

Fecha de recepción  
del artículo:  
15 de marzo del 2012

Fecha de aceptación  
del artículo:  
30 de abril del 2012

# Daño especial: reflexiones sobre su autonomía como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva<sup>1</sup>

Special damages: discussion on its autonomy as one of the foundations of objective responsibility

Rosana Lizcano-Orozco\*

## Resumen

El presente artículo muestra el análisis jurisprudencial juicioso de los pronunciamientos del Consejo de Estado como máximo tribunal de lo Contencioso administrativo relacionado con la noción, el alcance y el campo de aplicación del daño especial como título de imputación de la responsabilidad del Estado. En su contenido se expresa cómo el daño especial, más que comportar un título de imputación del sistema objetivo de la responsabilidad, es la base misma del sistema, ya que sus elementos integrantes se encuentran presentes en otros títulos de imputación de la responsabilidad objetiva, lo que pone en tela de juicio su autonomía.

## Palabras clave

Consejo de Estado, daño especial, responsabilidad del Estado, sistema objetivo de responsabilidad.

## Abstract

This article shows a careful jurisprudential analysis of the statements of the State Council, as the highest court of administrative litigation, dealing with the

.....  
Cómo citar este artículo: Rosana Lizcano-Orozco. *Daño especial: reflexiones sobre su autonomía como uno de los fundamentos de la responsabilidad objetiva*. Revista DIXI. Junio 2012. At. 68.

<sup>1</sup> Artículo de reflexión presentado en el marco del proyecto “Aplicación judicial del riesgo excepcional y el daño especial en Santa Marta: un estudio desde la perspectiva de la seguridad jurídica”, financiado en el 2011 por el Comité Nacional para el Desarrollo de la Investigación (Conadi) de la Universidad Cooperativa de Colombia.

\* Abogada de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta. Especialista en Derecho Administrativo de la Universidad Sergio Arboleda, sede Santa Marta. Candidata a Magíster en Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia. Docente investigadora de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Santa Marta, en el grupo de investigación “Uccidergrup”, línea de investigación “Asuntos de Derecho Público”. Correo electrónico: rosana.lizcano@campusucc.edu.co.com

notion, extent, and scope of the application of special damages as the security allocation of state responsibility. The paper expresses how special damages, beyond integrating a security allocation for the strict liability system, are the very base of the system since the elements that integrate them are present in other security allocations for strict liability, which challenges its independence.

## Keywords

State Council, special damages, State responsibility, objective system of liability.

## ■ Introducción

Tratándose del régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, en Colombia encontramos que esta puede tener varios fundamentos, como el que surge por los daños ocasionados por la ocupación por trabajos públicos o por el almacenaje en depósitos oficiales, y otros que tienen vigencia por vía jurisprudencial, entre los que encontramos las denominadas teorías, postulados, o títulos de imputación de la responsabilidad objetiva por daño especial y por riesgo excepcional.

El primer fundamento del régimen objetivo de la responsabilidad estatal que entró a ser aplicado por el Consejo de Estado en Colombia fue el del daño especial, en 1947; en esta oportunidad, como se ilustrará en la primera parte de este artículo, el Consejo de Estado hizo un gran énfasis en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas para soportar todo el fundamento.

Desde entonces, este *título de imputación* —como se refiere a él la Alta Corporación de lo Contencioso Administrativo—, ha sido aplicado para declarar la responsabilidad del Estado por lesiones ocurridas por atentados terroristas,<sup>2</sup> a conscriptos,<sup>3</sup>

a internos en los centros penitenciarios,<sup>4</sup> por desvalorización de inmuebles,<sup>5</sup> por construcción de puentes,<sup>6</sup> por la expedición de actos legítimos,<sup>7</sup> inmovilización de aeronaves.<sup>8</sup>

Un estudio juicioso de la línea jurisprudencial que ha sido creada por el Honorable Consejo de Estado sobre el daño especial, muestra que existen imprecisiones en cuanto a la noción, el alcance y el campo de aplicación del daño especial, lo que ha sido afirmado en algunas ocasiones incluso por la misma Corporación.<sup>9</sup>

<sup>2</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 16530 (Marzo 20 del 2008).

<sup>3</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 19388 (Mayo 9 del 2011).

<sup>4</sup> Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia. Expediente IJ-001 (Agosto 25 de 1998).

<sup>5</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 22030 (Septiembre 14 del 2011).

<sup>6</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 22462 (Julio 7 del 2011).

<sup>7</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 12212 (Mayo 10 del 2001).

<sup>8</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 13185 (Noviembre 1º del 2001).

<sup>9</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 16530 (Marzo 20 del 2008).

Bien es sabido que la seguridad en el Estado social y democrático de Derecho resulta un cauce operativo indispensable para la consecución de los grandes objetivos constitucionales, y debe orientar no sólo la labor legislativa, como lo sostiene el español Pérez Luño,<sup>10</sup> sino también la judicial, en el establecimiento de técnicas de protección claras y justas de los bienes jurídicos.

Es por ello que en el 2011 se ejecutó un proyecto de investigación que partió del siguiente planteamiento del problema jurídico: ¿El contenido, alcance y campo de aplicación otorgado por el Consejo de Estado de Colombia al daño especial ha sido propio de un fundamento autónomo del sistema objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado?

Frente al interrogante planteado se considera que el contenido, alcance y campo de aplicación que ha venido dando el Consejo de Estado de Colombia al daño especial no es propio de un fundamento autónomo del sistema objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez que desde el momento de su adopción por esta Alta Colegiatura, se le atribuyeron elementos que son propios del régimen objetivo de la responsabilidad, y que, por consiguiente, se encuentran presentes en los otros fundamentos de este régimen, conteniendo en sí mismo un universo de posibilidades en su campo de aplicación, que por no estar determinado, deja al arbitrio del juez de lo contencioso administrativo un margen de discrecionalidad para determinar si en un caso determinado, en virtud de los principios de equidad o de la igualdad de todos ante las cargas públicas, hay lugar a la declaración de la responsabilidad del Estado.

<sup>10</sup> A. Pérez Luño. La seguridad jurídica. Editorial Ariel S.A. (1994).

Con el fin de demostrar la hipótesis que se plantea, en este ejercicio investigativo se hará tanto un estudio crítico desde la primera vez que se declaró la responsabilidad estatal por daño especial en nuestra jurisprudencia contencioso administrativa, como sus primeras aplicaciones desde 1991 —año en el que el Consejo de Estado<sup>11</sup> precisó los que denominó como *elementos tipificadores del daño especial* y los fundamentos de aplicación por este Alto tribunal— hasta el presente.

### ■ El daño especial: un fundamento de responsabilidad mal comprendido desde el inicio de su aplicación en Colombia

En Colombia se habló por primera vez de daño especial, en materia de responsabilidad del Estado, con la sentencia del 29 de julio de 1947, proferida por el Consejo de Estado, en la que resuelve la pretensión de reparación perseguida por el periódico *El Siglo*, en virtud de los perjuicios sufridos con ocasión de la ejecución del decreto expedido por el Gobierno Nacional en estado de sitio, en el que se ordenó la suspensión y clausura del periódico por un lapso.<sup>12</sup>

Una lectura sencilla de la mencionada providencia aportaría al estudioso desprevenido de la responsabilidad estatal un conocimiento básico del origen del daño especial, en el que se creyera que fue por influencia española que entró en vigencia y que nació como un fundamento o una

<sup>11</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 6453 (Septiembre 13 de 1991).

<sup>12</sup> Consejo de Estado. Expediente 5396 (1947). <http://www.consejodeestado.gov.co/>

teoría de la responsabilidad objetiva. Pero haciendo una relectura de dicha providencia, desde una perspectiva crítica, recurriendo a la fuente original de la existencia del daño especial, se puede arribar a conclusiones distintas.

En primer lugar, debe tenerse presente que aunque esta providencia suele citarse para hablar del inicio de la aplicación del daño especial, para la época, si bien por vía doctrinal, se había hecho alusión a la responsabilidad sin culpa,<sup>13</sup> ni la Corte Suprema de Justicia ni el Consejo de Estado de Colombia la había abordado, por lo que este pronunciamiento representó una oportunidad para esta Alta Corporación de introducir una variable nueva en materia de responsabilidad, sustentada en que el Estado de Colombia pudiera ser condenado a reparar perjuicios ocasionados en actividades desarrolladas por este, con las cuales no contrariaba el principio de legalidad.

Del contenido de la mencionada sentencia se observa que el Consejo de Estado se llenó de requisitos para darle fundamento jurídico a este nuevo régimen de responsabilidad, el objetivo, y para ello acudió a la doctrina española, concretamente al autor Carlos García Oviedo,<sup>14</sup> quien, para fundamentar que el Estado pueda estar llamado a responder aún por sus actuaciones legítimas, hace alusión al daño especial —denominación que él le concede y que finalmente adopta nuestro Consejo de Estado— para explicar que no sólo hay lugar a su declaración porque se haya generado un enriquecimiento sin causa, como hasta el momento venía siendo sostenido en España.

<sup>13</sup> C. Pareja. Curso de Derecho Administrativo. Editorial ABC. (1937).

<sup>14</sup> C. García Oviedo. Derecho Administrativo. Pág. 550. E.I.S.A. (1953).

Se hace necesario analizar cómo el autor plantea las ideas al respecto, ideas que son citadas literalmente en el texto de la sentencia que se estudia, pues en principio señala que hay lugar a plantear la responsabilidad sin falta siempre que en la gestión de sus servicios produce el Estado a un particular un daño o le proporciona un perjuicio, por motivo de interés público y con autorización legal. Luego expone que no sólo hay lugar a declarar esta clase de responsabilidad por el principio de enriquecimiento indebido, sino que existe otro fundamento: el que llama *daño especial*.<sup>15</sup>

En esta afirmación, llama la atención que se menciona un nuevo vértice de la responsabilidad sin culpa, que corresponde, asimismo, a uno de sus elementos según Hinestrosa, Martin-Retortillo & Casetta,<sup>16</sup> elemento que también se presenta cuando se habla de responsabilidad objetiva por enriquecimiento indebido. Por otra parte, el mismo autor reconoce que este nuevo fundamento de la responsabilidad objetiva es de tal amplitud en su noción, alcance y campo de aplicación, que puede comprender la del enriquecimiento sin causa, y afirma: “Esta teoría (daño especial) es superior a la del enriquecimiento sin causa, por ser más comprensiva. Puede asegurarse que en todos los casos en que se produce un enriquecimiento, se padece igualmente un daño especial, mas no el contrario”.<sup>17</sup>

Así lo dicho, implica que en principio el daño especial llegó a nuestra jurisprudencia como un soporte sobre el cual armar toda la estructura de

<sup>15</sup> *Op. cit.*

<sup>16</sup> F. Hinestrosa, L. Martin-Retortillo & E. Casetta. La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia. Universidad Externado de Colombia. (1986).

<sup>17</sup> *Op. cit.*

la responsabilidad objetiva, y con ello evitar que se hablara de una responsabilidad absoluta del Estado.

Por otra parte, debe señalarse que el fundamento bautizado como *daño especial* por el autor español García Oviedo<sup>18</sup> obedece a conceptos que sobre responsabilidad objetiva habían sido sostenidos por autores franceses como Teissiere, Mayer, Tirard, Jéze, Michaud y Romano, quienes realmente no hablan de daño especial como un fundamento de la responsabilidad, sino de *ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas*, y se hace alusión a la especialidad del daño como elemento de este cuando se explica que solo hay lugar a la reparación por la actuación legítima de la Administración cuando el daño es anormal por su importancia y por su carácter excepcional, siguiendo por demás las directrices dadas por el Consejo de Estado francés en la sentencia *Couitéas*.<sup>19</sup>

Lo anterior muestra que a partir de un elemento del régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, el Consejo de Estado de Colombia construyó un fundamento de la responsabilidad objetiva: *daño especial*, y dio nacimiento en nuestra jurisprudencia, con toda autonomía, a un

fundamento del régimen objetivo sustentado directamente en la igualdad de todos ante las cargas públicas, principio que constituye asimismo la base sobre la cual descansa todo el postulado de la responsabilidad objetiva, lo que nos muestra un primer argumento para sustentar que el denominado daño especial constituye, en sí mismo, el fundamento de la responsabilidad sin culpa y no uno de los fundamentos, pues visto así, debe estar presente en todas las vertientes de la responsabilidad objetiva.

### ■ Daño especial: inconsistencia en sus primeras aplicaciones e inicio de una afectación a la seguridad jurídica

El Consejo de Estado definió los siguientes como elementos del título de imputación:

- a. Que se desarrolle una actividad legítima de la administración.
- b. La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona.
- c. El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas.
- d. El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae solo sobre alguno o algunos de los administrados.
- e. Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado.
- f. El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro de los regímenes de responsabilidad de la administración.<sup>20</sup>

<sup>18</sup> C. García Oviedo. *Op. cit.*

<sup>19</sup> Consejo de Estado. *Couitéas*. Análisis de los fallos más importantes del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos. Pág. 789. Rec. Lebon. (1923). [http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index\\_ju\\_la18.shtm1](http://www.conseil-etat.fr/ce/jurisp/index_ju_la18.shtm1) (15 abril, 2008).  
Conseil d'État. Section du Contentieux. No. 279522. *lecture du jeudi 8 février (2007)*. <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=2&fond=DCE&texte=%22l%92%E9galit%E9+des+citoyens+devant+les+charges+publiques%22&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=5&Pluriels=True> (10 mayo, 2009).

<sup>20</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 6453 (Septiembre 13 de 1991).

La lectura de estos apartes de la sentencia pareciera indicar que para esta Alta Corporación los lineamientos de la noción y del campo de aplicación del fundamento del daño especial han quedado claros. Sin embargo, dos años más tarde, se profiere un nuevo fallo en el que —frente a la pretensión de declaración de la responsabilidad del Estado por los perjuicios sufridos por unos esposos que deben abandonar sus tierras por la declaración de zona de guerra de la región— se condena por ser un “caso típico de rompimiento de la igualdad de todo ante las cargas públicas”, extrañándose el análisis, que anteriormente se había hecho, de los elementos *actividad legítima, y producción de un daño especial y anormal*; en otras palabras, se hizo alusión a la ruptura de la igualdad de las cargas públicas como fundamento directo de la responsabilidad del Estado.

En 1987, la Sección Tercera retoma el postulado del daño especial enunciado en la sentencia de 1976, en dos casos cuyos supuestos fácticos son totalmente distintos —perjuicios por operación adelantada por “Comando Antiextorsión y Secuestro (CAES)” y por la depreciación de bienes inmuebles por la construcción de un puente elevado.<sup>21</sup>

Se observa que en estas sentencias no se hace de igual forma mayor análisis de los elementos de este fundamento de la responsabilidad objetiva, sino que la decisión descansa en el rompimiento de la igualdad de todos ante las cargas públicas:

En otros términos, cuando se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas porque estas exceden las conveniencias generales y normales, el Estado estará obligado a ese

<sup>21</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 4983 (C.P. Carlos Betancourt Jaramillo; Julio 28 de 1987).

resarcimiento a nombre de todos para, así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido.<sup>22</sup>

El estudio de estas primeras aplicaciones jurisprudenciales del daño especial da muestras de que los principios rectores para determinar si se declara o no la responsabilidad del Estado en un caso concreto son la igualdad de todos ante las cargas públicas y la equidad.

Siendo así, cabe preguntarse: ¿si un fundamento ha sido concebido y aplicado como autónomo<sup>23</sup> del régimen objetivo, puede sujetar sus elementos diferenciadores a dos principios? Si es así, entonces, ¿quién es el encargado de determinar en qué casos se aplica o no la equidad? ¿No es algo totalmente subjetivo, atribuible al juez? ¿Cómo puede tener la víctima la certeza jurídica de que en su caso es viable la aplicación judicial de la equidad para lograr la reparación de su perjuicio?

Estos interrogantes surgen inmediatamente si la relectura que se hace a estas primeras aplicaciones del daño especial se realiza de acuerdo con una perspectiva humanista, centrada en la víctima, y en la seguridad jurídica que deben ofrecer los fallos de quienes son los operadores judiciales de sus derechos, y su reflexión tiene gran importancia, ya que —como se señalará en el segundo capítulo de este ensayo— en fallos recientes las

<sup>22</sup> Ídem.

<sup>23</sup> Debe entenderse como fundamento autónomo de la responsabilidad aquel que, perteneciendo a un régimen de la responsabilidad, ya sea subjetivo u objetivo, contiene características y elementos propios que lo identifican plenamente en cuanto a su noción, alcance y campo de aplicación frente a los otros fundamentos que forman parte del mismo régimen.



decisiones por daño especial se siguen fundamentando en los mismos argumentos.

### ■ Daño especial: elementos que no lo identifican como un fundamento autónomo de la responsabilidad objetiva

Sin el ánimo de entrar en la discusión sobre cuál resulte la expresión correcta: *fundamentos de responsabilidad* o *títulos de imputación* —esta última empleada por el Consejo de Estado de Colombia— tratándose del régimen objetivo de la responsabilidad extracontractual, la jurisprudencia contenciosa administrativa ha dado vigencia a dos postulados —que en este trabajo llamamos *fundamentos*— denominados *daño especial*, como se ha visto, y *riesgo excepcional*, a partir de la sentencia de 1984.<sup>24</sup>

Corresponde entonces mostrar cómo cada uno de los elementos que el Consejo de Estado denominó como “tipificadores del daño especial” se encuentran presentes de igual forma en el fundamento del riesgo excepcional, pese a que el Consejo de Estado se haya esforzado en diferenciarlos,<sup>25</sup> lo que justifica la confusión en la aplicación de uno y otro fundamento.

Es así como el consejero Mauricio Fajardo, en sentencia del 26 de marzo del 2008, hace mención de dichos fundamentos para diferenciar el concepto y el campo de aplicación del daño especial frente a los del riesgo excepcional, señalando

que para que pueda hablarse de responsabilidad administrativa por daño especial, es indispensable la concurrencia de los siguientes requisitos tipificadores de la figura, a saber:

- Que se desarrolle una actividad legítima de la administración.
- La actividad debe tener como consecuencia el menoscabo del derecho de una persona.
- El menoscabo del derecho debe tener origen en el rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas.
- El rompimiento de esa igualdad debe causar un daño grave y especial, en cuanto recae solo sobre alguno o algunos de los administrados.
- Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado.
- El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.

Para demostrar si estos presupuestos realmente permiten tipificar el daño especial como un fundamento de responsabilidad autónomo, en los siguientes apartados se tomarán cada uno de los requisitos citados, y se analizará frente a los presupuestos del riesgo excepcional.

### Actividad legítima de la administración

En 1976, el Consejo de Estado advirtió:

En efecto, causa para pedir en el Contencioso Subjetivo o anulación de plena jurisdicción es la ilegalidad del acto, en la del daño especial, la *absoluta legalidad de la actuación administrativa*,

<sup>24</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 2744. (1984).

<sup>25</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 22462 (Julio 7 del 2011).

en la responsabilidad por falla o falta, la afirmación de esta, mientras que en la responsabilidad por daño especial, la afirmación causal es la contraria, *la regularidad, oportunidad, legalidad y eficiencia de la actuación estatal* en la pretensión indemnizatoria por las vías de, hecho la causa para pedir es la arbitrariedad, la ausencia de derecho o de procedimiento en la administración, es decir, todo lo contrario de lo que debe aparecer acreditado para la prosperidad de la indemnización por daño especial.<sup>26</sup>

En cuanto a este elemento, se observa que, de igual forma, la procedencia del riesgo excepcional tiene como presupuesto que el riesgo sea creado por la administración no como resultado de una falla del servicio, sino por la ejecución de una actividad legítima que además debe tener el calificativo de *peligrosa*.<sup>27</sup>

Tratándose de fundamentos del régimen objetivo de la responsabilidad, se encuentra que uno de sus elementos principales es precisamente que la producción del daño se presente con ocasión del desarrollo de una actividad de la administración en la que no medie culpa alguna, razón por la cual muchos autores se refieren a este régimen como de *responsabilidad sin culpa*,<sup>28</sup> siendo el daño especial y el riesgo excepcional fundamentos de este régimen, para su aplicación se requiere la presencia de este elemento como requisito indispensable.

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 1482. (1976).

<sup>27</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 12212 (Mayo 10 del 2001).

<sup>28</sup> F. Hinestrosa, L. Martín-Retortillo & E. Casetta. *Op. cit.*

## Producción de un daño anormal y excepcional

El análisis de este elemento reviste de una trascendental importancia, ya que pareciera indicar que es su presencia la que permite endilgar responsabilidad al Estado de acuerdo con el fundamento del daño especial. Es así como encontramos que ya en las primeras sentencias se le había mencionado, tal y como se observa en la del 20 de febrero de 1989, cuando el Consejo de Estado manifestó:

La teoría del daño especial. Se ha reconocido por la doctrina y la jurisprudencia que se compromete la responsabilidad patrimonial de la administración pública cuando esta, en ejercicio de sus competencias y obrando dentro del marco de las disposiciones legales, causa con su actuación un *perjuicio de naturaleza especial y anormal a un administrado, un daño que excede el sacrificio que el común de los ciudadanos debe normalmente*<sup>29</sup> (cursivas del autor).

Es de anotar que para esta Alta Corporación cobra mayor vigor sustentar las condenas del Estado sin citar mayor argumento que la presencia de un daño de estas calidades cuando entra en vigencia la Constitución Política de 1991, y con ello el nuevo calificativo de *antijuridicidad* del daño como elemento de la responsabilidad.<sup>30</sup>

<sup>29</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 4655 (Febrero 20 de 1989).

<sup>30</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 6805 (Abril 9 de 1992).



En sentencias recientes (2011) sobre daño especial, se hace mención de esta calificación de *anormal* y *excepcional* del daño, acompañada del de *antijurídico*,<sup>31</sup> manifestándose que lo antijurídico del daño se presenta cuando ha sido roto el equilibrio frente a las cargas públicas, y que de allí deriva la anormalidad de este.

En este punto vale la pena anotar que una afirmación como la que se acaba de citar pone de presente que la ruptura de la igualdad de todos ante las cargas públicas llegaría a ser el supuesto sobre el cual se soportaría incluso toda la responsabilidad del Estado, no sólo la objetiva, pues está circunscribiendo la antijuridicidad del daño al rompimiento de la igualdad de todos ante las cargas públicas, y recordemos que esta misma Corporación, en varios pronunciamientos, ha sostenido que la inclusión del daño antijurídico en el artículo 90 de la Constitución Política no sólo cubija el régimen objetivo sino también el subjetivo,<sup>32</sup> lo que genera mayor imprecisión en la noción, el alcance y el campo de aplicación del daño especial, pues precisamente es este principio de la igualdad de cargas su factor de imputación.

Por otra parte, viene a lugar traer a colación lo que el doctor Fernando Hinestrosa afirma al hablar de responsabilidad sin culpa, ya que señala que su elemento específico es el perjuicio (o daño), el cual debe tener dos caracteres distintos y acumulativos: anormal y especial. La anormalidad corresponde a la idea simple de que la vida social

implica inconvenientes y que sólo si estos traspasan cierto umbral, dan derecho a reparación; y la especialidad se refiere a que su sufrimiento recaiga en una persona o personas identificables.<sup>33</sup>

Sobre el punto en discusión, si bien es cierto que el factor de imputación de la responsabilidad del Estado en el postulado del riesgo excepcional obedece a la creación por la administración de un riesgo anormal, grave y excepcional,<sup>34</sup> también lo es el que se haga necesaria la producción de un daño como materialización de ese riesgo, el cual debe denotar las características señaladas por el doctor Hinestrosa, toda vez que se trata de uno de los fundamentos de la responsabilidad sin culpa.

Como puede observarse, las características citadas del daño son concurrentes tratándose de riesgo excepcional o de daño especial, y lo son porque representan las características propias de uno de los elementos de la responsabilidad objetiva: el daño. Si ello es así, entonces ¿por qué bautizar uno de sus fundamentos con el nombre de uno de sus elementos de configuración?

Ello podría entenderse en cuanto a que es en el daño especial y anormal en el cual descansa todo el postulado del fundamento del daño especial, pero el solo mencionarlo de esta forma nos muestra lo inconveniente de su denominación, porque tener como factor de imputación de un fundamento de responsabilidad un elemento que es propio del régimen general, y que por tanto se encuentra inmerso en los otros fundamentos del mismo régimen, conlleva que no se tenga precisión en la noción y campo de aplicación.

<sup>31</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 22462 (Julio 7 del 2011).

<sup>32</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 14405 (Mayo 20 del 2004).

<sup>33</sup> F. Hinestrosa, L. Martin-Retortillo & E. Casetta. *Op. cit.*

<sup>34</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 11670 (Marzo 16 del 2000).

Llevando a la práctica lo sostenido en estas líneas, será necesario que tanto el propietario del inmueble que se ha desvalorizado por la construcción del puente peatonal, como el propietario de los semovientes que mueren electrocutados al caer unas redes eléctricas demuestren en el proceso que han sido víctimas de la producción de un daño anormal, porque se trata de una carga especial que no está obligado a soportar, y en especial, en la medida en que es en su calidad de propietario de los bienes que lo soporta.

De lo anterior se colige que el requisito de la anormalidad, excepcionalidad e incluso de la antijuridicidad del daño no es un presupuesto propio del fundamento del daño especial, y menos aún puede ser el único factor de imputación que le permite configurarse, pues, como vimos, constituye un presupuesto del régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, y debe encontrarse presente en todos los fundamentos que se sustentan en este.

### **Ruptura del principio de igualdad de todos ante las cargas públicas**

El principio de igualdad de todos ante las cargas públicas, más que un elemento, comporta en sí mismo el factor de imputación de la responsabilidad al Estado por daño especial, como el Consejo de Estado lo ha sostenido desde su inicio hasta el presente.<sup>35</sup>

Lo que hace que el daño sea especial es precisamente la ruptura del principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas, algo que en principio no se objeta; sin embargo, no debe olvidarse

<sup>35</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 1482. (1976).

que no basta sólo con que esto se dé, porque esta ruptura también es un elemento propio del riesgo excepcional, incluso es lo que hace que el riesgo denote este calificativo de excepcional, que se activa cuando el riesgo creado por la ejecución de la actividad del Estado crea una carga especial al materializarse en un daño: el régimen objetivo de responsabilidad “por riesgo” (sin irregularidad de conducta) se deriva, entre otros, del ejercicio o de la estructura de instrumentos (lanchas, botes, etcétera) dedicados a actividades peligrosas, y tiene como factor de imputación el riesgo que excede los inconvenientes a la prestación del servicio y las cargas normales que deben soportar los administrados o los integrantes de un grupo en igualdad de condiciones.<sup>36</sup>

### **Aplicación subsidiaria**

Desde 1989, el Consejo de Estado sostiene que esta teoría se aplica de manera excepcional y por equidad precisamente porque es subsidiaria, de modo que ha de recurrirse a ella tan sólo en los eventos en los que el caso concreto no logre un encasillamiento en los otros regímenes de responsabilidad y se aprecie por el sentenciador que esa atipicidad puede generar una vulneración injustificada del principio de equidad.<sup>37</sup>

Sin embargo, encontramos que este elemento del daño especial no ha podido ser aplicado en las condiciones indicadas por la Alta Corporación, lo

<sup>36</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 13090 (Noviembre 27 del 2002).

<sup>37</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 4655 (Febrero 20 de 1989).

que resulta ser consecuencia de la falta de precisión en la que se incurre cuando se liga la noción, el alcance y el campo de aplicación de un fundamento a elementos que no lo identifican como una especie del género, sino como el género mismo.

Es así como encontramos casos —como este de 1994— en los que se condena por daño especial pero los argumentos corresponden al riesgo excepcional: frente a la realidad que se deja detallada, la Sala encuentra que, en el caso en comento, sí es posible aplicar el régimen de *responsabilidad por daño especial*. Por ello se patrocina la argumentación que se recoge en el fallo impugnado, en uno de cuyos apartes se lee:

De lo dicho, y para hechos como el que se dirime, observa la Sala, sí puede deprecarse declaratoria de responsabilidad. *Esta tiene como razón, el reparar daños ocasionados como consecuencia de un riesgo de naturaleza excepcional, a que se ven sometidos los administrados, cuando el Estado combate las fuerzas ilegales que quieren aniquilarlo o destruirlo.*<sup>38</sup>

Este panorama también se observa al resolver un caso en el que se pretendía indemnización por perjuicios ocasionados por un operativo policial en el que resultaron muertos tanto un oficial de policía no involucrado en este, como el delincuente perseguido.<sup>39</sup>

¿Qué pasó en estos casos con la subsidiariedad del daño especial como “elemento tipificador”?

<sup>38</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 8577 (Septiembre 23 de 1994).

<sup>39</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 5682 (Julio 17 de 1990).

Estas imprecisiones en la aplicación subsidiaria del daño especial nos presentan un nuevo argumento para afirmar que el fundamento denominado “daño especial” no es autónomo dentro del régimen objetivo de la responsabilidad del Estado, sino que encierra en sí mismo el fundamento de la responsabilidad objetiva, y es por ello que la subsidiariedad de su aplicación se debe a que si una especie no opera, entonces se aplicará el género.

## ■ Conclusión

Si bien parece que el Consejo de Estado ha señalado el daño especial y el riesgo excepcional como los títulos de imputación del régimen objetivo de responsabilidad extracontractual del Estado con el fin de determinar límites para la aplicación de este régimen y evitar la responsabilidad absoluta del Estado por sus actuaciones, también es cierto que frente al daño especial dicho fin no se ha logrado, pues el ámbito de su aplicación —como se observa del estudio de las sentencias citadas en el presente ensayo— se circunscribe a si hubo o no rompimiento de la igualdad de todos ante las cargas públicas y a la condena de reparar perjuicios por cuestiones de equidad, lo que no ha permitido determinar claramente la noción, el alcance y el campo de aplicación del daño especial como un título de imputación autónomo.

Al respecto, recojo las palabras del ilustre tratadista español García de Enterría, cuando menciona la importancia de la caracterización con toda precisión desde el punto de vista técnico-jurídico de las instituciones jurídicas —en su caso hace relación a la lesión patrimonial— pues

[...] nada perjudicaría tanto al progresivo sistema establecido en nuestro derecho que

interpretarlo como una fórmula inespecífica, que o bien pudiese justificar cualquier pretensión indemnizatoria, por absurda que fuese, o bien remitirse a valoraciones de equidad según libres estimaciones de los aplicadores del derecho en cada caso. Nuestro sistema positivo, por el contrario, reposa sobre un profundo rigor técnico, que solo precisa de una explicación coherente.<sup>40</sup>

Bautizar este fundamento de responsabilidad como daño especial muestra prima facie la confusión que se tiene, pues a un régimen de responsabilidad objetiva que pareciera consagrar en sí mismo todo el fundamento, se le quiso establecer límites que no permitieran una responsabilidad absoluta del Estado, límites que realmente no la delimitan ni la identifican frente al otro régimen de responsabilidad.

No debe llamarse *daño especial*, porque no es el único fundamento de la responsabilidad en que se requiere la presencia de un daño de esta naturaleza. No lo identifica la aplicación del principio de equidad, porque es precisamente este principio el que permite hablar de responsabilidad objetiva en general.

Para que pudiera hablarse de un fundamento autónomo podría comenzarse diciendo que ya no se trata de daño especial, sino de ruptura de la igualdad de todos ante las cargas públicas, pues en los casos en los que hay lugar a condena del Estado por ella, es porque lo que hace imputable al Estado el pago de la indemnización, como lo dijera el Consejo de Estado, es que como

consecuencia de la realización de su actividad se creó una carga especial que rompe este principio.

Sin embargo, no basta con cambiar de denominación al fundamento para adquirir su autonomía: se debe precisar mejor lo que este abarca en el marco de la responsabilidad objetiva, y determinar elementos que lo identifiquen, pues, de lo contrario, no dejaría de ser el marco general de la responsabilidad objetiva que se activa cuando no opera el riesgo excepcional o incluso cuando no se trate de la responsabilidad que surge por expropiación y ocupación de inmuebles en caso de guerra, pues, como lo afirma el autor colombiano Jorge Enrique Ayala Caldas, en su substrato se encuentra la misma idea de igualdad ante las cargas públicas, sólo que, afirma, a diferencia de la teoría del daño especial, opera tan solo para eventos específicos.<sup>41</sup>

En este punto vale la pena tener presente que en la actualidad la doctrina española y la francesa —que, como se señaló anteriormente, tuvieron gran influencia en la aplicación de fundamento del daño especial— ya no se encuentran muy de la mano al sustentar la responsabilidad objetiva en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas.

La jurisprudencia y la doctrina francesa señalan como uno de los fundamentos de la responsabilidad la *fondée sur l'égalité des citoyens devant les charges publiques* (la fundada sobre la igualdad de los ciudadanos ante las cargas públicas),<sup>42</sup> claro que delimitando su campo de aplicación a los casos en los que se producen daños en virtud de la expedición de actos jurídicos: *Responsabilité du fait*

<sup>40</sup> E. García de Enterría & T. Fernández. Curso de derecho administrativo. Tomo II. Págs. 336-337. Civitas S.A. (1981).

<sup>41</sup> J. E. Ayala Caldas. Elementos de derecho administrativo general. Doctrina y Ley Ltda. (1999).

<sup>42</sup> G. Peiser. Droit Administratif. Dalloz. (1991).

*de textes généraux* o *responsabilité du fait de mesures individuelles* (responsabilidad por el hecho de actos generales o por el hecho de las medidas individuales), lo que demuestra, en principio, que si bien el fundamento se encuentra soportado en un principio que lleva su misma denominación, comporta unas características propias que le permiten identificarse frente a los otros fundamentos del régimen objetivo, lineamiento que, en cierta forma, ha sido adoptado por nuestro Consejo de Estado al declarar la responsabilidad de la administración por los perjuicios ocasionados con la expedición de actos legales, incluso la firma de tratados internacionales.<sup>43</sup>

Por otra parte, la doctrina española ha venido sosteniendo que el principio de igualdad ante las cargas públicas, por la idea de sacrificio en que se basa, se adapta mal en sede de responsabilidad extracontractual del Estado, y se ubica mejor a los daños expropiatorios, toda vez que estos últimos se presentan deliberadamente por el ejercicio del poder público por venir exigidos por el interés general, mientras que los incidentales no comportan esta naturaleza de carga porque no vienen exigidos por la colectividad, por el interés general.<sup>44</sup>

Las afirmaciones que se señalan muestran el vuelco que sobre el tema se ha dado en España desde 1947, pues se apartan totalmente del postulado defendido por la jurisprudencia y la doctrina francesa, que alguna vez tuvo gran influencia en

materia de responsabilidad sin culpa como se vio, y se propone una postura bastante revolucionaria, especialmente para Estados como el nuestro en el que el régimen objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado se basa precisamente en el principio de la igualdad de todos ante las cargas públicas.

## ■ Referencias

- A. Pérez Luño. La seguridad jurídica. Editorial Ariel S.A. (1994).
- C. García Oviedo. Derecho Administrativo. Pág. 550. E.I.S.A. (1953).
- C. Pareja. Curso de Derecho Administrativo. Editorial ABC. (1937).
- Conseil d'État. Section du Contentieux. No. 279522. lecture du jeudi 8 février (2007). <http://arianeinternet.conseil-etat.fr/arianeinternet/ViewRoot.asp?View=Html&DMode=Html&PushDirectUrl=1&Item=2&fond=DCE&text=%22%92%E9galit%E9+de+scitoyens+devant+les+charges+publiques%22&Page=1&querytype=simple&NbEltPerPages=5&Pluriels=True> (10 mayo, 2009).
- Consejo de Estado. *Couitéas*. Análisis de los fallos más importantes del Consejo de Estado y del Tribunal de Conflictos. Pág. 789. Rec. Lebon. (1923). [http://www.conseil-etat.fr/ce/juris/index\\_ju\\_la18.shtm](http://www.conseil-etat.fr/ce/juris/index_ju_la18.shtm) (15 abril, 2008).
- Consejo de Estado. Expediente 5396 (1947). <http://www.consejodeestado.gov.co/>
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 1482. (1976).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 2744. (1984).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 4983 (C.P. Carlos Betancourt Jaramillo; Julio 28 de 1987).

<sup>43</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 10650 (Junio 17 de 1998).

<sup>44</sup> O. Mir Puigpelat. La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema. Civitas. (2002).

- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 4655 (Febrero 20 de 1989).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 5682 (Julio 17 de 1990).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 6453 (Septiembre 13 de 1991).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 6805 (Abril 9 de 1992).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Expediente 8577 (Septiembre 23 de 1994).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 10650 (Junio 17 de 1998).
- Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia. Expediente IJ-001 (Agosto 25 de 1998).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 11670 (Marzo 16 del 2000).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 12212 (Mayo 10 del 2001).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 13185 (Noviembre 1º del 2001).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 13090 (Noviembre 27 del 2002).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 14405 (Mayo 20 del 2004).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 16530 (Marzo 20 del 2008).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 19388 (Mayo 9 del 2011).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 22462 (Julio 7 del 2011).
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia. Expediente 22030 (Septiembre 14 del 2011).
- E. García de Enterría & T. Fernández. Curso de derecho administrativo. Tomo II. Págs. 336-337. Civitas S.A. (1981).
- F. Hínestrosa, L. Martín-Retortillo & E. Casetta. La responsabilidad de la administración pública en Colombia, España, Francia e Italia. Universidad Externado de Colombia. (1986).
- G. Peiser. Droit Administratif. Dalloz. (1991).
- J. E. Ayala Caldas. Elementos de derecho administrativo general. Doctrina y Ley Ltda. (1999).
- O. Mir Puigpelat. La responsabilidad patrimonial de la administración: hacia un nuevo sistema. Civitas. (2002).