

 INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 1 de 18</b>

**Título**

**EL DAÑO ESPECIAL COMO RÉGIMEN OBJETIVO DE LA  
RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO COLOMBIANO.**

**EDISON DAMIÁN HENAO AGUDELO**

Institución Universitaria de Envigado

demmian\_@live.com

**DAVID ANDRÉS RAMÍREZ JIMÉNEZ**

Institución Universitaria de Envigado

davidramirezj@hotmail.com

**SANTIAGO ALONSO LONDOÑO RESTREPO**

Institución Universitaria de Envigado

Sacho89@hotmail.com

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 2 de 18</b>

### **Resumen**

Este artículo desarrolla los aspectos más importantes del Daño Especial dentro de los regímenes objetivos de la responsabilidad del Estado, empezando por su aspecto constitucional antes y después de 1991, abordando el desarrollo doctrinario y jurisprudencial del Consejo de Estado que compila sucintamente su conceptualización y su aplicación en el ordenamiento jurídico de nuestro país, diferenciándolo de otros regímenes objetivos como el riesgo excepcional y argumentando su importancia en la vida social y política de Colombia en la actualidad.

**Palabras clave:** Daño especial, régimen objetivo, responsabilidad extracontractual, daño antijurídico.

### **Abstract**

This article develops the most important aspects of the Special Damage inside the objectives regimes of the responsibility of the State, beginning for his constitutional aspect before and after 1991, addressing the doctrinaire and jurisprudential development of the State council who compiles succinctly his conceptualization and his application in the juridical classification of our country, differentiating it from other objectives regimes as the exceptional risk and arguing his importance in the social and political life of Colombia at present.

**Key words:** Special damage, objective regime, extracontractual responsibility, antijuridical damage.

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 3 de 18</b>

## 1. Introducción

Históricamente el Estado ha venido adquiriendo cada vez más cargas en la responsabilidad de los resultados que genera con su actuar lícito o ilícito, pues en un principio se hablaba de la irresponsabilidad absoluta del Estado, donde a este era imposible endilgarle algún tipo de gravamen frente a los resultados dañinos que ocasionara con su actividad administrativa, más adelante con el surgimiento del Estado de Derecho y la aplicación del principio de igualdad se empezaron a desarrollar teorías por vía jurisprudencial y doctrinaria acerca de la responsabilidad estatal, que por mucho tiempo fue tradicionalmente de carácter subjetiva, pues si bien en antaño se hablaba de que el Estado no debía responder por ninguno de sus actos, con la constitución de 1886 se abren caminos para que el Estado se empiece a hacer responsable de aquellas consecuencias perjudiciales que le genere a los particulares cuando en su actividad administrativa tenga fallas en la prestación del servicio como consecuencias de un actuar culpable o doloso de alguno de sus agentes, constituyéndose con esto una responsabilidad de tipo subjetiva.

En Colombia la competencia para conocer de la responsabilidad extracontractual del Estado estuvo durante mucho tiempo en cabeza de la Corte Suprema de Justicia, la cual siendo el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria lo que hizo fue trasladar conceptos del derecho civil a litigios de tipo administrativo, hablándose para

aquel entonces de responsabilidad directa e indirecta por parte de la administración pública la cual tenía el deber de elegir y vigilar correctamente a sus funcionarios, conceptos sobre los cuales se empezó a construir la teoría de la falla del servicio como régimen subjetivo . “Fue hasta la expedición del Decreto 528 de 1964 que se desvinculó el enjuiciamiento de la responsabilidad del Estado de la Corte Suprema de Justicia, para fijársela al Consejo de Estado” (Perdomo, Rodríguez & Largo, 2010, p.21). Ya con el Consejo de Estado con facultades y autonomía plena en la jurisdicción contenciosa administrativa siguió utilizando la falla del servicio como fundamento de la responsabilidad del estado, pero al mismo tiempo empezó a desarrollar en sus fallos nuevos conceptos de carácter objetivo sobre la responsabilidad civil extracontractual del Estado, entre los cuales se destaca el daño especial.

Con la constitución de 1991 se da un avance importante respecto a las cargas que tiene el Estado sobre las consecuencias de su accionar administrativo, pues en el artículo 90 de la C.P<sup>1</sup> se expresa que el fundamento de

<sup>1</sup> “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” (“Constitución Política de Colombia-art 90”, 1991).

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 4 de 18

la responsabilidad de la administración está en el concepto del daño antijurídico, fortaleciéndose así la tendencia hacia los regímenes objetivos de la responsabilidad estatal, en los cuales el Estado se hace responsable de los resultados de su accionar administrativo sin que sea necesario determinar elementos subjetivos de culpa o dolo, ya que la naturaleza misma del Estado Social de Derecho tiene entre sus fines esenciales “garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales de la comunidad, asegurando así la vigencia de un orden justo” (“Constitución Política de Colombia- art. 2”, 1991), por lo cual si el Estado es garante de dicho orden justo en las relaciones sociales, cuando es él quien lo violenta con su actuar legítimo y en el marco de sus atribuciones legales, generando perjuicios especiales y anormales a sus administrados, en el sentido que “implican una carga o sacrificio adicional al que las personas normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad, debe entonces restablecer el equilibrio y esto se logra a través de la indemnización de los daños ocasionados” (Irisarri, 2000, p.39).

La anterior responsabilidad extracontractual del Estado es la que se conoce dentro de los regímenes objetivos como daño especial, el cual es un tema que se viene desarrollando por vía jurisprudencial dentro de nuestra historia reciente y que ha tomado una gran importancia en los postulados de la Carta Magna de 1991.

Celemín & Roa (2001) El daño especial como régimen objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano, tiene su fundamento constitucional en el derecho a la igualdad<sup>2</sup>, por lo cual en un Estado Social de Derecho se debe dar un tratamiento igual a quienes se encuentren en idénticas situaciones de hecho, que en este caso se refiere a las cargas públicas que las personas normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad y al mismo tiempo que las personas en situaciones especiales o diferentes deben tener un trato diferencial como aquellas que debido al accionar legítimo del Estado se ven obligados a soportar cargas adicionales a las normales.

## **2. La responsabilidad civil extracontractual del Estado**

Se habla de responsabilidad civil extracontractual del Estado en el evento en que la Administración genere un daño

---

<sup>2</sup> “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 razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica” (“Constitución Política de Colombia -art. 13”, 1991)

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 5 de 18

que perjudica a un particular con el cual no exista vínculo anterior alguno, o que aún así existiendo tal vínculo, el daño que sufre la víctima no proviene de dicha relación anterior, sino de otra circunstancia. El Estado está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes. En este sentido concuerdan autores como los Hermanos Mazeaud (citados por Irisarri, 2000, p.21). Esta responsabilidad coincide con la responsabilidad abstracta de la que habla el profesor Fernando Hinestrosa<sup>3</sup>.

### **2.1. Clasificación de la responsabilidad civil extracontractual del Estado:**

La responsabilidad civil extracontractual del Estado se puede clasificar según el gravamen que se les endilga a sus agentes en régimen subjetivo o régimen objetivo de responsabilidad.

<sup>3</sup> Hinestrosa, Fernando. Conferencias de Derecho Civil Obligaciones. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 1964, pág. 330.

**2.1.1 Régimen subjetivo<sup>4</sup>:** Esta clase de responsabilidad estatal tiene su fundamento en la falla del servicio, la cual puede ser probada o presunta.

Diazgranados (2001) dice:

Tradicionalmente la responsabilidad, entendida genéricamente, ha tenido como piedra angular el elemento subjetivo de la culpa; la negligencia, la imprudencia o la impericia, parten de un juicio de reproche en relación con el comportamiento del agente, el cual justifica que se le atribuya el resultado dañoso de su conducta. Se conoce esta clase de responsabilidad como subjetiva (...) La cual en este sentido encuentra su justificación en la figura de la falla del servicio (p.5).

<sup>4</sup> Sobre esta clase de responsabilidad no vamos a ahondar, pues su importancia en el desarrollo de este artículo radica en su diferenciación con el régimen objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado, entre los cuales se encuentra el daño especial.

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVISADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 6 de 18

**2.1.2. Regímenes objetivos<sup>5</sup>:** Irisarri (2000, p.38) “Estos regímenes están constituidos por aquellos eventos en los cuales el Estado compromete su responsabilidad sin necesidad de que medie el elemento subjetivo, es decir la culpa o falla del servicio, ya sea presunta o probada”. El fundamento de esta responsabilidad se encuentra en el hecho que produjo el resultado dañoso, sin importar si este fue cometido con culpa o dolo. Lo más importante para establecer la responsabilidad objetiva es la presencia del daño y la relación de causalidad entre la acción estatal y el perjuicio. Este régimen de responsabilidad descarta la falla del servicio, pues la responsabilidad del Estado surge del daño ocasionado dentro de su actuar legítimo. Los regímenes objetivos son:

- a. Daño Especial (Objeto de la presente investigación).
- b. Ocupación y expropiación de inmuebles.
- c. Riesgo Excepcional.
- d. Privación injusta de la libertad.

### 3. Daño Especial

Irisarri (2000) lo define de la siguiente manera:

Se presenta esta clase de responsabilidad, cuando el Estado en el ejercicio de sus funciones y obrando dentro de su competencia

<sup>5</sup> Dentro de este régimen de responsabilidad estatal se ubica el título jurídico del Daño Especial, el cual es de naturaleza eminentemente objetiva.

y ceñido a la ley, produce con su actuación perjuicios a los administrados, perjuicios que son especiales y anormales en el sentido que implican una carga o sacrificio adicional al que los administrado normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad.

Se fundamenta esta teoría del daño especial en que los asociados por el simple hecho de vivir es sociedad deben soportar las cargas que implica el funcionamiento del aparato estatal cargas que son iguales para todos los administrados, (por eso se habla de la igualdad de los ciudadanos ante la ley y las cargas públicas). Pero cuando dichas cargas ya no son iguales, cuando el equilibrio se rompe y ese principio de igualdad se pierde así sea por el obrar legítimo de la administración, es necesario restablecer el equilibrio y esto se logra a través de la indemnización de los perjuicios ocasionados (p.39).

A propósito El Consejo de Estado define el daño especial expresando lo siguiente:

(...) Se trata de un régimen de responsabilidad que no tiene como fundamento un error o falla atribuible a la Administración, sino el ejercicio de actividades legítimas que pueden causar daños

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 7 de 18</b>

a los administrados quienes, en aras de garantizar la equidad y el equilibrio frente a las cargas públicas, deben ser indemnizados (Consejo de Estado. Sección 3ra. Sentencia del 11 de Febrero de 2009, C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Nro. 16980).

### **3.1 Presupuestos para que se configure el daño especial**

Para que surja la responsabilidad del Estado por daño especial, es necesario que concurren tres factores: primero, que la administración despliegue una actividad legítima; Segundo, que se produzca, en cabeza de un particular la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas y tercero, que entre la actuación de la administración y el rompimiento de esa igualdad, exista un nexo de causalidad.

De manera similar el Consejo de Estado explica cuales son los componentes del Daño Especial:

1. Despliegue de actividad legítima por parte de la administración.
2. Que se produzca en cabeza de un particular, la ruptura de la igualdad frente a las cargas públicas.

3. Nexo de causalidad entre las anteriores, es decir, entre la actuación administración y la ruptura de la igualdad.

Consejo de Estado (1991)

(...) cuando la actividad de la administración deba cumplirse en salvaguarda de los cometidos que tiene que desarrollar y de los intereses generales que deba proteger y daña a alguien en forma excepcional en su vida, honra y bienes le está imponiendo a este una carga especial que no tiene por qué sufrir aisladamente (...) En otros términos, cuando se rompe el principio de la igualdad frente a las cargas públicas porque estas excedan las conveniencias generales y normales, el estado estará obligado a ese resarcimiento a nombre de todos, para así sea patrimonialmente, restablecer el principio aludido (Consejo de Estado. Sección 3ra. Sentencia del 24 de Abril de 1991. C.P. Policarpo Castillo Dávila. Radicado: 6110).

#### **3.1.1 Actuación legítima de la administración**

Sobre este aspecto Diazgranados (2001) expresa:

El daño especial es una de las variantes del régimen objetivo de responsabilidad. Debido a ello, es indispensable, para su aplicación, en primer lugar, que la

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 8 de 18

administración no haya incurrido en una falla del servicio, es decir, que no haya habido un funcionamiento anormal o tardío del servicio, o que éste, simplemente, no haya funcionado. En otras palabras la conducta de la entidad pública debe estar estrictamente enmarcada dentro de la legalidad, lo cual implica un funcionamiento adecuado del servicio, orientado a satisfacer los intereses públicos. Ahora bien, la actuación de la administración no debe ser necesariamente una acción. Bien puede suceder que se genere un detrimento particular con una omisión legítima de las autoridades (p. 9).

En sentencia del 28 de octubre de 1976, en Consejo de Estado, dentro del análisis de la teoría del daño especial, precisó que la misma presupone una actuación legítima y ajustada a derecho de la administración, lo cual excluye cualquier juicio de reproche sobre su comportamiento:

Aun la actividad estatal absolutamente legítima tanto por la existencia y la extensión del derecho que ejercita, como por la finalidad al procedimiento determinado legalmente, puede

dar lugar a la indemnización del daño causado al administrado, que es lo que se conoce como responsabilidad sin falta (...) Lo anterior importa que tal tipo de responsabilidad excluye la derivación de la ilegalidad del acto administrativo, los casos de responsabilidad por falta o falla del servicio o de la Administración y lógicamente, con mayor razón, la derivada de las vías de hecho (Consejo de Estado. SCA, Sección 3ra. Sentencia del 28 de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango. Expediente 1482).

### **3.1.2 Rompimiento del equilibrio frente a las cargas publicas**

Diazgranados (2001) dice:

Para que la teoría del daño especial cobre aplicación, es menester que esa igualdad frente a las cargas públicas que se derivan de vivir en sociedad, sea quebrantada. Es decir, que el perjuicio sufrido por un particular con ocasión de una actuación administrativa lícita supere el

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 9 de 18</b>

umbral normal de molestias al que está sometido la generalidad del grupo a que pertenece. El daño debe revestir, pues, cierta gravedad y desproporción en comparación con el resto de la comunidad (p.10).

La Corte Constitucional (1996) afirma:

En efecto, si la Administración ejecuta una obra de interés general (CP art. 1) pero no indemniza a una persona o grupo de personas individualizables a quienes se ha ocasionado un claro perjuicio con ocasión de la obra, entonces el Estado estaría desconociendo la igualdad de las personas ante las cargas públicas (CP art. 13), pues quienes han sufrido tal daño no tienen porque soportarlo, por lo cual este debe ser asumido solidariamente por los coasociados (CP art. 1) por la vía de la indemnización de quien haya resultado anormalmente perjudicado. Se trata pues, de un perjuicio especial sufrido por la víctima a favor del interés general, por lo cual el daño debe ser soportado no por la persona sino por la colectividad, por medio de la imputación de la responsabilidad al Estado (Corte Constitucional, sentencia C-333, 1 de Agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp-D-1111).

### **3.1.3 Nexo de causalidad**

Diazgranados (2001) lo define así:

Aunque haya una actuación lícita de la administración y un rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas, no habrá responsabilidad del estado, si esto último no es consecuencia directa de lo primero. En otras palabras, es necesario que el comportamiento de la entidad pública sea la causa del daño grave y desproporcionado que sufre el particular (p. 11).

## **4. El daño especial a la luz de la Constitución Política de 1991**

(Celemín &Roa, 2004) Con la llegada de la actual Constitución Política de Colombia se da un gran avance normativo en materia de los regímenes objetivos de la responsabilidad extracontractual del Estado, la cual tiene como fundamento el daño antijurídico ocasionado por este, en donde se da una mayor importancia a la víctima de un perjuicio que no estaba obligado a soportar, que al dolo o la culpa con la cual se haya producido el daño, teniendo como fin que la Administración repare con su patrimonio el daño sufrido por el particular, postulado que se encuentra en el artículo 90 de la

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 10 de 18

Constitución Política<sup>6</sup>, regímenes entre los cuales se encuentra el Daño Especial, el cual tiene su fundamento constitucional en el derecho a la igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política<sup>7</sup>, de tal manera que se debe dar un tratamiento igual a quienes se encuentren en idénticas situaciones de hecho, que en este caso corresponde a las cargas públicas que las personas normalmente deben soportar por el hecho de vivir en sociedad y al mismo tiempo que las personas en situaciones especiales o diferentes deben tener un trato diferencial como aquellas que debido al accionar legítimo del Estado se ven obligados a soportar cargas adicionales a las normales generándose así un Daño Especial. Otro postulado constitucional referente al régimen objetivo del Daño Especial está en el numeral 9º del artículo 95 de la Constitución Política<sup>8</sup>, respecto a que los

gastos e inversiones del Estado deben darse dentro de conceptos de justicia y equidad en concordancia con el deber estatal de garantizar un orden equitativo, lo cual justifica un resarcimiento patrimonial a los administrados que son víctimas de un Daño Especial por parte del Estado.

#### **4.1 El daño antijurídico en la teoría del daño especial.**

El daño especial como régimen objetivo de la responsabilidad extracontractual del Estado tiene su fundamento constitucional, principalmente en el concepto de daño antijurídico, sobre el cual trata el artículo 90 de la constitución política, ya antes mencionada.

La Doctrina española define el daño antijurídico de la siguiente manera:

“Es la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extra patrimonial que la víctima no está en la obligación de soportar” (Diazgranados, 2001, p. 20).

El Estado en su actividad legítima tiene un justo título para imponer ciertas cargas al ejercicio de los derechos de los administrados, quienes deberán soportarlas como cesión de una parte de sus libertades particulares al estado, para que este desarrolle los fines que se le han impuesto constitucionalmente en beneficio del bien común, por lo cual es justo que el estado en estos eventos imponga ciertas molestias a los particulares, pero cuando estos perjuicios exceden el límite que las personas deben soportar por el hecho de vivir en sociedad estos ya no estarán obligados a soportarlo

<sup>6</sup> “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” (“Constitución Política de Colombia-art 90”, 1991).

<sup>7</sup> Ya ha sido referenciado en este mismo escrito.

<sup>8</sup> “La calidad de colombiano enaltece a todos los miembros de la comunidad nacional. Todos están en el deber de engrandecerla y dignificarla. El ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en esta Constitución implica responsabilidades. Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país” (“Constitución Política de Colombia-art 95 Nral. 5”, 1991).

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVISADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión: 01</b>
		<b>Página 11 de 18</b>

pues se les garantiza que el Estado se someta rigurosamente a las normas que él mismo ha establecido, respetando el principio de igualdad ante las cargas públicas por el cual se configura el daño antijurídico como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado.

La Corte Constitucional (2004) afirma sobre el daño antijurídico:

El nuevo fundamento de la responsabilidad estatal conlleva a su vez que no todo daño deba ser reparado, sino sólo aquel que reviste la connotación de antijurídico, es decir, no se repara el daño justificado, esto es aquel que quien lo padece tenga la obligación de soportar, además, como en todos los casos de responsabilidad, debe tratarse de un daño que tenga un vínculo causal con la actividad de un ente público (...) De esta manera, el artículo 90 de la Constitución consagra una cláusula general de responsabilidad estatal objetiva por todos los daños antijurídicos causados por las actuaciones de los entes públicos (...) Ahora el fundamento de la responsabilidad no es la calificación de la conducta de la Administración, sino la calificación del daño que ella causa. No se trata de saber si hubo o no una falla en el servicio, es decir una conducta jurídicamente irregular aunque no necesariamente culposa o dolosa, sino de establecer si cualquier actuar público produce o no un

“daño antijurídico”, es decir un perjuicio en quien lo padece, que no estaba llamado a soportar configurándose con estos presupuestos lo que conocemos como Daño Especial (Corte Constitucional, sentencia C-043, 27 de enero de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

## **5. Causales de exoneración de la responsabilidad del Estado en el daño especial.**

El Estado se libera de responsabilidad acreditando la interferencia de una causa extraña en la producción del daño; es decir, que cuando se logra demostrar que existe un rompimiento en el nexo de causalidad el Estado debe ser exonerado de toda responsabilidad, de igual manera sucede cuando se demuestra que el perjuicio que produjo el daño no ha configurado una afectación al principio de igualdad frente a las cargas públicas.

Estas causales son:

### **5.1 Rompimiento del nexo de causalidad**

El daño especial conocido también como la responsabilidad sin falta es un régimen objetivo de la responsabilidad estatal en la cual el Estado solo puede librarse de responder atacando el nexo de causalidad que existe entre el daño o perjuicio causado y el actuar legítimo del estado, debiendo demostrar que dicho daño se produjo por causas extrañas, tales como la

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 12 de 18

fuerza mayor, hecho de un tercero o culpa exclusiva de la víctima.

### 5.1.1 Fuerza mayor

Contrario a lo que sucede en el derecho civil, el derecho administrativo diferencia la fuerza mayor del caso fortuito.

Diazgranados, (2001) dice:

El consejo de Estado sostuvo que la fuerza mayor se trataba de un hecho irresistible, mientras que el caso fortuito se identifica con un suceso imprevisible, sin embargo a pesar de ser diferentes siguen teniendo el mismo poder liberatorio en materia de responsabilidad (p. 32)

En la actualidad el Consejo de Estado tiene una posición diferente sobre la dualidad entre la fuerza mayor y el caso fortuito:

El Estado del arte nos indica que la fuerza mayor es un hecho irresistible e imprevisible que es ajeno y exterior a la actividad o al servicio que causa el daño, mientras que el caso fortuito hace parte de la estructura interna del servicio o la actividad que se desempeña. Al tiempo que la fuerza mayor exonera a la administración en todos los casos, el caso fortuito no siempre la libera porque hace parte de las características de la actividad desarrollada la cual hace

responsable, en ciertos casos (actividades peligrosas) a la persona que la ejecuta. (Consejo de Estado. S.C.A. Sección tercera. Sentencia del 20 de Febrero de 1989 CP. Antonio J. De Irisarri Restrepo Expediente No. 4655).

### 5.1.2 Hecho de un tercero

En este caso es necesario que el daño producido sea exclusivamente responsabilidad de un tercero, ya que si en la responsabilidad interviene el Estado de alguna manera, ya sea porque provoco al tercero a generar el daño o porque entro en conflicto con este y de ese conflicto surgió el daño, entonces no puede liberarse de responsabilidad, ya que estaríamos hablando de responsabilidad solidaria de los agentes. Así las cosas, “la simple concurrencia de un tercero en la causación del daño no exonera al Estado de responsabilidad” (Diazgranados, 2001, p.34). En conclusión para que el hecho de un tercero sea causal de exoneración en el daño especial es necesario que la responsabilidad absoluta del daño producido sea exclusiva de un tercero sin intervención alguna por parte del Estado.

Consejo de Estado (2005) afirma:

El daño especial se define como una carga que viola el principio de igualdad de las personas ante la ley, situación que no ocurre con los ataques de la subversión o de la delincuencia en general, en donde el Estado no solo no realiza actividad alguna sino que casi

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 13 de 18

siempre es, por el contrario, el objetivo principal e inmediato del ataque (Consejo de Estado, Sección 3ra. Sentencia del 28 de abril de 2005, C.P. Ramiro Saavedra Becerra. Radicado: 16175).

### 5.1.3 Culpa exclusiva de la víctima

Esta causal de exoneración de la responsabilidad estatal debe cumplir ciertos requisitos, ya que no basta solo con invocar una conducta imputable a la víctima, estos requisitos son:

Diazgranados (2001):

- a) Que haya una relación de causalidad entre el hecho de la víctima y el daño.
- b) Que el hecho de la víctima sea exclusivo del daño que padece. Si no es la única causa si no que concurre con el hecho de la administración, habrá lugar a la disminución del monto por el cual deberá responder la entidad estatal.
- c) El hecho de la víctima a de ser extraño y no imputable al ofensor. Esto quiere decir que si el comportamiento de la víctima fue propiciado o provocado por el demandado, el hecho de ella no le será ajeno y habrá lugar a la declaración de responsabilidad.

Es importante señalar que no es necesario que el hecho de la víctima sea culposo; el nexo de causalidad como elemento de responsabilidad, parte de consideraciones puramente objetivas (Diazgranados, 2001, p.35).

### 5.2 Inexistencia de un daño antijurídico

En el régimen objetivo del daño especial es necesario que el perjuicio sufrido por el particular sea grave y que rompa el equilibrio de las cargas públicas al que están sometidos los demás administrados, por el simple hecho de vivir en sociedad.

El Estado en su actuar legítimo puede restringir ciertos derechos a sus asociados e imponer cargas públicas que estos constitucionalmente están obligados a soportar con el fin de garantizar el bien común.

Diazgranados (2001):

De manera que si el demandante no logra acreditar el carácter antijurídico del daño, o si la administración demuestra que el daño sufrido por el particular que la demanda, no es más que la porción de sacrificio que debe soportar, en aras de beneficiar a la colectividad de la cual el también hace parte, no deberá indemnizarlo (p .36).

El daño antijurídico no se configura si los perjuicios a los que es sometido el particular corresponden a una actuación legítima del Estado donde se distribuyen

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 14 de 18

equitativamente las cargas públicas que deben soportar, para versen luego beneficiados con la actividad administrativa que propende por el bienestar común, por lo cual en este caso no existe responsabilidad por parte del Estado.

## **6. Diferencias entre daño especial y riesgo excepcional**

Los principales títulos jurídicos de los regímenes objetivos de la responsabilidad del estado son el daño especial y el riesgo excepcional, los cuales suelen ser fácilmente confundidos ya que ambos son especiales de responsabilidad sin falla en el servicio y sus causales de exoneración son las mismas.

Sobre este asunto el consejo de Estado ha opinado en el siguiente sentido:

El Consejo de Estado (2006) dijo:

Y en punto a la responsabilidad por actos terroristas, merece decir que “riesgo excepcional” y “daño especial” también se antojan necesitados de un deslinde conceptual, pero no sólo porque el riesgo excepcional siempre se ubica del lado de la causa en tanto que el daño especial siempre lo hace del lado del efecto, sino también porque, si por aceptado se tiene que el título jurídico de imputación “daño especial” es de aplicación estrictamente residual, frente a los demás títulos jurídicos de imputación, no tiene sentido

aplicarlo al mismo tiempo que el “riesgo excepcional”. Otra de las diferencias entre el riesgo excepcional y el daño especial es que en el primero la idea de “magnitud” se tiene en cuenta para calificar la actividad riesgosa que cumple la Administración, mientras que en el segundo tal idea se tiene en cuenta al evaluar los efectos que sufre la víctima por el quehacer legítimo de la Administración (Consejo de Estado. Sección 3ra. Sentencia del 28 de junio de 2006-Salvamento de Voto del Mg. Mauricio Fajardo Gómez. Nro. 28459).

Existen algunos parámetros para diferenciarlos, tales como:

### **6.1 En cuanto al agente del daño**

Diazgranados (2001):

En el daño especial es siempre la administración, la que de manera directa causa el daño, en cambio en el riesgo excepcional, es posible que la lesión sea ocasionada por terceras personas. En efecto resulta factible, en este último caso, que el detrimento se produzca con ocasión de una actividad estatal, pero que no sea la administración la causante directa del daño, no obstante lo

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 15 de 18

cual este será imputable a ella (p. 40-41).

En el daño especial siempre el perjuicio debe ser producido directamente por la actividad administrativa, mientras que en el riesgo excepcional el Estado lo que hace es crear un “riesgo de naturaleza excepcional” que, dada su particular gravedad, excede notoriamente las cargas que normalmente han de soportar los administrados como contrapartida de los beneficios que derivan de la ejecución de la obra o de la prestación del servicio (Consejo de Estado, Sección Tercera, Febrero 20 de 1989 MP. Antonio J. De Irisarri Restrepo Expediente No. 4655).

En el riesgo excepcional el daño que se produce puede llegar a ser ocasionado por un tercero y no por la actividad directa de la administración, la cual se hace responsable desde el principio de haber generado un peligro excepcional a la comunidad afectada dentro de sus actividades legales.

## **6.2 En cuanto a la naturaleza de la actividad**

Diazgranados (2001):

En el daño especial no es esencial que la actividad que desarrolle la administración sea peligrosa. Sin embargo nada obsta para que la actuación de la entidad pública cree ciertos peligros, para que se aplique la teoría del daño especial, cuando el perjuicio, si bien proviene de dicha actividad no constituye la concreción del

riesgo que ella genera, si no que se observa en si es el daño ocasionado. Por el contrario, para que pueda haber lugar a responsabilidad por riesgo excepcional es imprescindible que la actividad de la administración, también legítima, sea peligrosa. En caso de ser peligrosa la actividad desarrollada por la administración, habrá lugar a la responsabilidad del estado por daño social, cuando la lesión que se produzca no sea consecuencia de la creación del riesgo que tal actividad conlleva (p. 43).

## **6.3 En cuanto al ámbito de aplicación**

Al momento de aplicar uno de estos dos regímenes objetivos<sup>9</sup> es importante ver sus presupuestos facticos y la naturaleza jurídica y doctrinaria que sobre ellos se ha elaborado, las cuales tienen su basamento en las teorías del riesgo, pues el daño especial se basa en la teoría del riesgo-beneficio, en la cual el Estado legítimamente sacrifica de manera especial algunos derechos de determinado particular para garantizar el beneficio colectivo de la comunidad, debiendo indemnizar al afectado por los perjuicios ocasionados, mientras que el riesgo excepcional atiende su razón de ser a la teoría del riesgo creado, de acuerdo con ella, desde el instante en que el Estado pone de manera legítima a ciertas personas en situación de riesgo para

<sup>9</sup> Daño especial y riesgo excepcional.

 <b>INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA DE ENVIGADO</b>	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 16 de 18

garantizar el bien colectivo, ya existe una amenaza latente, que si es materializada, hace a la Administración responsable objetivamente de dicho resultado que ella debió controlar.

En cuanto al ámbito de aplicación como elemento diferencial entre el daño especial y el riesgo excepcional Diazgranados (2001) expresa lo siguiente:

La aplicación de una y otra teoría depende de los supuestos de hecho sobre los que se reposen las pretensiones. La teoría del riesgo excepcional deberá utilizarse cuando los daños que se generan sean la consecuencia directa de los riesgos creados por el despliegue de una actividad lícita de la administración y la aplicación del daño especial, cuando la actividad legítima de las entidades públicas no sea peligrosa o, en caso de serlo, cuando el daño que se produzca no tenga relación de causalidad con los riesgos creados por la misma (p. 47).

antijuridicidad varia en los diferentes regímenes de responsabilidad estatal, tal como sucede entre el riesgo excepcional y el daño especial, “en la responsabilidad por riesgo excepcional, se desprende de la materialización de los riesgos creados por la administración, en la responsabilidad por daño especial encuentra sustento en el rompimiento del equilibrio frente a las cargas publicas” (Diazgranados, 2001, p. 48).

#### **6.4 En cuanto a la razón de la antijuridicidad del daño**

El daño antijurídico es el elemento esencial de la responsabilidad extracontractual de Estado dentro del orden constitucional de la Carta de 1991, por lo cual todos los regímenes de responsabilidad tienen como requisito indispensable que se configure un daño antijurídico, sin embargo el motivo de la

	<b>ARTICULO DE TRABAJO DE GRADO</b>	<b>Código:</b>
		<b>Versión:</b> 01
		<b>Página</b> 17 de 18

### Referencias

- Celemín, L. & Roa, J. (2004). Responsabilidad extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. [Consultado 8/06/2012] [URL:<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TEISIS43.pdf>>]
- C.C, Martínez, A (1996). Corte Constitucional, sentencia C-333, 1 de Agosto de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero. Exp-D-1111.
- C.C, Monroy, M (2004). Corte Constitucional, sentencia C-043, 27 de enero de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- C.E, Fajardo, M (2006). Consejo de Estado. SCA, Sección 3ra. Sentencia del 28 de junio de 2006- Salvamento de Voto del Mg. Mauricio Fajardo G. Nro. 28459.
- C.E, Fajardo, M (2009). Consejo de Estado. SCA, Sección 3ra. Sentencia del 11 de Febrero de 2009. C.P. Mauricio Fajardo Gómez. Radicación: 16980.
- C.E, Irisarri, A (1989). Consejo de Estado, Sección Tercera, Febrero 20 de 1989 C.P. Antonio De J. Irisarri Restrepo Expediente No. 4655.
- C.E, Castillo, P (1991). Consejo de Estado. SCA, Sección 3ra. Sentencia del 24 de Abril de 1991. C.P. Policarpo Castillo Dávila. Radicado: 6110.
- C.E, Valencia, J (1976). Consejo de Estado. SCA, Sección 3ra. Sentencia del 28 de octubre de 1976, C.P. Jorge Valencia Arango. Expediente 1482.
- Díazgranados, S. (2001). Responsabilidad del Estado por daño especial. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. [Consultado 8/06/2012] [URL:<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere2/Tesis46.pdf>>]
- Irisarri, C. (2000). El daño antijurídico y la responsabilidad extracontractual del Estado colombiano. Tesis de pregrado. Pontificia Universidad Javeriana. [Consultado 12/06/2012] [URL:<<http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere1/Tesis27.pdf>>]
- Perdomo, G., Rodríguez, C. & Largo, O. (2010). El desarrollo jurisprudencial de la responsabilidad administrativa del Estado colombiano emanada de los actos terroristas en la última década. Tesis de pregrado. Universidad Autónoma de Colombia. [Consultado 11/06/2012] [URL:<[http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/EL\\_DESARROLLO\\_JURISPRUDNCIAL\\_DE\\_LA\\_RESPONSABILIDAD\\_ADMINISTRATIVA\\_DEL\\_ESTADO\\_COLOMBIANO.pdf](http://www.fuac.edu.co/usr/derecho/mono/EL_DESARROLLO_JURISPRUDNCIAL_DE_LA_RESPONSABILIDAD_ADMINISTRATIVA_DEL_ESTADO_COLOMBIANO.pdf)>]
- Ramos, J. (1994) Responsabilidad extracontractual del Estado. Cali: Ediciones Universidad Libre, 1994. p 19-20.
- Tamayo, J. (1997) La Responsabilidad del Estado. Ed. Temis. Santafé de Bogotá, 1997. p. 123.

