

La Responsabilidad del Estado por el Daño Especial

Andrés Fernando Garza Garnica

Especialización en Derecho Administrativo

Universidad Militar Nueva Granada

Andrés Fernando Garza Garnica, Facultad de Derecho, Especialización en Derecho
Administrativo, Universidad Militar Nueva Granada

Facultad de Derecho, Universidad Militar Nueva Granada, Carrera 11 No. 101- 80
Bogotá D.C. E-mail. andresgarza408@hotmail.com

LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL DAÑO ESPECIAL.

RESUMEN

El daño especial es un título de imputación objetivo incluido en Colombia con la cláusula de responsabilidad el Estado y se configura por un daño causado a un particular por el desequilibrio de las cargas públicas que el Estado le impone a los ciudadanos, los cuales no están en la obligación de soportar, pero este daño que se le causa al ciudadano tiene que cumplir con unos requisitos especiales, pues todo daño causado por el Estado no es daño especial, este daño es causado por una actuación legítima de la administración por lo tal no podemos configurar todo daño como daño especial. Y se tiende a confundir con otro régimen de responsabilidad del Estado como es el riesgo excepcional.

Este ensayo tiene un alcance académico investigativo y lo desarrollaré utilizando un método de investigación teórico jurídico en el cual indagaré y daré a conocer aspectos importantes del daño especial su alcance frente a los perjuicios que afectan a la comunidad y su forma de interpretación.

ABSTRACT

The Special damage is a title target included in Colombia with the liability clause State and configured for damage caused to an individual by the imbalance of public burdens that the state imposes on citizens imputation, which are not in the obligation to bear, but the damage that would cause the citizen has to meet special requirements, for all damage caused by the state is not special, this damage is caused by a performance legitimizes administration so that we can not configure any damage as special damages. And it tends to be confused with another regime of State responsibility as is the exceptional risk.

This trial is a research academic achievement and develop it using a method of legal theoretical research which will inquire and will declare important aspects of special

damage your fingertips against the damages that affect the community and its way of interpretation.

PALABRAS CLAVES

Responsabilidad. Imputación objetivo.

Daño especial. Clausula.

Eximentes. Cargas públicas.

EN INGLES:

Responsibility. Causation.

special damage. Clause.

Exculpatory. Public charges.

INTRODUCCIÓN:

La responsabilidad del Estado frente al daño especial, tuvo su origen en Francia, y fue traído, adoptado y aplicado en Colombia por medio jurisprudencial de la doctrina aplicable del Consejo de Estado, y se genera con un desequilibrio frente a las cargas públicas y lo que está obligado a soportar los particulares, frente a las actuaciones de la administración. En nuestro ordenamiento jurídico el daño especial es aquel en el cual se infringe un daño a un ciudadano por una actuación legitima de la administración, esta actuación debe ser siempre ajustada a la legalidad pero este daño causado debe ser reparado con base a la justicia distributiva y los principios de la equidad y la igualdad entre los ciudadanos, ya que al presentarse este daño la administración se beneficia, puesto que se da un rompimiento de las cargas públicas que están obligados a soportar los ciudadanos. (Consejo de Estado, seccion tercera, 2008,06,04)

MARCO TEÓRICO:

Para entender el daño especial es necesario saber que la responsabilidad del Estado antes de la Constitución de 1991, era solamente subjetiva, esto quiere decir que radicaba únicamente en la producción de un daño por parte de la administración, fundada en una falla del servicio (Derechos y Valores, 2012), falta del servicio o que el servicio se prestó pero inadecuadamente. Posteriormente con la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se incorpora la cláusula de responsabilidad del Estado². Las cuales nos enmarcan dentro de un régimen de responsabilidad especial, en el cual encasillamos nuestro tema de discusión.

El Consejo de Estado la expone de la siguiente manera:

“como quedo (sic) expuesto para la sala en esa oportunidad, el asunto sometido a su conocimiento, podría resolverse, bien, con fundamento en la teoría del riesgo, bien con fundamento en la falla del servicio al no adoptar las medidas de protección necesarias a aun con fundamento en la teoría del daño especial como se ha sostenido en otras oportunidades, ha existido confusión, tanto en la jurisprudencia como en la doctrina, frente a los riesgos del daño especial y el riesgo excepcional, pues, bajo las dos orientaciones la actividad desarrollada por la administración es lícita; esta ejerce un cumplimiento de un deber legal y se aplica con fundamento en el rompimiento del principio de igualdad de las personas frente a las cargas públicas, en el daño especial la actividad no resulta ser peligrosa, en cambio en la teoría del riesgo excepcional, la actividad de la administración es la que coloca en situación de riesgo al individuo, la cual se ejerce en provecho de un beneficio suyo y le impone a los asociados una carga que no tiene por qué soportar. De tal modo que en este último caso, el fundamento de la responsabilidad descansa sobre el hecho de que el daño sufrido surge de la actividad riesgosa creada por el Estado, la que sin duda resulta imputable a la administración: en cambio en el daño especial, la actividad

² Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...ll

lícita ejercida por la administración rompe el principio de igualdad frente a las cargas públicas y lesiona los intereses del administrado.” (Consejo de Estado , seccion tercera, 2003,11,27)

Algunos académicos y estudiosos del ordenamiento jurídico la interpretan así:

“es el hecho dañoso causado por la violación del contenido obligatorio a cargo del Estado, el cual se puede derivar de textos específicos como los son las leyes, reglamentos o estatutos que establecen las obligaciones y deberes del Estado y sus servidores, también de deberes específicos impuestos a los funcionarios y el Estado, o de la función genérica que tiene el Estado y se encuentra consagrada en la Constitución Política en el artículo segundo el cual en su segundo párrafo establece “ Las autoridades de la republica están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, creencias y demás derechos y libertades y para asegurar el cumplimientos de los deberes sociales del Estado y de los particulares” (Irisarris Boada, 2000)

En el cual se entra a demostrar una presunción de culpa por parte de la administración, y la victima tiene que entrar a probar dicha responsabilidad.

EN QUÉ CONSISTE EL DAÑO ESPECIAL

Ciñéndome con base a la doctrina algunos autores se refieren en el texto a la responsabilidad administrativa frente al desequilibrio de las cargas públicas y la manera en que el Estado debe reparar el daño causado a los particulares que se ven lesionados en su patrimonio, y hacen un análisis evolutivo y transnacional de cómo la figura del daño especial es manejada y su aplicación en las distintas jurisprudencias, para Cuello Iriarte el daño especial es:

“Aquel que se inflige al administrado en desarrollo de una actuación legítima del Estado ajustada en un todo a la legalidad pero que debe ser indemnizado por razones de equidad y de justicia distributiva, en la medida en que la administración se ha beneficiado de un daño anormal, desmesurado o

superior a aquel que deben sufrir los administrados en razón a la naturaleza particular del poder público, el cual entraña de esta suerte un rompimiento de igualdad ante las cargas del poder público.” (Cuello Iriarte, 2009)

Además de los múltiples puntos de vista que manejan algunos doctrinantes; (Mir Puigpelat, 2002, p.209)

“Plantea que la figura del daño especial frente al principio de igualdad de las cargas públicas no sirve para justificar la responsabilidad de la administración, plantea que se enmarca mejor dentro de una expropiación forzada en sede de responsabilidad estatal. Diciendo textualmente, “se adapta mal a los daños ocasionados de forma incidental por la actividad administrativa, adecuándose mejor a los daños expropiatorios, aquellos que son provocados deliberadamente por el poder por venir exigidos por el interés general, aquellos que constituyen un medio necesario para la consecución del fin público. Solo estos daños pueden ser considerados una carga, un sacrificio; los daños incidentales no pueden ser considerados una carga, un sacrificio, porque no vienen exigidos por la colectividad, por el interés general”.

Pero por esto el autor no nos quiere decir que la figura se enmarque en todos los sentidos dentro de una expropiación forzada, ya que hay situaciones en las cuales la configuración de la ruptura de la igualdad ante las cargas públicas, genera un desequilibrio entre los administrados los cuales deben demostrar la ocurrencia de un hecho dañoso que sea anormal y especial, para que haya derecho a una indemnización.

En cuanto al pensamiento del doctor Ramiro Saavedra Becerra en su libro la responsabilidad extracontractual de la administración pública (Saavedra Becerra, 2005) nos dice que para que se dé la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas es necesario que se den adicionalmente una especialidad y una anormalidad frente al daño causado, y una ausencia del alea.

“Conforme a la especialidad es claro evidente que no es necesario que sea un numero plural de personas afectadas por la actuación de la administración, sino que por el contrario solo con la singularidad de una persona que demuestre que existe un desequilibrio frente a las cargas públicas se está frente a un daño especial. Para esto se da la aplicación de regímenes objetivos de responsabilidad en los cuales lo importante es garantizar el resarcimiento de quienes han visto lesionado su interés jurídico como consecuencia de las actuaciones de las autoridades públicas, *“independientemente que éstas fueran legítimas o ilegítimas, normales o anormales, regulares o irregulares”*.XXX

La anormalidad nos dice que se presenta en el momento en el cual a la persona se le excede en las molestias las cuales está en la disposición de soportar por el simple hecho de vivir en sociedad, *“esta condición es la traducción obligada de la idea de que no hay carga publica sino cuando quien reclama una compensación ha sufrido una suerte más desfavorable que la que implica los inconvenientes normales de la vida en sociedad. La anormalidad constituye un estándar que el juez usa con mucha libertad y que remite ampliamente a la intensidad del daño. Ella supone que se ha superado un cierto nivel de gravedad. Así, tratándose de la inacción no culposa de la administración, la duración del perjuicio que ella implica tendría que tomarse en cuenta, sin que se le pueda plantear en términos absolutos. Sin embargo, la anormalidad no se reduce en todos los casos a la gravedad más o menos subjetiva del perjuicio. En efecto, el juez admite que ciertas situaciones son en sí mismas anormales en cuanto chocantes. Y los daños producidos pueden considerarse, en virtud de su naturaleza, como anormales por definición. Tal es el caso de los daños a la integridad física o corporal. En el mismo sentido pueden estimarse los daños materiales strictu sensu. Es decir, los que degradan o afectan bienes, especialmente inmuebles o también vehículos, sin que jueguen necesariamente el factor cuantía como determinante”* (Saavedra Becerra, 2005, p.433)

La ausencia de alea. En ocasiones la administración se niega a aceptar que existe un desequilibrio de la carga publica por el simple hecho de no

presentarse una falla, pero asume que la víctima del daño pudo a estuvo en la posibilidad de prever una posible afectación a su patrimonio, y aun así deja al azar los presuntos hechos futuros, en esta medida el Estado no estaría en la obligación de reparar un daño, puesto que la víctima tendría responsabilidad en cuanto a la ocurrencia de los hechos. Esta figura entra a aplicarse en una serie de estudios el cual el autor nos plantea de la siguiente manera, *1. El caso de daños causados por actuaciones por interés general; 2. Las negativas a ejecutar decisiones de la justicia, y 3. Daños derivados de las actuaciones normativas del Estado que comprenden; a) las situaciones en que están en causa las leyes y las convenciones internacionales, y b) los actos administrativos de carácter regular.* (Saavedra Becerra, 2005, p.436)

Para hablar de la responsabilidad del Estado, tenemos que tener en cuenta que el daño especial es una modalidad del régimen de responsabilidad objetivo en el cual existe una presunción de responsabilidad que busca probar el daño antijurídico causado por la acción o la omisión de sus agentes, esto basado en el artículo: 90 de la Constitución Política de Colombia de 1991 el cual nos dice.

El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra éste.

Al haberse incorporado esta cláusula de responsabilidad del Estado se genera una presunción de responsabilidad y por ende una serie de requisitos con los cuales se configura el daño especial:

“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 sólo sobre alguno o algunos de los Administrados; e) Debe existir un nexo causal entre la actividad legítima de la administración y el daño causado; y f) El caso concreto no puede ser susceptible de ser encasillado dentro de otro, de los regímenes de responsabilidad de la administración.” (Consejo de Estado, seccion tercera, 1991,07,19)³

Teniendo en cuenta estos requisitos y dándose la relación de causalidad entre el hecho el daño y el nexo de causalidad se generan un juicio de reproches que da origen a la responsabilidad de la administración por medio del daño especial.

REQUISITOS ESENCIALES PARA QUE SE CONFIGURE EL DAÑO ESPECIAL.

- Que se desarrolle una actividad legítima de la administración:

Con esto encontramos que la actividad de la administración es legítima, pero esta actuación es desmesurada o anormal, y se excede en el alcance de su aplicación, generándose el llamado desequilibrio frente a las cargas públicas. Pero tenemos que tener en cuenta que para poder incoar una acción el acto administrativo no puede ser catalogado como ilegal o la procedencia de la acción no sería una reparación directa por vía de daño especial, sino una nulidad y restablecimiento del derecho, ya que se buscaría es la nulidad del acto administrativo. *“La procedencia de la acción no depende de que el actor escoja cuestionar o no la legalidad del acto administrativo, tal elección depende directamente de la presencia o no de causal de ilegalidad en el mismo, si ella se presenta entonces el perjuicio por el cual se reclama indemnización deviene de una actuación irregular de la administración, esto es, del acto administrativo afectado de ilegalidad, evento en el cual para que el daño*

³ Sentencia de 19 de julio de 1991. Actor: Sociedad Phidia investment. Expediente. No. 6334. Consejero ponente Dr. Daniel Suarez Hernández.

causado con aquel adquiera la connotación de antijurídico, es menester lograr su anulación en sede de revisión de legalidad, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho que es la que corresponde” (Consejo de Estado, seccion tercera, 2007,03,08)⁴

En este orden de ideas y como no se aclara por parte del Consejo de Estado es necesario que el daño causado por un acto administrativo legal no puede requerirse a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, dado que la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, lo que busca es la declaración de inconstitucionalidad o la ilegalidad de un acto que desborda sus funciones, tal pretensión solamente podría deducirse ante esta Jurisdicción mediante la acción de reparación directa en la modalidad de responsabilidad extracontractual del Estado por daño especial.

- El rompimiento del principio de la igualdad frente a la ley y a las cargas públicas:

La igualdad es uno de los principios constitucionales con mayor relevancia en el campo de aplicación del derecho, en su medida también atañe lo concerniente a la responsabilidad del Estado, cuando este comete actuaciones que vulneran la igualdad de las personas frente a las cargas que están en la obligación de soportar, dada la convivencia en comunidad, pero no existe una desigualdad cuando la administración por medio de sus actos administrativos equipara para todos los ciudadanos una proporcionalidad y una pequeña carga al asumir los roles de Estado, como es el ejemplo del cobro de impuestos o cargas adicionales para el manejo de un Estado, la Constitución política de 1991 la describe:

ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por

⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO -- SECCION TERCERA -- Consejera ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO -- Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007)

razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

De esta medida entendemos que la igualdad no solo gira en la medida de la particularidad de las personas, igualdad de hecho, Está dada desde un punto de vista generalizado, es decir igualdad en toda su esencia, en su naturaleza con sus ventajas o desventajas, y aplicabilidad en la sociedad, todos somos iguales ante la ley y debemos ser tratados de la misma forma. La Corte Suprema de Justicia define la igualdad por medio de jurisprudencia diciéndonos que la igualdad no puede interpretarse como absoluta, sino en el sentido que todos los hombres deben ser igualmente protegidos por la ley; que la cargas no deben ser aritméticamente iguales, sino proporcionales, es preciso no olvidar jamás que queriendo realizar la igualdad matemática de los hombres, se corre fuerte riesgo de crear la desigualdad (Corte Suprema de Justicia, 1970, 03,05)

- El daño antijurídico en el daño especial:

El daño antijurídico en el daño especial no tiene naturaleza ya que la actuación realizada por la administración es legítima y no desborda los presupuestos facticos legales, esto teniendo como referencia que si se presentara el caso de un daño antijurídico no se podría abordar por el régimen objetivo de daño especial y en su lugar se configuraría una falla en el servicio, falta en el servicio o excepcionalmente un riesgo excepcional. La Corte Constitucional ha dicho que “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, razón por la cual se reputa indemnizable”

EXIMENTES DE LA RESPONSABILIDAD POR DAÑO ESPECIAL Y ROMPIMIENTO DEL NEXO DE CAUSALIDAD.

La administración tiene una serie de factores los cuales conllevan a que el Estado no sea el responsable de los daños causados a los particulares, y por ende no se pueda dar un resarcimiento económico por parte de la administración, pues la víctima tiene que entrar a demostrar la ocurrencia de un hecho dañoso, que le causó un perjuicio en su patrimonio, entrando a demostrar el daño causado, pues como hemos analizado esta figura se caracteriza por ser una actuación legítima de la administración, por eso la víctima no entraría a demostrar la responsabilidad del agente, sino la ocurrencia de un hecho dañoso, así las cosas el Estado tiene que entrar a romper este nexo de causalidad que se da entre el hecho y la culpa y entre la culpa y el daño, en el momento en que la administración logra romper esta relación de causalidad nos encontramos frente a los eximentes de la responsabilidad, los cuales vamos a entrar a analizar.

- Fuerza mayor.

La fuerza mayor es uno de los elementos que se constituye como eximente de la responsabilidad administrativa, en cuanto que a su naturaleza se refiere como un hecho irresistible el cual no se puede prever, para que la fuerza mayor se pueda considerar como eximente de la responsabilidad es necesario que medie la culpa como fundamento del daño, el consejo de Estado define: (Consejo de Estado, 2012, 06,21)

“no es lógico pretender que si no se prueba la culpa, automáticamente se entiende probada la fuerza mayor o caso fortuito. Es necesaria la prueba directa de los elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad de aquélla

tampoco se puede aceptar el argumento de que dadas unas condiciones de iliquidez del mercado y altas tasas de interés, necesariamente se genere una situación de desencaje. Ambos hechos necesitan prueba concreta de la relación de causalidad con carácter imprevisible e irresistible, la cual no se ha aportado en el proceso lo anteriormente planteado permite concluir que no era necesario probar culpa de Granahorrar para desestimar la presencia de fuerza mayor o caso fortuito, pues ésta depende de factores ajenos que no han sido demostrados en el proceso por la parte interesada, relacionados con la prueba de sus elementos de imprevisibilidad e irresistibilidad”.

En lo referente a la fuerza mayor (García de Enterría, 2011) ha dicho que la fuerza mayor como causa extraña, se caracteriza por ser exterior al objeto dañoso y a sus riesgos, imprevisible en su producción y en todo caso, irresistible. Es decir en virtud del régimen de responsabilidad objetiva la fuerza mayor si exonera al Estado al estar por fuera del alcance del demandado.

- Culpa exclusiva de la víctima

es importante señalar que no solo es importante imputarle a la víctima la responsabilidad del daño causado, sino que es significativo tener en cuenta una serie de factores los cuales son determinantes a la hora de exonerar la administración de una responsabilidad, teniendo en cuenta que para que la víctima sea la causante del hecho dañoso, es necesario que exista un nexo de causalidad entre el hecho causante y el daño, que este hecho generador del daño sea el único causante del mismo, y que el hecho sea extraño e imprevisible y no pueda ser imputable a la administración, (Consejo de Estado , seccion tercera, 2000,01,18)

“la aceptación de la causa extraña como causal liberatoria de la presunción de la responsabilidad es, en el fondo, la consagración de la teoría de la causalidad adecuada, el juez considera que la causa externa ha sido el hecho que normalmente ha producido el daño, y, en consecuencia, el vínculo

de causalidad debe romperse de tal modo, que el demandado no se considere jurídicamente como causante del daño.”⁵

- Hecho de un tercero.

Vale destacar que en la jurisprudencia y doctrina del Consejo de Estado Colombiano en cuanto a la intervención de un tercero como causante exclusivo de un daño. Exonera en su totalidad al Estado de la reparación a la víctima, pero esta circunstancia debe caracterizarse por ser una causa extraña, debe ser imprevisible e irresistible, y este tercero tiene que ser totalmente ajeno al entorno de la administración, es por esta razón que el Consejo de Estado expone en su jurisprudencia que los actos cometidos por terceros, en la mayoría de los casos por grupos terroristas o al margen de la ley, exonera en su totalidad al Estado de la responsabilidad de una reparación a la víctima, pero también es claro al evidenciar que si será responsable en el momento que el propio Estado sea el que ponga a la persona en la situación de riesgo o haya creado el riesgo, como es el caso concreto de las estaciones de policía o bases militares, que crean una situación de riesgo para las personas que viven en sus inmediaciones.

- Inexistencia de un daño antijurídico.

Para que se genere un daño antijurídico es necesario que se presente un desequilibrio frente a las cargas públicas, que los administrados no estén en la obligación de soportar, por el simple hecho de convivir en sociedad, el daño se ocasiona cuando a una persona se le es vulnerada en su igualdad con respecto al resto de la comunidad, los cuales no se ven afectados en su patrimonio o bienes, para que no exista un daño antijurídico es necesario que a todas las personas que viven bajo el cuidado y supervisión del Estado, se le genere la misma magnitud de carga, ejemplo el pago de un impuesto, ya que es en procura de un bien común, generándose una perturbación en el patrimonio pero que todos estamos en la

⁵ Consejo de estado sala de lo contencioso administrativo. Sección tercera. Sentencia de octubre 18 de 2000, exp. 11981, Consejero ponente. Ariel Hernández

obligación de soportar, en caso contrario y presentándose un desequilibrio el afectado tiene que entrar a demostrar que sufrió un perjuicio anormal y excepcional a diferencia de los demás, en este caso se considerara existencia de un daño antijurídico, y si el Estado logra demostrar que no es más que un sacrificio que está en la obligación de soportar, y se estaría en frente de un eximente de la responsabilidad del Estado.

DIFERENCIA CON EL RIESGO EXCEPCIONAL:

En la interpretación dada por el ordenamiento jurídico colombiano, siempre se han confundido estas dos figuras ya que son muy similares y ambas se desprenden del régimen de responsabilidad objetivo de la cláusula de responsabilidad el Estado, el Consejo de Estado los distingue de la siguiente manera:

“Tales situaciones dan lugar a estudiar el caso bajo el régimen de riesgo, y no el de daño especial, porque no está demostrado que el daño sufrido por los actores tuvo su causa en que la actuación Estatal se realizó en beneficio de la colectividad, es decir para la primacía del interés general sobre el particular; no se probó que el daño que padecieron las víctimas indirectas tuvo como antecedente o fin último la satisfacción del interés general o necesidad del bien común – supuesto indispensable a probar y para ubicar el caso en daño especial – pero sí se averiguó que la operación fue la que en definitiva, creó el riesgo. Por tanto, el hecho de que la víctima directa haya padecido el rompimiento de igualdad de las cargas públicas por la actividad del Estado, y que el daño no le fue imputable, no conduce por si solo a la aplicación del régimen de daño especial pues era requisito sine qua non establecer que la actividad del Estado se realizó en interés general, y no sólo que ocurrió con ocasión del ejercicio de las actividades peligrosas” (Consejo de Estado, seccion tercera, 2002,11,27)⁶

⁶ CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de noviembre de 2002. Expediente: 68001 23 15 000 14142 01. C.P. María Elena Giraldo Gómez.

Siguiendo este orden de ideas, se pueden distinguir una serie de discrepancias que aunque esenciales y concretas a la hora de entenderlas e interpretarlas son complicadas, la primera diferencia y más importante radica en que en el daño especial se presenta el rompimiento del principio de igualdad frente las cargas públicas, es decir que el Estado al realizar un actuación legítima le causa un daño a un particular que no está en la obligación de soportarlo, y en el riesgo excepcional se genera un daño mediante un actividad riesgosa que genera un posible riesgo para la sociedad o el administrado, quiere decir que la actividad en sí misma es peligrosa es por tal razón que el Estado al poner en desventaja al ciudadano está en la obligación de reparar el daño.

En su tesis de maestría respecto al daño especial menciona (Rodriguez Mora, 2012):

“Conviene ahondar un poco en el riesgo de naturaleza excepcional que debe desarrollarse en el título de imputación denominado riesgo excepcional, puesto que en el daño especial no se debe generar un riesgo de naturaleza excepcional, que al final de su desarrollo causa un daño ya sea por una actividad legítima o ilegítima de la administración. Queda claro que en tratándose de daño especial no se requiere la causación de un riesgo de naturaleza excepcional y especial, sino, como ya se mencionó anteriormente, que se quebrante el principio de la igualdad de las personas ante las cargas públicas del Estado”. (p.20)

Otra diferencia que se encuentra entre estos dos regímenes de responsabilidad radica en la conducta que se realiza por parte del Estado en el daño especial, ya que esta conducta es legítima y por ende no es antijurídica es por el contrario una actuación jurídica legal pero aun así como ya lo mencionamos desborda las cargas públicas que está en la obligación de soportar el ciudadano, en cambio en el riesgo excepcional el daño puede ser jurídico por regla general, pero excepcionalmente se puede presentar que este sea antijurídico y se pueda demandar por una falla en el servicio.

Para terminar este punto me gustaría aportar un sustento En cuanto al agente que realiza la conducta.

“En tratándose del daño especial el estado es quien debe llevar a cabo la acción, omisión u operación administrativa de forma directa. Mientras que en el riesgo excepcional la conducta puede ser realizada por un tercero, pero se le puede imputar la responsabilidad al Estado, en virtud a la creación previa de un riesgo de naturaleza especial y excepcional; como ocurre con los atentados contra batallones militares que genera un daño a los vecinos del sector. En este mismo orden de ideas, frente a la actividad que se realiza generadora del daño especial esta no tiene la necesidad de generar un riesgo de naturaleza especial y excepcional, sin embargo esta lo puede generar pero sin la existencia del nexo causal entre esa actividad riesgosa y el daño generado, mientras que en tratándose del riesgo excepcional la administración no sólo tiene que generar un riesgo excepcional, sino que además debe haber un nexo causal entre la actividad riesgosa y el daño causado al administrado.” (Diasgrandos Mesa, 2001. p.40)

CONCLUSIONES

- Para que se configure el daño especial es necesario que se realice una actuación legítima por parte de la administración, pero esta actuación tiene que desbordar el principio de igualdad y de equidad del ciudadano frente a las cargas públicas que interpone el Estado a los particulares.
- El daño especial es un régimen en el cual tiene elementos esenciales, que si no los reúne a cabalidad se encasillaría en otro régimen de responsabilidad objetivo de la administración como el riesgo excepcional o por el contrario entraría a analizarse por medio de un régimen de responsabilidad subjetivo es decir que se configure una falla o falta del servicio o que el servicio se prestó pero inadecuadamente.

- Este daño tiene que interponerse para su reparación ante la vía jurisdiccional administrativa directamente por el afectado del daño, ya que es este el que tiene que demostrar ante la jurisdicción de los Contencioso Administrativo que se le causó un daño antijurídico el cual no estaba en la obligación de soportar ya que desbordo las cargas públicas que impone el Estado.
- El daño especial al ser un régimen objetivo de responsabilidad lo que se entra a demostrar es la responsabilidad por el daño causado, ya que el daño es evidente que se causó y la entidad accionada es la que tiene la carga de la prueba para desvirtuar la presunción de responsabilidad por medio del rompimiento del nexo de causalidad teniendo a su mano los elementos que constituyen los eximentes de responsabilidad.
- Hay que tener en cuenta que este régimen de responsabilidad es aplicable con posterioridad a la Constitución Política de Colombia de 1991, con la cláusula de responsabilidad del Estado e implementado por medio de doctrina jurisprudencial del Consejo de Estado.

BIBLIOGRAFÍA:

- CUELLO IRIARTE, Gustavo. El Daño Especial, como Título de Imputación de la Responsabilidad del Estado: Historia. Legislación. Jurisprudencia. Gustavo Cuello Iriarte, Adriana Cuello Hermida, Jenaro Andrés Puerto Valencia. Procuraduría General de la Nación. Bogotá 2009.
- DÍAZGRANADOS MESA. Santiago. Responsabilidad del Estado por Daño Especial. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de Ciencias Jurídicas. 2001. p. 40.
- ESTRADA, Álvaro. Responsabilidad Patrimonial del Estado: Análisis Doctrinal y Jurisprudencial Comparado, Propuesta Legislativa en México. Prólogo de Pedro G. Zorrilla Martínez. 3a. Ed. Editorial Porrúa. México 2006. XL, pp. 54 -88
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. FERNANDEZ, Tomas-Ramón. CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. Tomo II. Bogotá. Lima: Editorial Temis S.A. Palestra. 2008. p. 383.
- IRISARRI BOADA. Catalina. El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado Colombiano. Pontificia Universidad Javeriana. Facultad de ciencias jurídicas departamento de derecho público. Bogotá. 2000.
- MIR PUIGPELAT. ORIOL. La Responsabilidad patrimonial de la administración, hacia un nuevo sistema, Madrid, Civitas, 2002, p, 209.
- Revista Prolegómenos - Derechos y Valores - 2012 - I
- RODRÍGUEZ MORA Sandra milena. la utilidad jurídica del título de imputación riesgo excepcional para el estudio de la responsabilidad extracontractual del estado. Bogotá D.C 2012 p. 20
- SAAVEDRA BECERRA. RAMIRO. La responsabilidad extracontractual de la administración publica 3ª reimpresión julio 2005.

- Constitución Política de Colonia de 1991 Artículo 90. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas...ll
- Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo artículo 140.
- Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia de octubre 18 de 2000, exp. 11981, Consejero ponente. Ariel Hernández
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de junio de 2008. Expediente. 14999. C.P. Ramiro Saavedra Becerra
- Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo sección tercera. Bogotá D.C veintisiete (27) de noviembre de dos mil tres (2003) Consejero ponente Dr. Ramiro Saavedra Becerra.
- Sentencia de 19 de julio de 1991. Actor: Sociedad Phidia investment. Expediente. No. 6334. Consejero ponente Dr. Daniel Suarez Hernandez.
- sala de lo Contencioso Administrativo -- seccion tercera -- Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO -- Bogotá, D.C., ocho (8) de marzo de dos mil siete (2007)
- Corte Suprema de Justicia. Sala plana. Sentencia de marzo 5 de 1970. Ponente: Magistrado luis Sarmiento Buitrago. G.J. tomo CXXXVII bis No. 2338 bis, pag. 72.
- Consejo de Estado sala de lo Contencioso Administrativo. Sección cuarta sentencia del veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012) exp (17475). Consejera ponente: Carmen teresa Ortiz de rodríguez, pag. 19