones jurídicas ilegítimas, so pena de no poder ser resarcido, aspecto sobre el cual se volverá más adelante con mayor detalle.¹⁹

La antijuridicidad²⁰ se refiere a aquello que no se tiene la obligación de padecer, al evento que es “contrario a derecho”²¹, “es la contradicción entre la conducta del sujeto y el ordenamiento jurídico aprehendido en su totalidad”²², ello se refiere a

¹⁷Zannoni, E. 1982. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, p. 9. Y más adelante, aclara el autor que cuando se afirma que el daño debe lesionar un interés legítimo, se refiere a que “el perjuicio no tenga por objeto relaciones o situaciones jurídicas ilegítimas” (p. 9).

¹⁸ Por bien se hace referencia a interés, derecho o subjetivo o bien jurídicamente tutelado.

¹⁹ Zannoni, E. 1982. *El daño en la responsabilidad civil*. Buenos Aires, Astrea, p. 14.

²⁰ Término que ha sido aceptado por un sector de la doctrina como sinónimo de injusto, y en ciertos eventos de ilícito.

²¹ BUSTOS Lago José Manuel, Ob. cit. Pág. 45.

²² Nota del original: “Cfr. BUERES, A. J.: <<El daño injusto y la licitud>> op. Cit., p. 149. En el mismo sentido, entre otros, RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*, op cit., p. 343: <<Para la determinación de la antijuridicidad resulta decisivo el ordenamiento jurídico en su conjunto>>”. BUSTOS Lago José Manuel. Ob. cit. Pág. 50.

que se desconozca cualquier disposición del compendio normativo, sin importar la materia o la rama del derecho que se vulnera, puesto que la transgresión a cualquiera de ellas, genera la antijuridicidad del daño²³. En este punto es importante advertir la distinción introducida por Von Litz, según la cual la antijuridicidad puede clasificarse en: a) formal (*normwidrigkeit*), esto es, la violación a una norma de derecho o jurídica, y b) material (*rechtwidrigkeit*), es decir, el menoscabo a derechos e intereses legítimos que al ser jurídicamente protegidos, no se está en la obligación de soportar su vulneración.

Sin embargo, es preciso señalar que no sólo es antijurídico el daño cuando se vulnera una norma jurídica, sino también aquel que atenta contra un bien jurídicamente protegido, en palabras de Roberto Vásquez Ferreyra, “la antijuridicidad supone una contradicción con el ordenamiento, comprensivo éste de las leyes, las costumbres, los principios jurídicos estrictos dimanantes del sistema y hasta las reglas del orden natural. En esta formulación amplia caben los atentados al orden público, las buenas costumbres, la buena fe, los principios generales del derecho y hasta el ejercicio abusivo de los derechos²⁴”²⁵.

Bajo la lógica anterior, la antijuridicidad pasa de ser un elemento de la conducta causante del daño, a ser un elemento calificador del mismo y el análisis se desplaza del autor del daño a quien lo sufre, esquema que constituye la base de la responsabilidad patrimonial del Estado. Así, el profesor García de Enterría ha señalado que un perjuicio se torna en antijurídico “y se convierte en lesión resarcible siempre que y solo cuando la persona que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportarlo.”²⁶ La Corte Constitucional en sentencia C-333 del 1º de agosto de 1996, en lo que se refiere al daño antijurídico, indicó:

²³ Sobre el concepto de daño antijurídico resulta ilustrativo, la breve reseña que sobre el mismo presenté, VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 128.: “En una primera aproximación, Compagnucci de Caso define a la antijuridicidad como “el acto contrario a derecho, considerado este último concepto como una concepción totalizadora del plexo normativo.”

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

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

²⁴ Nota del original: “así lo expusimos en nuestra obra *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo*, ED. Vélez Sarsfield, Rosario, 1988, p.67. Ver también Alberto Bueres en *El daño injusto y la licitud...*, ob. cit., p. 149, y Omar Barbero, *Daños y perjuicios derivados del divorcio*, Edit. Astrea, Bs. As., 1977, p. 106.”

²⁵ VÁZQUEZ Ferreira Roberto. Ob. cit. Pág. 131.

²⁶ García de Enterría, E. & Fernández, T. (2008). *Curso de Derecho Administrativo*, T. II. Bogotá, Temis, p. 364.

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

“La doctrina española ha definido el daño antijurídico no como aquel que es producto de una actividad ilícita del Estado sino como el perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. Esta concepción fue la base conceptual de la propuesta que llevó a la consagración del actual artículo 90. (...).

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

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

No cabe duda entonces, que el daño antijurídico es aquel que el particular no tiene el deber jurídico de soportar, lo que permite inferir por oposición que el daño será jurídico cuando exista el deber de padecerlo. Sin embargo, esta definición no ofrece ningún criterio para determinar bajo qué circunstancias una persona estaría obligada a sufrir un menoscabo en sus derechos, bienes o intereses, por lo que cabe preguntarse, ¿cuándo existe el deber jurídico de soportar el daño? O en otros términos, ¿cuándo el daño puede considerarse “justo”?

Aunque son múltiples las definiciones elaboradas sobre el daño, existe un elemento o característica en el que todas ellas convergen: la licitud o legitimidad del bien, interés o derecho subjetivo menoscabado, de manera que el daño sólo será antijurídico cuando recaiga sobre bienes protegidos por el derecho o al menos que no le sean contrarios, en pocos términos, debe ser un bien querido por el derecho, en palabras de De Cupis, “lo que el derecho tutela, el daño vulnera”. Al respecto, resultan pertinentes las reflexiones del autor italiano en este sentido:

“[...] el objeto del daño en sentido jurídico se configura como *más limitado* respecto al objeto del daño entendido genéricamente; pues que, mientras el objeto del daño genéricamente entendido es *cualquier situación favorable* (véase num. 3), que se refiera o no a seres humanos, objeto del daño en sentido jurídico no puede ser más que un *interés humano* jurídicamente tutelado. Ciertamente también, la reacción jurídica encuentra su razón de ser tan solo frente al daño ocasionado a aquello que el derecho tutela y, por tanto, sólo el interés humano puede recibir la tutela del derecho.”²⁷

Para que el interés afectado sea pasible de reparación, debe ser lícito, pues aunque existen un sinnúmero de actividades o situaciones que reportan un provecho para quien las desarrolla, no todas se encuentran en la esfera de permisión del derecho, de manera que aquellas que están por fuera de ese ámbito, pese a sufrir un detrimento, no harán parte de la categoría de daño antijurídico. De allí se sigue como consecuencia ineluctable, que cualquier daño que recaiga sobre un bien o interés ilegítimo, ilícito o contrario a derecho, será jurídico, justo o legítimo y en consecuencia, quien lo sufra se encuentra en el deber jurídico de soportarlo y ello es así, por cuanto sería un contrasentido que el derecho protegiera o restableciera el ejercicio de actividades ilícitas o ilegales. En consecuencia, el daño no sólo será jurídico cuando exista una norma o principio que lo autorice, o cuando no comporte una ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas, sino también cuando el bien sobre el que recae es ilícito, aun cuando no haya una norma expresa que permita su causación o que obligue al particular a padecerlo. Por tanto, es la “juridicidad del interés conculcado [lo que] fija la injusticia del daño”, de allí que, el centro de la discusión se centra es en la valoración de los intereses afectados, pues de eso depende si el daño merece o no ser resarcido.²⁸

Lo anterior se explica, por cuanto si bien, es cierto, el ciudadano tiene derecho a conservar indemne su esfera patrimonial y extra patrimonial, y en consecuencia, el Estado tiene el deber de respetar y reparar sus derechos cuando por hechos a él imputables, han sido menoscabados, no puede olvidarse que el ciudadano a la par de sus múltiples derechos también tiene deberes de sujeción frente al ordenamiento jurídico, que implican, entre otros muchos, procurar obtener su sustento del desarrollo de actividades lícitas y legales, pues de lo contrario no podrá invocar la tutela del derecho, en tanto nadie puede derivar provecho o beneficio de su propio incumplimiento. Así, en el caso *sub judice*, se pregunta la

²⁷ De Cupis, A. (1975). El daño. Barcelona, Bosch, p. 109.

²⁸ Agoglia, M. (1999). El daño jurídico, enfoque actual, Buenos Aires, La Ley, p. 49.

Sala ¿Es posible resarcir un daño que como se verá más adelante, se deriva directamente del ejercicio de una actividad ilegal, como lo es la explotación minera sin licencia? La respuesta a este interrogante necesariamente debe ser negativa, pues la violación de un deber por parte del particular no puede ser fuente de derechos a su favor y menos de responsabilidad a cargo de la Administración, haciendo inexigible el deber de reparar que radica en cabeza del Estado cuando causa un daño.

Nuestra jurisprudencia no ha sido ajena a este pensamiento y en varias oportunidades ha denegado el reconocimiento de perjuicios, cuando los mismos se originan en el desarrollo de actividades ilícitas. Así por ejemplo, en sentencia del 11 de septiembre de 1997 la Sección Tercera de esta Corporación señaló que “no constituye fuente de indemnización la pérdida de ingresos o ayudas provenientes de actividades ilícitas”²⁹ y en pronunciamiento del 22 de abril de 2004, se reiteró esa posición y se negó el reconocimiento de perjuicios materiales a los demandantes, por cuanto los ingresos percibidos por las víctimas directas provenían del desarrollo de actividades delictivas³⁰.

A su vez, en sentencia del 5 de diciembre de 2005, se sostuvo expresamente que “no todos los daños son indemnizables” y se aludió a la imposibilidad de reparar aquellos cuya afectación recayera sobre bienes o derechos inconstitucionales:

“Nótese que, de la simple definición de daño antijurídico, pueden deducirse fácilmente dos de sus principales características, a saber:

“La primera: **no todos los daños que causa el Estado resultan indemnizables**, sobre todo si los mismos son el resultado de la actividad estatal lícita, pues **solamente originan el deber de reparación patrimonial aquellos daños que exceden los límites jurídicos que garantizan los derechos e imponen obligaciones exigibles a todas las personas que viven en determinada sociedad**. Se ve, entonces, como la concepción del daño antijurídico, desde esa perspectiva, no solamente resulta acorde con los principios de eficiencia de la función pública y efectividad de los derechos (artículos 228 y 2º de la Constitución), sino también confluye con los principios de igualdad frente a las cargas públicas y solidaridad, que constituyen las piezas angulares del Estado Social de Derecho (artículos 1º y 13 de la Carta). - Negrillas de la Sala-

²⁹ Expediente No. 11.600, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

³⁰ “Por último, se confirmara la denegación de los perjuicios materiales solicitados en las demandas, dado que, se encuentra plenamente probado que el dinero encontrado en la residencia era producto de un asalto bancario a la sucursal del Citibank en la zona de Puente de Aranda, realizado horas antes. En ningún momento se justificó la presencia de los occisos en el inmueble, por razones diferentes a las relacionadas con ese delito. De acuerdo con jurisprudencia reiterada “no constituye fuente de indemnización la pérdida de ingresos o ayudas provenientes de actividades ilícitas”. (Expediente No. 14.077, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

Ahora bien, esta característica del daño antijurídico resulta especialmente relevante en aquellas limitaciones impuestas por el Estado al ejercicio de los derechos reconocidos y garantizados por las normas jurídicas, en tanto que **solamente pueden originar su responsabilidad patrimonial aquellas restricciones que “superan la normal tolerancia” o que impiden el goce normal y adecuado del derecho [...]** (Negrillas de la Sala)

[...]

“La segunda característica del daño indemnizable se encuentra en el hecho de establecer que solamente resultan antijurídicas las lesiones causadas por el Estado a los derechos de las personas que no surgen de su anuencia, aceptación o que son propiciadas por ellos mismos. No se trata de identificar el concepto de daño antijurídico con la causal de exoneración de responsabilidad que rompe la imputación por el hecho o culpa exclusiva de la víctima; se trata de entender que **el Estado no puede indemnizar los daños cuya fuente de indemnización no es objeto de protección jurídica, en tanto que su origen es inconstitucional, ilegal o contraria al principio de buena fe que debe regular todas las actuaciones de los particulares y del Estado** (artículo 83 de la Constitución). En otras palabras, así el daño cuya reparación se pretende pudiese ser causado de manera directa y eficiente por el Estado, no puede ser indemnizado si fue propiciado, auspiciado, avalado u originado con la actuación u omisión de quien lo reclama, en tanto que **el ordenamiento jurídico solamente protege las actuaciones leales y legítimas de los particulares.**” (Negrillas de la Sala)³¹

Del pronunciamiento que se viene de citar, se destacan los siguientes aspectos: i) el Estado no está llamado a reparar todos los daños que ocasione en el ejercicio lícito de su actividad, sino sólo aquellos que superen los parámetros tolerables de las cargas que implican el hecho de vivir en comunidad, es decir, no cualquier carga impuesta al particular genera la obligación de resarcir, lo cual tiene eco principalmente en los eventos de daño especial; y ii) tampoco son indemnizables los daños que tienen por objeto bienes o intereses contrarios a derecho.

En el mismo sentido se pronunció la Corporación, en sentencia del 6 de junio de 2012:

“[...] asimismo, debe tenerse en cuenta que para que el mencionado daño resulte indemnizable se hace menester que el mismo afecte a o se concrete en un derecho subjetivo o en un interés legítimo del cual sea titular la víctima, **derecho o interés que, por consiguiente, han de estar situados dentro de la tutela estatal, bien porque expresamente el ordenamiento así lo dispone, ora por cuanto no**

³¹Exp. 12.158, C.P. Alíer Eduardo Hernández Enríquez.

existe prohibición jurídica alguna que imposibilite su válida consecución por parte de la víctima o su protección por parte de las autoridades. (Negrillas de la Sala).

“De acuerdo con lo anterior, el daño devendrá en antijurídico, entonces, en la medida en que comporte la eliminación o **la disminución de una situación de beneficio lícito** que aprovechaba a la víctima, razón por la cual **no constituyen daños resarcibles las afectaciones producidas respecto de posiciones jurídicas o de actividades ilegítimas —como las que encuadran en la categoría de hechos punibles—, prohibidas por el Derecho o no amparadas por éste, pues en tales eventos concierne a la víctima asumir las consecuencias desfavorables derivadas del hecho dañino** si se tiene en cuenta —se reitera— que como daño antijurídico solamente cabe catalogar aquél que no debe soportar la víctima de acuerdo con el ordenamiento jurídico. [...]”³² (Negrillas de la Sala)

En este orden de ideas, la garantía consagrada en el artículo 90 de la Carta, según el cual, el Estado está obligado a la reparación de los daños sufridos por los particulares y que le sean imputables a su actividad, desaparece cuando el beneficio perdido se obtuvo con violación del ordenamiento jurídico o es fruto de una actividad prohibida.³³

Conforme a lo expuesto, se concluye que el daño es justo, jurídico o legítimo en los siguientes eventos: i) cuando el interés afectado es lícito pero existe una norma, regla o principio en el ordenamiento jurídico que autoriza su detrimento, sin la concurrencia de la respectiva indemnización; ii) cuando se afecta un interés que es lícito, pero el detrimento no representa una ruptura del equilibrio frente a las cargas públicas, sino que se mantiene en los parámetros tolerables e inherentes a la vida en comunidad; y iii) cuando el interés o bien menoscabado es ilícito o ilegítimo, pues como ya se dijo la ilicitud no puede ser fuente de derechos.

En conclusión, se tiene que el daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado, por tal motivo, es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

³² Exp. 22.247, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

³³ En este sentido, también puede consultarse la sentencia del 27 de junio de 2012, Exp. No. 24.399, C.P. Hernán Andrade Rincón.

Retomando el caso *sub judice*, se tiene que aún cuando está demostrado que el Municipio de Guarne hizo caso omiso de las observaciones formuladas por CORNARE en el informe técnico del 13 de marzo de 1995 y procedió a construir la carretera, destruyendo la acequia que abastecía de agua la mina “El Coral”, impidiendo que los demandantes pudieran seguir extrayendo el mineral aurífero de ella, el daño no es antijurídico, toda vez que conforme al acervo probatorio analizado, está demostrado que los accionantes contaban con licencia de exploración, más no de explotación, de donde se sigue que carecían de título minero³⁴ y la actividad que venían desarrollando era ilícita, al tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 302, literal c) del decreto 2655 de 1988³⁵, que en su orden prescriben:

Artículo 11. EJERCICIO ILEGAL DE ACTIVIDADES MINERAS. Está prohibida toda actividad minera de exploración, montaje y explotación sin título registrado y vigente. Quien contravenga esta norma, incurrirá en las sanciones a que se refiere este Código, el Código Penal y las demás contenidas en disposiciones especiales.

Artículo 302. EXPLORACION Y EXPLOTACION ILICITA. Para todos los efectos, se considera que hay exploración o explotación ilícita de recursos mineros:

(...)

“c) Cuando se realicen trabajos de explotación sin título minero”

³⁴ El artículo 16 del decreto 2655 de 1988 definía el título minero en los siguientes términos:

Artículo 16. TITULO MINERO. Título minero es el acto administrativo escrito mediante el cual, con el lleno de los requisitos señalados en este Código, se otorga el derecho a explorar y explotar el suelo y el subsuelo mineros de propiedad Nacional. Lo son igualmente, las licencias de exploración, permisos, concesiones y aportes, perfeccionados de acuerdo con disposiciones anteriores.

Son también títulos mineros los de adjudicación, perfeccionados conforme al Código de Minas adoptado por la Ley 38 de 1887 y las sentencias ejecutoriadas que reconozcan la propiedad privada del suelo o subsuelo mineros. Es entendido que la vigencia de estos títulos de adjudicación y de propiedad privada, está subordinada a lo dispuesto en los artículos 3º, 4º y 5º de la Ley 20 de 1969.

El derecho emanado del título minero es distinto e independiente del que ampara la propiedad o posesión superficiares, sean cuales fueren la época y modalidad de éstas.

³⁵ Código de Minas que regía para la fecha de los hechos.

En este punto es pertinente recordar que la licencia de exploración y explotación tienen objetivos y márgenes de acción diferentes, aun cuando quien solicita la primera, tiene como finalidad última acceder a la segunda.

Es así como el artículo 24 del mismo cuerpo normativo, define la licencia de exploración como el “título que confiere a una persona el derecho exclusivo a realizar dentro de una zona determinada, **trabajos dirigidos a establecer la existencia de depósitos y yacimientos de minerales y sus reservas, en calidad y cantidad comercialmente explotables**”; mientras que conforme al artículo 45, la licencia de explotación sobreviene una vez hayan finalizado los trabajos de exploración y comprende el derecho a apropiarse de los minerales mediante su extracción, previo el cumplimiento de lo señalado en esa disposición: Véase:

Artículo 45. LICENCIA DE EXPLOTACION. El titular de la licencia de exploración que haya dado cumplimiento a sus obligaciones y cuyo proyecto sea clasificado en forma definitiva como de pequeña minería, tendrá derecho a convertir su título en licencia de explotación y así lo de declarará el Ministerio o la entidad o autoridad delegada, en la misma providencia en que apruebe los informes y documentos de que trata el artículo 35 de este Código.

También operará dicha conversión, ipso facto, si dentro de los sesenta (60) días siguientes a la presentación de los mencionados informes y documentos, estos no han sido objetados. Vencido este plazo, el Ministerio, oficiosamente, inscribirá en el Registro la nueva calidad del título del interesado.

Por su parte, establece el artículo 35 señala:

Artículo 35. INFORME DE LA PEQUEÑA MINERIA. Los beneficiarios de pequeña minería sólo están obligados a presentar el Informe Final de Exploración y el Programa de Trabajos e Inversiones a la terminación de la licencia de exploración. Estos estarán contenidos en formularios simplificados, de fácil y breve diligenciamiento, que elaborará el Ministerio.

El mencionado despacho, directamente o a través de sus organismos adscritos o vinculados o por medio de otras autoridades o entidades, públicas o privadas, podrá asesorar gratuitamente en la preparación de dichos formularios, a los pequeños mineros que la soliciten.

De acuerdo con lo anterior, no cabe duda de que exploración y explotación son dos fases sustancialmente diferentes, pues la primera sólo autoriza al particular para iniciar los estudios tendientes a establecer la presencia de minerales o

yacimientos en el suelo y subsuelo, mientras que la segunda abarca ya la extracción y apropiación de los mismos, para lo cual, el interesado debe presentar ante el Ministerio de Minas y Energía o la entidad delegada para ese asunto, un Informe Final de Exploración y el Programa de Trabajos e Inversiones, una vez venza la licencia de exploración, como lo preceptúa el artículo 44 del decreto 2655 de 1989:

Artículo 44. OTORGAMIENTO DEL DERECHO A EXPLOTAR. Al vencimiento de la licencia, de exploración, si el titular ha dado cumplimiento a sus obligaciones de acuerdo con los artículos anteriores, tendrá derecho a la correspondiente licencia de explotación si se trata de un proyecto de pequeña minería, o a que con él se suscriba el contrato de concesión, sin ninguna exigencia, requisito o condición distinta de las señaladas en este Código.

Por tanto, huelga concluir que aún cuando la industria ha sido declarada como una actividad de utilidad pública³⁶, no escapa a la regulación del Estado y en consecuencia, su ejercicio ilícito y los beneficios que del mismo se deriven no pueden entrar en la esfera de protección del ordenamiento jurídico, de donde se sigue como consecuencia ineluctable que el daño alegado por los demandantes no es antijurídico, pues de las pruebas se colige que los demandantes excedieron los términos de la licencia de exploración que les fue concedida por la Secretaría de Minas del Departamento de Antioquia, en resolución No. 1643 del 20 de octubre de 1993 y procedieron a extraer el mineral aurífero de la mina, aún cuando no contaban con la autorización para a ello. Recuérdese que en la misma licencia se señaló expresamente que **“es importante insistir en que la licencia es para explorar y no para explotar”**.

³⁶ Así lo establecía el artículo 7 del decreto 2655 de 1988:

“Declárase de utilidad pública o de interés social la industria minera en sus ramas de prospección exploración, explotación, beneficio, transporte, fundición, aprovechamiento, procesamiento, transformación y comercialización. Por tanto, podrán decretarse por el Ministerio de Minas y Energía, a solicitud de parte legítimamente interesada, las expropiaciones de bienes y derechos necesarios para su ejercicio o su eficiente desarrollo.

“Podrán de igual modo decretarse expropiaciones de las minas o del suelo o subsuelo mineros así como de las canteras, cuando en uno u otro caso se requiera integrar tales bienes o derechos a una explotación de gran minería de importación básica para la economía del país y cuyo titular sea una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional.”

La anterior norma fue reproducida en similares términos, en el artículo 13 de la ley 685 de 2001, Código de Minas que rige actualmente.

Bajo la lógica anterior, se tiene que las pretensiones están encaminadas a obtener el resarcimiento de una serie de perjuicios que no son indemnizables, comoquiera que los beneficios que obtenían los demandantes provenían de la realización de una actividad ilegal que no puede ser protegida por el ordenamiento jurídico. Así, aunque es cierto que los demandantes tenían derecho a buscar los medios para obtener su sustento, también tienen el deber correlativo de hacerlo a través de medios legítimos y es precisamente la violación de ese deber, lo que impide que el nocimiento alegado por ellos sea reparado, pues el derecho de daños se pone en marcha para proteger un interés lesionado, pero no un interés ilícito, en pocas palabras, no se puede solicitar la reparación o el restablecimiento de un interés ilegítimo.

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

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

FALLA

PRIMERO. Confírmase la sentencia del 30 de noviembre de 2004, proferida por el Tribunal Administrativo de Antioquia, en la que se negaron las pretensiones de la demanda, pero por las razones expuestas en este proveído.

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

Cópiese, Notifíquese y Cúmplase

Enrique Gil Botero
Presidente

Olga Mélida Valle de De la Hoz

Jaime Orlando Santofimio Gamboa