



CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA

Magistrado ponente: Martín Bermúdez Muñoz

Radicación: 50001-23-31-000-2009-00126-01 (54107)
Demandantes: Orlando Fajardo Castillo y otros
Demandado: Departamento de Meta
Referencia: reparación directa

Aclaración de voto de Alberto Montaña Plata

Comparto la decisión adoptada por la Sala de revocar el fallo del Tribunal Administrativo de Meta, que declaró probada la excepción de inepta demanda por indebida escogencia de la acción y, en su lugar, decidir de fondo; sin embargo, aclaro el voto porque considero que la Sentencia, de manera errada, aunque no inadvertida, fusiona y confunde los conceptos de daño antijurídico y de daño especial.

Con independencia de los retos conceptuales atados a la concepción del daño antijurídico como el daño que no se está en la obligación jurídica de soportar; en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, el daño antijurídico se identifica como uno de los elementos estructurantes de la responsabilidad patrimonial del Estado, independiente de la causación y de la imputación, última en donde se sitúan el daño especial, el riesgo excepcional y la falla del servicio.

La providencia sobre la que aclaro el voto acude al concepto de *“desequilibrio en las cargas públicas que todos los ciudadanos debemos soportar proporcionalmente”*, y señala que, cuando la *“afectación patrimonial es particular y grave, debe ser asumida **por todos** porque tuvo como causa un acto proferido en defensa del interés general”* (énfasis añadido). Aunque no conozcamos a quiénes se refiere la Sentencia cuando se refiere a *“todos”*, sin duda se soporta sobre la constatación de una actividad lícita de la administración que, en todo caso, ocasiona daños.

La fusión y confusión de los conceptos de daño antijurídico y de daño especial no permite advertir si la negativa de las pretensiones se dio por la ausencia del daño o del título de imputación (daño especial, para este caso), pues, si los dos conceptos tuvieran el mismo entendimiento y comprensión, o si pudieran considerarse como conceptos equivalentes, la propia diferenciación que hace la Sentencia, para separar una *“decisión que se estima lícita”* de una

actuación en la que la “Administración obró irregularmente” se vaciaría completamente de contenido porque, para los efectos indemnizatorios, todo daño antijurídico sería, de inmediato un daño especial, un daño que rompe la igualdad ante las cargas públicas y, por ese camino, sería indemnizable, cuando lo correcto es entender que todo daño especial (una vez reunidas sus elementos concebidos por la doctrina y por la jurisprudencia de especialidad y de anormalidad) es un daño que no se debe soportar.

La Sentencia de la que me aparto acude en apoyo de otra providencia en la que el Consejo de Estado se pronunció sobre el daño antijurídico y el daño especial; no obstante, pasó por alto que, desde aquel entonces (1976), y hoy, se diferencian y delimitan de manera apropiada los conceptos de la antijuridicidad del daño de aquel típico título de imputación conocido como el daño especial, erigido sobre el concepto de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas.

A diferencia de lo que se sostiene en la Sentencia, el daño especial no es un concepto de la jurisprudencia equivalente al “*daño antijurídico en los términos del artículo 90 de la C.P.*”, su diferenciación no es un asunto de menor entidad, por el contrario, su equiparación haría colapsar en el primer requisito o condición de existencia de la responsabilidad, el resto de elementos constitucionalizados.

Firmado electrónicamente
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Magistrado