

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA – Niega

MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA / DAÑO CAUSADO POR LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA / ERROR JURISDICCIONAL - Ejecutivo hipotecario contra tercero adquirente / CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ERROR JURISDICCIONAL - A partir del día siguiente al que cobra ejecutoria la providencia a la que se le atribuye el yerro, salvo en los casos en que afecta a un tercero ajeno al trámite judicial, puesto que, en tal evento, el menoscabo puede conocerse tiempo después de la firmeza de la decisión / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / ERROR JURISDICCIONAL - Consecuencias de la orden judicial de venta en pública subasta / HIPOTECA DE INMUEBLE - En los eventos en los que el propietario del inmueble hipotecado sea un tercero adquirente, el acreedor puede ejercer la acción ejecutiva únicamente contra el actual dueño del bien, sin necesidad de vincular al deudor de la obligación cuyo cumplimiento persigue, excepto en los casos en que el tercero haya adquirido el bien en pública subasta / ACCIÓN REAL HIPOTECARIA – Procedencia / PROCESO EJECUTIVO CON GARANTÍA REAL – Presupuestos de la exigibilidad de la obligación con cargo a la garantía real, dirigida en contra del tercer adquirente o quien era propietario del bien en ese momento / ERROR JURISDICCIONAL – No configurado / DAÑO ANTIJURÍDICO – No probado

SÍNTESIS DEL CASO: [El demandante] fue vinculado a un proceso ejecutivo hipotecario, en condición de tercero adquirente del inmueble sobre el que recaía la garantía real. El acreedor sustentó la pretensión de pago en la escritura pública de constitución de hipoteca y en pagarés provenientes del deudor, persona que no fue demandada. El Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria derivada de los pagarés, propuesta por el tercero adquirente, levantó las medidas cautelares sobre el inmueble hipotecado y negó las pretensiones de la demanda. El Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión y, en su lugar, decretó la venta en pública subasta del bien hipotecado, providencia que el demandante considera constitutiva de error jurisdiccional.

PROBLEMA JURÍDICO: De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala procede a establecer si la afectación patrimonial que dijo haber sufrido con motivo de la providencia expedida en un proceso ejecutivo hipotecario, que ordenó la venta en pública subasta de un inmueble de propiedad del demandante para con su producto pagar una obligación a cargo del anterior dueño, constituyó un daño cierto, que no estaba en el deber de soportar. Si la respuesta es afirmativa, la Sala procederá a examinar los presupuestos de procedibilidad del error jurisdiccional previstos en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia -en adelante LEAJ- y, de ser viable, realizará el análisis de la providencia acusada de yerro para determinar si el daño patrimonial alegado es imputable a la Nación, Rama Judicial.

PRESUPUESTO PROCESAL / COMPETENCIA PARA LA RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN / FACTORES DETERMINANTES DE LA COMPETENCIA / FACTOR FUNCIONAL / COMPETENCIA – Por razón de la naturaleza del proceso / FACTOR OBJETIVO

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, porque el proceso inició con vocación de doble instancia, pues la cuantía estimada en la demanda por concepto de perjuicios, sin incluir los morales, excede los quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, previstos en el artículo 152-6 del CPACA para la competencia de los tribunales administrativos en primera instancia, aplicable incluso a los eventos de daños causados con la acción u omisión de agentes judiciales.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 152

CÓMPUTO DEL TÉRMINO DE CADUCIDAD DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA / ERROR JURISDICCIONAL - A partir del día siguiente al que cobra ejecutoria la providencia a la que se le atribuye el yerro, salvo en los casos en que afecta a un tercero ajeno al trámite judicial, puesto que, en tal evento, el menoscabo puede conocerse tiempo después de la firmeza de la decisión

El artículo 164 literal i) del CPACA fija un término de dos años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho que da lugar al daño, o desde que el demandante tuvo o debió tener conocimiento de este, para que la persona afectada incoe la acción de reparación directa, so pena de la extinción de la acción por caducidad. Esta disposición debe ser interpretada en consonancia con los artículos 90 de la Constitución Política, en el que se establece el daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad patrimonial del Estado, y 140 del CPACA, conforme al cual la acción de reparación directa busca el resarcimiento de un daño. En los eventos en que el daño deriva de un error jurisdiccional, la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que el conteo del término de caducidad inicia a partir del día siguiente al que cobra ejecutoria la providencia a la que se le atribuye el yerro, porque es a partir de ese momento que el afectado tiene conocimiento del craso e indubitado error que causa el daño cuya reparación pretende, salvo en los casos en que afecta a un tercero ajeno al trámite judicial, puesto que, en tal evento, el menoscabo puede conocerse tiempo después de la firmeza de la decisión. En el caso bajo estudio en esta oportunidad, la providencia expedida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 25 de agosto de 2011, acusada de incurrir en error jurisdiccional, cobró ejecutoria el 6 de septiembre de 2011, tal como se infiere del edicto fijado por la secretaría de esa corporación. La parte demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial el 7 de junio de 2012, por lo que el término de caducidad quedó suspendido cuando restaba un año y tres meses para que feneciera, según la prescripción incorporada en los artículos 21 de la Ley 640 de 2001 y 3 del Decreto 1716 de 2009. La Procuraduría 131 Judicial II para asuntos administrativos, en constancia, expedida el 28 de agosto de 2012, certificó que la audiencia resultó fallida por falta de ánimo conciliatorio de las partes. El demandante presentó la demanda el 23 de mayo de 2013, esto es, antes de que venciera el término que se encontraba suspendido en virtud de la solicitud de conciliación, razón por la que la Sala concluye que la acción de reparación directa fue ejercida en los dos años siguientes a la fecha de conocimiento del daño.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 140 / LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 164

ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO / ACREDITACIÓN DEL DAÑO / DAÑO ANTIJURÍDICO / IMPUTACIÓN DEL DAÑO

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia, en concordancia con los artículos 1757 del Código Civil (CC) y 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), quien pretenda indemnización de los perjuicios por la responsabilidad patrimonial del Estado deberá demostrar: (i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) su imputación al Estado por la acción u omisión de las autoridades públicas. En el caso bajo estudio, está acreditado que la providencia judicial acusada de error ordenó el avalúo y venta en pública subasta del inmueble propiedad del hoy demandante, embargado y secuestrado en el trámite de un proceso ejecutivo con título hipotecario, con la finalidad de que con su producto se pagara la suma de dinero que el deudor principal, distinto del dueño del predio, se obligó a pagar. El demandante aduce que no tenía el deber de soportar las consecuencias patrimoniales impuestas en la decisión judicial, porque la acción cambiaria derivada de los títulos ejecutivos, presentados como sustento de la

pretensión de pago, se encontraba prescrita, debido a que el cobro de los pagarés no se realizó en el término previsto en la ley. Que tampoco operó la interrupción de la prescripción con motivo del acuerdo de pago presentado por el acreedor y el deudor de la obligación en un proceso ejecutivo singular anterior, porque el dueño del inmueble sobre el que recaía la garantía hipotecaria, hoy demandante, no fue convocado a esa actuación judicial.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA – ARTÍCULO 90 / CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 1757 / CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL – ARTÍCULO 177

ERROR JURISDICCIONAL – Definición / PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL / REQUISITOS DEL ERROR JURISDICCIONAL

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la LEAJ, es error jurisdiccional el cometido por una autoridad jurisdiccional en el trámite de un proceso, materializado en una providencia judicial contraria a la ley, y procede su análisis siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: i) que el afectado acredite la interposición de los recursos de ley, excepto en los casos de privación de la libertad, y ii) que la providencia contentiva de error se encuentre en firme. En los casos en que el afectado “no haya interpuesto los recursos de ley”, o haya actuado con culpa grave o dolo, el artículo 70 de la ley referida prevé que “el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima”. La Corte Constitucional, al realizar el análisis de constitucionalidad de las normas citadas, consideró que el error jurisdiccional es una actuación “subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio”. En otras palabras, la Corte afirmó que el error jurisdiccional debe enmarcarse en los mismos presupuestos que la jurisprudencia definió como “vía de hecho”, figura que, a raíz de la evolución de la doctrina constitucional, dio paso a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales. La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado que el error jurisdiccional puede derivar de una indebida o falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto, es decir, un error de derecho, o de la omisión de considerar un hecho debidamente probado, de no decretar pruebas conducentes para determinar el hecho, o de una indebida valoración probatoria, eventos estos constitutivos de error de hecho. Ahora, en los eventos en que la atribución de responsabilidad al Estado se sustente en un error jurisdiccional, es necesario realizar una apreciación inicial de los medios de prueba con la finalidad de establecer si el yerro alegado causó consecuencias patrimoniales ciertas para el demandante y, si este estaba en el deber jurídico de soportar o no esa afectación. Verificada la existencia del daño y su antijuridicidad, procederá el análisis de la providencia para establecer si la afectación que esa decisión judicial causó al demandante es atribuible al Estado a título de error jurisdiccional.

HIPOTECA DE INMUEBLE - En los eventos en los que el propietario del inmueble hipotecado sea un tercero adquirente, el acreedor puede ejercer la acción ejecutiva únicamente contra el actual dueño del bien, sin necesidad de vincular al deudor de la obligación cuyo cumplimiento persigue, excepto en los casos en que el tercero haya adquirido el bien en pública subasta / ACCIÓN REAL HIPOTECARIA - Procedencia

En los eventos en los que el propietario del inmueble hipotecado sea un tercero adquirente, el acreedor puede ejercer la acción ejecutiva únicamente contra el actual dueño del bien, sin necesidad de vincular al deudor de la obligación cuyo cumplimiento persigue, dado que la hipoteca le confiere al titular de la garantía el atributo de persecución, esto es, “el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea

quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”, excepto en los casos en que el tercero haya adquirido el bien en pública subasta”. Así, el acreedor con garantía hipotecaria debe dirigir la demanda “en contra del actual propietario del inmueble, la nave o aeronave materia de la hipoteca o de la prenda”, siempre que el mecanismo judicial escogido tenga como finalidad exigir el cumplimiento de la obligación con cargo exclusivo a la garantía real. Ahora, si el acreedor pretende hacer exigible la obligación contenida en el título valor sin cargo a la garantía hipotecaria, podrá ejercer la acción personal en contra del deudor. La última opción con la que cuenta el acreedor hipotecario es ejercer la acción real contra el bien hipotecado, “fuere quien fuere el que lo posea”, y la acción personal para obtener el pago de la obligación con cargo al patrimonio del deudor, evento en el que la demanda deberá dirigirse en contra de este y del propietario del inmueble afectado con garantía hipotecaria, y se tramitará bajo el procedimiento del ejecutivo singular. En este caso está acreditado que el acreedor con garantía hipotecaria, en un primer momento, optó por demandar directamente al deudor, por medio de un proceso ejecutivo singular, en el que el título ejecutivo estaba representado en los pagarés provenientes del demandado por los valores de cien millones de pesos y ciento treinta millones de pesos. El proceso judicial culminó con acuerdo de pago fechado el 28 de julio de 2000, en el que el deudor se comprometió a pagar noventa y cuatro millones seiscientos mil pesos (\$94.600.000) con el producto de la venta de un inmueble distinto al hipotecado, y la suma restante continuaría garantizada con los pagarés y con la hipoteca constituida por el deudor el 9 de febrero de 1996. Por lo anterior, las partes solicitaron al juez civil el desglose de los títulos valores con nota de vigencia, y de la primera copia de la escritura de constitución de hipoteca. En un segundo momento, ante el incumplimiento del acuerdo de pago, el acreedor decidió hacer uso de la garantía real y demandó únicamente al propietario del bien, distinto al deudor, por medio de un proceso ejecutivo con garantía hipotecaria, para obtener el pago de la obligación dineraria con el producto del inmueble gravado, en los términos estipulados en el contrato de hipoteca y en los pagarés que constituían el título ejecutivo.

PROCESO EJECUTIVO CON GARANTÍA REAL – Presupuestos de la exigibilidad de la obligación con cargo a la garantía real, dirigida en contra del tercer adquirente o quien era propietario del bien en ese momento

En punto a la exigibilidad de la obligación con cargo a la garantía real, dirigida en contra del tercer adquirente o quien era propietario del bien en ese momento, es importante precisar que “no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados”. No obstante, si asume el pago de la obligación, “se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador”, y “si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella”.

FUENTE FORMAL: CÓDIGO CIVIL – ARTÍCULO 2453

ERROR JURISDICCIONAL – No configurado / DAÑO ANTIJURÍDICO – No probado

[L]a Sala concluye que la decisión judicial reprochada, si bien derivó en el egreso del inmueble dado en garantía real y propiedad de un tercero, dicho egreso no fue antijurídico habida cuenta de que este último compró el inmueble a pesar de que la hipoteca que aparecía inscrita en el folio de matrícula se encontraba vigente, razón por la que esa garantía le era exigible y oponible, es decir, que el demandante al adquirir el bien era consciente de que este constituía garantía de pago de una obligación ajena, y, por consiguiente, debía asumir las consecuencias de la ejecución del gravamen hipotecario, más aún, que por disposición del artículo 2453 del Código Civil no tenía “derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados”. Además, porque la circunstancia de sobrellevar el proceso ejecutivo hipotecario es una carga que deriva directamente

de la ley, pues, el artículo 2452 ibidem habilita al acreedor ejercer la acción real en contra del propietario actual del inmueble objeto de garantía, a pesar de no tener la condición de deudor principal. En ese sentido, de haber acreditado el padecimiento de un daño por desposesión del inmueble de su propiedad, este no sería antijurídico, pues estaba en el deber jurídico de soportarlo. Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

CONDENA EN COSTAS – Procedencia / AGENCIAS EN DERECHO – Liquidación

La Sala procede a disponer sobre la condena en costas, conforme a lo previsto en el artículo 188 del CPACA, en armonía con el artículo 366 del CGP, que prevén la liquidación de las expensas y gastos procesales, y las agencias en derecho causadas y demostradas, estas últimas de acuerdo con las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura. En lo relativo a las agencias en derecho, está demostrado que el órgano beneficiado con la decisión, esto es, la Nación, Rama Judicial, por medio del representante designado por el Director Administrativo de Administración Judicial, asistió a la audiencia inicial y a la audiencia de pruebas. No presentó alegaciones en primera ni en segunda instancia. No se acreditaron gastos procesales ni honorarios de auxiliares de la justicia. Por lo anterior, la Sala considera que no hay lugar a fijar costas por la segunda instancia, toda vez que la cuantificación realizada en la primera instancia, estimada en 0.5 % del valor de las pretensiones, esto es, cuatro millones setecientos treinta y cinco mil pesos (\$4.735.000), es suficiente para cubrir la actuación procesal realizada en esta etapa, en consideración a la naturaleza del proceso, la calidad y la duración de la gestión.

FUENTE FORMAL: LEY 1437 DE 2011 – ARTÍCULO 188

NOTA DE RELATORÍA: Providencia con aclaración de voto del magistrado Nicolás Yepes Corrales.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00639-01(51780)

Actor: LEONEL ORLANDO ÁLVAREZ TORRES

Demandado: LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA -LEY 1437/11

Tema: Error jurisdiccional

Subtema 1: Ejecutivo hipotecario contra tercero adquirente

Subtema 2: Consecuencias de la orden judicial de venta en pública subasta

Subtema 3: Certeza del daño no acreditada

La Subsección resuelve el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de mayo de 2014, que negó las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

Leonel Orlando Álvarez Torres fue vinculado a un proceso ejecutivo hipotecario, en condición de tercero adquirente del inmueble sobre el que recaía la garantía real. El acreedor sustentó la pretensión de pago en la escritura pública de constitución de hipoteca y en pagarés provenientes del deudor, persona que no fue demandada. El Juzgado Treinta y Cuatro Civil del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria derivada de los pagarés, propuesta por el tercero adquirente, levantó las medidas cautelares sobre el inmueble hipotecado y negó las pretensiones de la demanda. El Tribunal Superior de Bogotá revocó la decisión y, en su lugar, decretó la venta en pública subasta del bien hipotecado, providencia que el demandante considera constitutiva de error jurisdiccional.

II. ANTECEDENTES

2.1.1. Leonel Orlando Álvarez Torres, por medio de apoderado, presentó demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra la Nación, Rama Judicial, para que se le declare administrativamente responsable por el daño derivado del error jurisdiccional contenido en la sentencia de segunda instancia expedida en el proceso ejecutivo hipotecario seguido en su contra, que ordenó la venta en pública subasta de un inmueble de su propiedad, a pesar de que la acción cambiaria ejercida con sustento en un pagaré firmado por un tercero había prescrito.

2.1.2. Como consecuencia de la anterior declaración, el demandante solicitó condenar al órgano demandado al pago de perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente por setecientos millones de pesos (\$700.000.000), que corresponde al valor actual del inmueble sometido a subasta en el proceso ejecutivo hipotecario, y en la modalidad de lucro cesante por valor de doscientos cuarenta y siete millones quinientos mil pesos (\$247.500.000), correspondiente al dinero que él dejó de recibir por el arrendamiento mensual del inmueble desde el 10 de marzo de 2005, cuando se realizó el secuestro del bien, hasta la fecha de presentación de la demanda. Además, solicitó el pago de perjuicios morales en cuantía equivalente a cien (100) smmlv¹.

2.1.3. La parte actora adujo, como sustento de las pretensiones, que el Tribunal Superior de Bogotá incurrió en error jurisdiccional al decretar la venta del inmueble gravado con hipoteca, a pesar de que la acción cambiaria derivada del pagaré que sustentó la ejecución había prescrito. Afirmó que el tribunal incurrió en error de hecho al considerar que el acuerdo de pago logrado por el acreedor y el

¹ Folio 27 del c. 1.

deudor en un proceso ejecutivo singular anterior al ejecutivo hipotecario interrumpió la prescripción de la acción cambiaria, dado que esa negociación “no puede en manera alguna y sin fundamento legal, afectar u oponerse al titular del derecho de dominio de la garantía hipotecaria”, más aún “cuando esta persona es diferente al deudor obligado en el título base de la ejecución”².

2.2. Trámite procesal relevante en primera instancia

2.2.1. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca admitió la demanda una vez subsanada, y el auto admisorio fue notificado en debida forma³.

2.2.2. El apoderado judicial designado por el director Ejecutivo de Administración Judicial, en representación de la Nación, Rama Judicial, se opuso a las pretensiones de la demanda, porque consideró que la providencia judicial acusada de error fue motivada conforme a la normativa aplicable al caso y a la apreciación de los medios de prueba aportados al expediente ejecutivo hipotecario, elementos estos que permitieron determinar que la inscripción de la anotación del gravamen en el folio de matrícula inmobiliaria estaba vigente al momento de la compraventa realizada por el demandante, lo que demuestra que adquirió el inmueble a sabiendas de que constituía garantía de pago de una obligación ajena⁴.

2.2.3. El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en audiencia inicial celebrada, conforme al artículo 180 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo -en adelante CPACA,- consideró: i) que las partes no alegaron vicios procesales y el despacho, de oficio, tampoco los advirtió; ii) que no se formularon excepciones previas o mixtas que debieran resolverse en esa etapa procesal; iii) que el litigio se gravitaba sobre la necesidad de determinar si el organismo demandado incurrió en error jurisdiccional al proferir la sentencia que revocó la decisión que había declarado la prescripción de la acción cambiaria ejercida en contra del hoy demandante; iv) que resultaba pertinente decidir sobre la solicitud de pruebas, y en el sentido decidió tener como tales los documentos aportados por la parte demandante, ordenar la expedición de los oficios pedidos en la demanda, al tiempo que negó el decreto del dictamen pericial con el que el actor pretendía demostrar los perjuicios materiales y morales causados, porque, en caso de encontrar acreditados los elementos de la responsabilidad, lo que resultaría procedente sería, dar curso al respectivo incidente de regulación de perjuicios en los términos del artículo 193 del CPACA⁵.

2.2.4. El tribunal realizó audiencia de pruebas en la que la parte demandante desistió de la prueba decretada a solicitud suya, manifestación que fue aceptada por el magistrado sustanciador al tiempo que decidió prescindir de la audiencia de alegaciones y juzgamiento, y concedió a los sujetos procesales el término de diez días para presentar alegatos. La parte actora presentó alegaciones, la demandada y el Ministerio Público guardaron silencio⁶.

2.3. Sentencia apelada

² Folios 14 y 15 del c. 1.

³ Folios 24, 26, 29 y 36 del c. 1.

⁴ Folio 39 del c. 1.

⁵ Folio 49 del c. 1.

⁶ Folios 55 y 60 del c. 1.

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca negó las pretensiones, porque no encontró demostrado el error jurisdiccional atribuido a la providencia que ordenó la venta en pública subasta del inmueble hipotecado. Consideró que la decisión fue sustentada en la normativa aplicable al caso y en los medios de prueba que permitieron, primero, aplicar la interrupción de la prescripción de la acción cambiaria conforme a una de las interpretaciones que la jurisdicción civil ha tenido como válida para la procedencia de esa figura; segundo, precisar que la garantía real hipotecaria que pesaba sobre el inmueble le permitía a los acreedores perseguir el bien en manos de quien se encontrara y, tercero, que la vigencia de la obligación no fue desvirtuada con la transacción realizada entre el acreedor y el deudor en un proceso ejecutivo precedente⁷.

2.4. Recurso de apelación

El apoderado del demandante adujo que la interrupción de la prescripción de la acción cambiaria aplicada en la providencia no corresponde “a una mera controversia interpretativa”, sino a errores sustanciales que tienen, de hecho, que ver con la falta de convocatoria del propietario del bien hipotecado al primer proceso ejecutivo en el que se llevó a cabo el acuerdo de pago entre el acreedor y el deudor, lo que permite inferir que esa negociación no constituye una causal de interrupción oponible al hoy demandante. Adicionalmente, consideró que la hipoteca no constituía garantía de pago de los pagarés presentados como título ejecutivo, porque las sumas de dinero allí previstas habían sido pagadas de manera parcial, en atención al acuerdo de pago celebrado en el primer proceso ejecutivo, lo que demuestra una acción fraudulenta para hacer incurrir en error al juez⁸.

2.5. Trámite procesal relevante en segunda instancia

Esta Corporación admitió el recurso de apelación interpuesto por el demandante⁹ y, en auto posterior, corrió traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera concepto de fondo¹⁰. El apoderado del demandante insistió en los argumentos de la apelación que sustentan la configuración de un error jurisdiccional en la sentencia de segunda instancia, expedida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el 25 de agosto de 2011^[11]. La parte demandada y el procurador delegado guardaron silencio¹².

III. PRESUPUESTOS DE LA SENTENCIA DE MÉRITO

3.1. Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, porque el proceso inició con vocación de doble instancia, pues la cuantía estimada en la demanda por concepto de perjuicios¹³, sin incluir los

⁷ Folio 76 del c. ppal.

⁸ Folio 84 del c. ppal.

⁹ Folio 108 del c. ppal.

¹⁰ Folio 110 del c. ppal.

¹¹ Folio 113 del c. ppal.

¹² Folio 128 del c. ppal.

¹³ Los perjuicios materiales en la modalidad de daño emergente y lucro cesante calculados en la demanda ascienden a la suma de cinco mil treinta millones de pesos (f. 3 del c. 1).

morales¹⁴, excede los quinientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, previstos en el artículo 152-6 del CPACA para la competencia de los tribunales administrativos en primera instancia, aplicable incluso a los eventos de daños causados con la acción u omisión de agentes judiciales¹⁵.

3.2. Vigencia de la acción

3.2.1. El artículo 164 literal i) del CPACA fija un término de dos años, contados a partir del día siguiente al acaecimiento del hecho que da lugar al daño, o desde que el demandante tuvo o debió tener conocimiento de este, para que la persona afectada incoe la acción de reparación directa, so pena de la extinción de la acción por caducidad. Esta disposición debe ser interpretada en consonancia con los artículos 90 de la Constitución Política, en el que se establece el daño antijurídico como presupuesto de la responsabilidad patrimonial del Estado, y 140 del CPACA, conforme al cual la acción de reparación directa busca el resarcimiento de un daño.

En los eventos en que el daño deriva de un error jurisdiccional, la Sección Tercera de esta Corporación ha considerado que el conteo del término de caducidad inicia a partir del día siguiente al que cobra ejecutoria la providencia a la que se le atribuye el yerro¹⁶, porque es a partir de ese momento que el afectado tiene conocimiento del craso e indubitado error que causa el daño cuya reparación pretende¹⁷, salvo en los casos en que afecta a un tercero ajeno al trámite judicial, puesto que, en tal evento, el menoscabo puede conocerse tiempo después de la firmeza de la decisión¹⁸.

En el caso bajo estudio en esta oportunidad, la providencia expedida por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 25 de agosto de 2011, acusada de incurrir en error jurisdiccional, cobró ejecutoria el 6 de septiembre de 2011, tal como se infiere del edicto fijado por la secretaría de esa corporación¹⁹.

La parte demandante presentó solicitud de conciliación prejudicial el 7 de junio de 2012, por lo que el término de caducidad quedó suspendido cuando restaba un año y tres meses para que feneciera, según la prescripción incorporada en los artículos 21 de la Ley 640 de 2001 y 3 del Decreto 1716 de 2009. La Procuraduría 131 Judicial II para asuntos administrativos, en constancia, expedida el 28 de agosto de 2012, certificó que la audiencia resultó fallida por falta de ánimo conciliatorio de las partes²⁰.

¹⁴ Artículo 157 del CPACA. “Competencia por razón de la cuantía. Para efectos de la competencia, cuando sea del caso, la cuantía se determinará por el valor de la multa impuesta o de los perjuicios causados, según la estimación razonada hecha por el actor en la demanda, sin que en ello pueda considerarse la estimación de los perjuicios morales, salvo que estos últimos sean los únicos que se reclamen”.

¹⁵ Artículo 152 del CPACA. “Competencia de los Tribunales Administrativos en primera instancia. Los Tribunales Administrativos conocerán en primera instancia de los siguientes asuntos: (...) 6. De los de reparación directa, inclusive aquellos provenientes de la acción u omisión de los agentes judiciales, cuando la cuantía exceda de quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

¹⁶ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, auto del veinticuatro (24) de mayo de dos mil dieciocho (2018), radicado: 25001-23-36-000-2016-00739-01(58628); Sentencia de la Subsección A del primero (1º) de febrero de dos mil dieciocho (2018), radicado: 76001-23-31-000-2002-04483-01(40625); y sentencia de la Subsección C del veintiuno (21) de noviembre de dos mil diecisiete (2017), radicado: 73001-23-31-000-2006-01277-01(37382).

¹⁷ CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, radicado: 25000-23-23-000-2008-00468-01(41495). En igual sentido, sentencias de 28 de junio de 2019, expedientes 45302 y 45458.

¹⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, Subsección C. Sentencia del 1º de octubre de 2018, exp. 38728.

¹⁹ Folio 60 del c. 11.

²⁰ Folio 2 del c. 2.

El demandante presentó la demanda el 23 de mayo de 2013^[21], esto es, antes de que venciera el término que se encontraba suspendido en virtud de la solicitud de conciliación, razón por la que la Sala concluye que la acción de reparación directa fue ejercida en los dos años siguientes a la fecha de conocimiento del daño.

3.3. Legitimación para la causa

En relación con la legitimación en la causa por activa, está acreditado que Leonel Orlando Álvarez Torres fue el sujeto demandado en el proceso ejecutivo hipotecario en el que se profirió la providencia judicial a la que el actor le atribuye error jurisdiccional, razón por la que es la persona sobre la que recae el interés jurídico que se debate en este proceso²².

Respecto de la legitimación en la causa por pasiva, la Sala observa que, en cuanto el órgano que expidió la providencia judicial a la que el demandante le atribuye error jurisdiccional pertenece a la Rama Judicial, la Nación se encuentra legitimada por pasiva y que su representación concierne al Director Administrativo de Administración Judicial o su delegado.

IV. CONSIDERACIONES

4.1. Problema jurídico

De acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala procede a establecer si la afectación patrimonial que dijo haber sufrido con motivo de la providencia expedida en un proceso ejecutivo hipotecario, que ordenó la venta en pública subasta de un inmueble de propiedad del demandante para con su producto pagar una obligación a cargo del anterior dueño, constituyó un daño cierto, que no estaba en el deber de soportar.

Si la respuesta es afirmativa, la Sala procederá a examinar los presupuestos de procedibilidad del error jurisdiccional previstos en la Ley 270 de 1996, Estatutaria de Administración de Justicia -en adelante LEAJ- y, de ser viable, realizará el análisis de la providencia acusada de yerro para determinar si el daño patrimonial alegado es imputable a la Nación, Rama Judicial.

4.2. Hechos probados relevantes para resolver los problemas planteados²³

4.2.1. Leonel Orlando Álvarez Torres fue vinculado a un proceso ejecutivo hipotecario en condición de propietario o tercero adquirente del inmueble sobre el que recaía la garantía real, en el que el acreedor, Armando Ujueta, solicitó librar mandamiento de pago por la suma de cien millones de pesos con sustento en dos pagarés suscritos el 21 de marzo de 1996 por Jorge Savogal, como representante de la Constructora Studio Ltda., y en el contrato de hipoteca contenido en escritura pública protocolizada en la misma fecha.

²¹ Folio 22 del c. 1.

²² Folio 42 del c. 11.

²³ Los documentos que se relacionan fueron aportados por la parte demandante y serán valorados bajo la consideración de que las copias simples estuvieron a disposición de la parte contra la que se aducen y no fueron tachadas de falsas. Al respecto, conviene precisar que, a partir de la sentencia de unificación proferida por la Sala Plena de la Sección Tercera el 28 de agosto de 2013, expediente 25022, las copias simples o sin autenticar tienen eficacia probatoria.

El acreedor, con ocasión del relato de los hechos que fundamentaban su demanda ejecutiva hipotecaria, adujo que acudió a la acción real debido al incumplimiento de las obligaciones que contrajo el deudor en el acuerdo de pago realizado con motivo de un proceso ejecutivo singular precedente, que inició en mayo de 1998²⁴. Afirmó que el acuerdo de pago referido, presentado ante el juez civil el 28 de julio de 2000, renovó las obligaciones del deudor con cargo a los pagarés²⁵. Por lo anterior, consideró que los títulos valores renovados por voluntad de las partes y la escritura pública de hipoteca constituían título ejecutivo para obtener el pago de la obligación con cargo a la garantía real que le permitieron demandar solo al propietario del inmueble²⁶.

4.2.2. El Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, por medio de auto del 6 de septiembre de 2002, libró mandamiento de pago con base en los títulos valores y en la escritura pública de constitución de hipoteca aportados con la demanda ejecutiva, y decretó el embargo y secuestro del inmueble identificado con matrícula inmobiliaria núm. 50N-20173044, ubicado en la carrera 10ª – 124 apto. 304 de Bogotá²⁷.

4.2.3. En la anotación siete del certificado de tradición y libertad del inmueble objeto del proceso ejecutivo hipotecario, realizada el 20 de febrero de 1996, consta la inscripción de la escritura pública de hipoteca abierta, por valor de cien millones de pesos, constituida por la Constructora Studio Ltda. en favor de Armando Ujueta. En la anotación ocho, del 17 de julio de 1996, consta la inscripción de una segunda hipoteca abierta por valor de ciento treinta millones de pesos, constituida por la constructora citada en favor de Bernardo Díaz Azuero, quien aparece en las anotaciones nueve y diez, en las que consta el registro del embargo y posterior desembargo decretados en un proceso ejecutivo. En la anotación once, realizada el 12 de octubre de 1999, aparece el registro de la escritura pública de compraventa entre Jorge Sabogal, representante de la constructora mencionada, y Leonel Orlando Álvarez Torres, hoy demandante, por valor de cincuenta y tres millones de pesos (\$53.000.000). En la siguiente y última anotación, del 14 de mayo de 2001, aparece el registro del embargo decretado por el Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, en el trámite de un proceso ejecutivo hipotecario²⁸.

4.2.4. El Juzgado 34 Civil del Circuito de Bogotá, en providencia expedida el 16 de diciembre de 2009, declaró probada la excepción de prescripción de la acción cambiaria propuesta por el propietario del inmueble, Leonel Orlando Álvarez, hoy demandante, en atención a que la exigibilidad de los pagarés que constituían el título ejecutivo presentado en el proceso ejecutivo hipotecario, y sustentaba la acción cambiaria, feneció el 21 de marzo de 1999, fecha en que se cumplió el término prescriptivo de tres años previsto en el Código de Comercio. Aclaró que durante ese lapso *“no se presentaron fenómenos de interrupción civil ni natural que la obstruyeran”*, porque la demanda se notificó después de vencido el término, y no se acreditó *“consentimiento tácito ni expreso del deudor aceptando las obligaciones”*²⁹.

²⁴ Folio 19 del c. 6.

²⁵ Folio 25 del c. 6.

²⁶ Folio 21 del c. 9.

²⁷ Folio 102 del c. 9.

²⁸ Folio 107 del c. 9.

²⁹ Folio 237 del c. 3.

4.2.5. El Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, en providencia expedida el 25 de agosto de 2011, revocó la declaración de prescripción, y decretó el avalúo y venta en pública subasta del bien embargado y secuestrado para que con su producto se pagara el valor del crédito. Sustentó la decisión en el hecho de que la acción ejercida por el deudor no fue la acción personal, tan solo se ejerció la acción real, con soporte en el contrato de hipoteca, *“sin importar que el actual propietario sea persona desemejante al tomador de la obligación (deudor)”*. Preciso que las obligaciones contenidas en los títulos valores no prescribieron, dado que el acuerdo de pago celebrado entre el acreedor y el deudor, en un proceso ejecutivo singular precedente, se llevó a cabo antes de que venciera el término prescriptivo de tres años, por lo que el lapso se entiende interrumpido y corre nuevamente por un periodo igual. Aclaró que en el contrato de hipoteca se estipuló que el pago de la obligación contenida en los pagarés, así como los intereses remuneratorios y moratorios que se causaran, se garantizaban con el gravamen hipotecario³⁰.

“En suma, huelga decir, las partes convinieron la extinción del gravamen solo si se satisfacía la totalidad de las obligaciones contraídas, infiriéndose de ello que la voluntad de las mismas en la creación del contrato fue flexible a los posibles compromisos contraídos, teniendo como fin último la garantía real de la integridad de los acuerdos que pudieren surgir de sus relaciones comerciales.

(...)

Finalmente, en cuanto a la excepción de transacción alegada por la pasiva, luce irrefutable que la acción personal adelantada ante el Juez 8° Civil del Circuito culminó con un acuerdo entre los que allí eran litigantes, donde al parecer se dio en parte de pago un bien distinto al aquí perseguido, comprometiéndose los deudores a cubrir la restante obligación, razón de ser de las anotaciones contenidas en los títulos sobre su vigencia, empero, tal situación no desmedra la facultad del acreedor de exigir el cobro de lo que no se la ha pagado”.

4.3. Consideraciones sobre la certeza y antijuridicidad del daño derivado del error jurisdiccional

4.3.1. De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política de Colombia³¹, en concordancia con los artículos 1757 del Código Civil (CC)³² y 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC)³³, quien pretenda indemnización de los perjuicios por la responsabilidad patrimonial del Estado deberá demostrar: (i) la existencia de un daño antijurídico y (ii) su imputación al Estado por la acción u omisión de las autoridades públicas.

4.3.2. En el caso bajo estudio, está acreditado que la providencia judicial acusada de error ordenó el avalúo y venta en pública subasta del inmueble propiedad del hoy demandante, embargado y secuestrado en el trámite de un proceso ejecutivo con título hipotecario, con la finalidad de que con su producto se pagara la suma de dinero que el deudor principal, distinto del dueño del predio, se obligó a pagar.

El demandante aduce que no tenía el deber de soportar las consecuencias patrimoniales impuestas en la decisión judicial, porque la acción cambiaria derivada de los títulos ejecutivos, presentados como sustento de la pretensión de

³⁰ Folio 42 del c. 11.

³¹ “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. [...]”.

³² “Artículo 1757. Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta”.

³³ “Artículo 177. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”.

pago, se encontraba prescrita, debido a que el cobro de los pagarés no se realizó en el término previsto en la ley. Que tampoco operó la interrupción de la prescripción con motivo del acuerdo de pago presentado por el acreedor y el deudor de la obligación en un proceso ejecutivo singular anterior, porque el dueño del inmueble sobre el que recaía la garantía hipotecaria, hoy demandante, no fue convocado a esa actuación judicial³⁴.

4.3.3. De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 de la LEAJ, es error jurisdiccional el cometido por una autoridad jurisdiccional en el trámite de un proceso, materializado en una providencia judicial contraria a la ley, y procede su análisis siempre que se cumplan los siguientes presupuestos: i) que el afectado acredite la interposición de los recursos de ley, excepto en los casos de privación de la libertad, y ii) que la providencia contentiva de error se encuentre en firme. En los casos en que el afectado *“no haya interpuesto los recursos de ley”*, o haya actuado con culpa grave o dolo, el artículo 70 de la ley referida prevé que *“el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima”*.

La Corte Constitucional, al realizar el análisis de constitucionalidad de las normas citadas³⁵, consideró que el error jurisdiccional es una actuación *“subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio”*. En otras palabras, la Corte afirmó que el error jurisdiccional debe enmarcarse en los mismos presupuestos que la jurisprudencia definió como *“vía de hecho”*, figura que, a raíz de la evolución de la doctrina constitucional, dio paso a las causales específicas de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales³⁶.

La jurisprudencia del Consejo de Estado ha precisado³⁷ que el error jurisdiccional puede derivar de una indebida o falta de aplicación de la norma que corresponde al caso concreto, es decir, un error de derecho, o de la omisión de considerar un hecho debidamente probado, de no decretar pruebas conducentes para determinar el hecho, o de una indebida valoración probatoria, eventos estos constitutivos de error de hecho³⁸.

Ahora, en los eventos en que la atribución de responsabilidad al Estado se sustente en un error jurisdiccional, es necesario realizar una apreciación inicial de los medios de prueba con la finalidad de establecer si el yerro alegado causó consecuencias patrimoniales ciertas para el demandante y, si este estaba en el deber jurídico de soportar o no esa afectación. Verificada la existencia del daño y su antijuridicidad, procederá el análisis de la providencia para establecer si la afectación que esa decisión judicial causó al demandante es atribuible al Estado a título de error jurisdiccional.

4.3.4. Los medios de prueba allegados al expediente demuestran que la providencia que decretó el avalúo y posterior venta en pública subasta de un

³⁴ Código de Comercio, artículo 789. Prescripción de la acción cambiaria directa.

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C- 037 del 5 de febrero de 1996.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia C-590 del 8 de junio de 2005.

³⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1997, expediente 10285. Sentencia de 11 de noviembre de 2017, expediente 39515.

³⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 27 de abril de 2006, en la que se reitera tesis de sentencias del 4 de abril de 2002, expediente 13606 y del 30 de mayo de 2002, expediente 13275.

inmueble, acusada de error, fue expedida por el Tribunal Superior de Bogotá, en la segunda instancia de un proceso ejecutivo hipotecario que el acreedor dirigió únicamente contra el propietario del inmueble objeto de garantía real, actual demandante, persona distinta al deudor.

En los eventos en los que el propietario del inmueble hipotecado sea un tercero adquirente, el acreedor puede ejercer la acción ejecutiva únicamente contra el actual dueño del bien, sin necesidad de vincular al deudor de la obligación cuyo cumplimiento persigue, dado que la hipoteca le confiere al titular de la garantía el atributo de persecución, esto es, *“el derecho de perseguir la finca hipotecada, sea quien fuere el que la posea, y a cualquier título que la haya adquirido”*³⁹.

Así, el acreedor con garantía hipotecaria debe dirigir la demanda *“en contra del actual propietario del inmueble, la nave o aeronave materia de la hipoteca o de la prenda”*⁴⁰, siempre que el mecanismo judicial escogido tenga como finalidad exigir el cumplimiento de la obligación con cargo exclusivo a la garantía real. Ahora, si el acreedor pretende hacer exigible la obligación contenida en el título valor sin cargo a la garantía hipotecaria, podrá ejercer la acción personal en contra del deudor. La última opción con la que cuenta el acreedor hipotecario es ejercer la acción real contra el bien hipotecado, *“ fuere quien fuere el que lo posea”*, y la acción personal para obtener el pago de la obligación con cargo al patrimonio del deudor, evento en el que la demanda deberá dirigirse en contra de este y del propietario del inmueble afectado con garantía hipotecaria, y se tramitará bajo el procedimiento del ejecutivo singular⁴¹.

En este caso está acreditado que el acreedor con garantía hipotecaria, en un primer momento, optó por demandar directamente al deudor, por medio de un proceso ejecutivo singular, en el que el título ejecutivo estaba representado en los pagarés provenientes del demandado por los valores de cien millones de pesos y ciento treinta millones de pesos. El proceso judicial culminó con acuerdo de pago fechado el 28 de julio de 2000, en el que el deudor se comprometió a pagar noventa y cuatro millones seiscientos mil pesos (\$94.600.000) con el producto de la venta de un inmueble distinto al hipotecado, y la suma restante continuaría garantizada con los pagarés y con la hipoteca constituida por el deudor el 9 de febrero de 1996. Por lo anterior, las partes solicitaron al juez civil el desglose de los títulos valores con nota de vigencia, y de la primera copia de la escritura de constitución de hipoteca⁴².

En un segundo momento, ante el incumplimiento del acuerdo de pago, el acreedor decidió hacer uso de la garantía real y demandó únicamente al propietario del bien, distinto al deudor, por medio de un proceso ejecutivo con garantía hipotecaria, para obtener el pago de la obligación dineraria con el producto del inmueble gravado, en los términos estipulados en el contrato de hipoteca y en los pagarés que constituían el título ejecutivo⁴³.

4.3.4.1. Respecto del título ejecutivo, los documentos allegados al expediente muestran que Armando Ujueta, acreedor, y Jorge Eliécer Sabogal Castillo,

³⁹ Código Civil, artículo 2452. Derecho de persecución.

⁴⁰ Código de Procedimiento Civil, artículo 554. Requisitos de la demanda. Norma declarada exequible por la Corte Constitucional, sentencia C-192 del 8 de mayo de 1996.

⁴¹ Ídem.

⁴² Folio 25 del c. 6.

⁴³ Folio 21 del c. 9.

deudor, estipularon de manera clara y expresa en el contrato otorgado por medio de escritura pública del 9 de febrero de 1996, que el hipotecante constituía hipoteca abierta de primer grado hasta por la suma de cien millones de pesos (\$100.000.000) a favor del acreedor, sobre el inmueble allí identificado, que sería garantía de pago *“de todas las obligaciones”* que el hipotecante contrajera con el acreedor hasta por el valor referido, *“por el solo concepto de capital, pero quedando convenido que garantizará también y adicionalmente del límite arriba fijado, los intereses del 4% mensual durante el plazo de seis meses y los intereses moratorios en caso de que hubiera lugar a ellos”*. A su vez, pactaron que el plazo para el pago se extinguiría si el hipotecante no pagaba los intereses *“estrictamente por anticipado y dentro de los cinco (5) primeros días de cada mensualidad”*⁴⁴.

En relación con la exigibilidad del título, el demandante en el proceso ejecutivo hipotecario adjuntó pagaré en el que consta el valor de la obligación contraída por el deudor-hipotecante, por la suma de cien millones de pesos, y la fecha de vencimiento de la obligación, esto es, el 21 de marzo de 1996. Al reverso del documento aparece nota del Juzgado Octavo Civil del Circuito de Bogotá, fechada el 18 de diciembre de 2000, que informa sobre el desglose del título ejecutivo del proceso ejecutivo singular anterior, *“en cumplimiento al auto de fecha agosto dieciséis del año dos mil, con la constancia de que LAS OBLIGACIONES INCORPORADAS EN ESTE PAGARÉ CONTINÚAN VIGENTES”*⁴⁵. El auto referido en la nota declaró terminado el proceso ejecutivo singular *“por acuerdo de pago celebrado entre las partes”*, canceló las medidas cautelares y ordenó el desglose de los documentos que sirvieron de título ejecutivo, *“con la constancia que la obligación y el gravamen continúan vigentes”*⁴⁶.

En punto a la exigibilidad de la obligación con cargo a la garantía real, dirigida en contra del tercer adquirente o quien era propietario del bien en ese momento, es importante precisar que *“no tendrá derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados”*. No obstante, si asume el pago de la obligación, *“se subroga en los derechos del acreedor en los mismos términos que el fiador”*, y *“si fuere desposeído de la finca o la abandonare, será plenamente indemnizado por el deudor, con inclusión de las mejoras que haya hecho en ella”*⁴⁷.

4.3.4.2. Las pruebas documentales también acreditan que el contrato de hipoteca, otorgado por medio de escritura pública núm. 264, del 9 de febrero de 1996, en la Notaría 39 de Bogotá, se encontraba vigente cuando el hoy demandante celebró el contrato de compraventa del inmueble con el deudor hipotecario, pues el gravamen aparecía registrado en el certificado de matrícula inmobiliaria, con la identificación de las partes que intervinieron en el negocio jurídico, la suma de dinero por la que se constituyó la garantía, el número de la escritura pública y la notaría en que se protocolizó⁴⁸.

⁴⁴ Folio 7 del c. 9, cláusulas primera, tercera y quinta.

⁴⁵ Folio 7 del c. 9, cláusulas primera, tercera y quinta.

⁴⁶ Folio 27 del c. 6.

⁴⁷ Código Civil, artículo 2453, en concordancia con el artículo 1668, relativo a la subrogación legal generada cuando el acreedor *“paga a otro acreedor de mejor derecho en razón de un privilegio o hipoteca”*.

⁴⁸ Código Civil, artículo 2434. Solemnidades de la hipoteca. *“La hipoteca deberá otorgarse por escritura pública. Podrá ser una misma la escritura pública de la hipoteca y la del contrato a que accede”*.

Artículo 2435. Registro de la hipoteca. *“La hipoteca deberá además ser inscrita en el registro de instrumentos públicos; sin este requisito no tendrá valor alguno; ni se contará su fecha sino desde la inscripción.”*

Lo anterior permite inferir que el contrato de hipoteca, que constituía la garantía de pago de la obligación principal, era oponible al nuevo propietario, hoy demandante, lo que permite inferir razonablemente que compró consciente de la existencia del derecho real que ostentaba el acreedor para perseguir el pago de la obligación con el producto del inmueble afectado con garantía hipotecaria, aun cuando el dueño fuera una persona distinta al deudor.

4.3.5. El marco fáctico reseñado demuestra que el daño alegado por el demandante, consistente en la pérdida del inmueble objeto de garantía hipotecaria de una obligación que adquirió el propietario anterior, con motivo de una decisión judicial que ordenó el avalúo y venta en pública subasta, **no constituye un daño cierto**, porque el hecho de soportar el proceso ejecutivo hipotecario que el acreedor presentó en su contra no genera una afectación patrimonial, pues, el tercero adquirente, que pierde el bien hipotecado en el proceso ejecutivo, puede solicitar la indemnización al deudor, según lo prescrito por el artículo 2453 del Código Civil.

Así mismo, la Sala concluye que la decisión judicial reprochada, si bien derivó en el egreso del inmueble dado en garantía real y propiedad de un tercero, dicho egreso **no fue antijurídico** habida cuenta de que este último compró el inmueble a pesar de que la hipoteca que aparecía inscrita en el folio de matrícula se encontraba vigente, razón por la que esa garantía le era exigible y oponible, es decir, que el demandante al adquirir el bien era consciente de que este constituía garantía de pago de una obligación ajena, y, por consiguiente, debía asumir las consecuencias de la ejecución del gravamen hipotecario, más aún, que por disposición del artículo 2453 del Código Civil no tenía *“derecho para que se persiga primero a los deudores personalmente obligados”*. Además, porque la circunstancia de sobrellevar el proceso ejecutivo hipotecario es una carga que deriva directamente de la ley, pues, el artículo 2452 *ibidem* habilita al acreedor ejercer la acción real en contra del propietario actual del inmueble objeto de garantía, a pesar de no tener la condición de deudor principal.

En ese sentido, de haber acreditado el padecimiento de un daño por desposesión del inmueble de su propiedad, este no sería antijurídico, pues estaba en el deber jurídico de soportarlo.

Por las razones expuestas, la Sala confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

5. Costas

La Sala procede a disponer sobre la condena en costas, conforme a lo previsto en el artículo 188 del CPACA, en armonía con el artículo 366 del CGP, que prevén la liquidación de las expensas y gastos procesales⁴⁹, y las agencias en derecho causadas y demostradas, estas últimas de acuerdo con las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura⁵⁰.

⁴⁹ Artículo 361 del CGP.

⁵⁰ Acuerdo No. PSAA16-10554 de 5 de agosto de 2016. *Artículo 3. “Clases de límites. Cuando las agencias en derecho correspondan a procesos en los que se formularon pretensiones de índole pecuniario, o en los que en la determinación de la competencia se tuvo en cuenta la cuantía, las tarifas se establecen en*

En lo relativo a las agencias en derecho, está demostrado que el órgano beneficiado con la decisión, esto es, la Nación, Rama Judicial, por medio del representante designado por el Director Administrativo de Administración Judicial, asistió a la audiencia inicial y a la audiencia de pruebas. No presentó alegaciones en primera ni en segunda instancia. No se acreditaron gastos procesales ni honorarios de auxiliares de la justicia.

Por lo anterior, la Sala considera que no hay lugar a fijar costas por la segunda instancia, toda vez que la cuantificación realizada en la primera instancia, estimada en 0.5 % del valor de las pretensiones, esto es, cuatro millones setecientos treinta y cinco mil pesos (\$4.735.000)⁵¹, es suficiente para cubrir la actuación procesal realizada en esta etapa, en consideración a la naturaleza del proceso, la calidad y la duración de la gestión.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, el 29 de mayo de 2014, que negó las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: Sin condena en costas en la segunda instancia.

Ejecutoriada esta providencia, devolver el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE
Presidente

JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS
Magistrado

NICOLÁS YEPES CORRALES
Magistrado
Aclaración de voto

porcentajes sobre el valor de aquellas o de ésta. Cuando la demanda no contenga pretensiones de dicha índole, o cuando se trate de la segunda instancia, de recursos, o de incidentes y de asuntos asimilables a los mismos, las tarifas se establecen en salarios mínimos mensuales legales vigentes, en delante S.M.M.L.V. (...) PARÁGRAFO 3º. Cuando las tarifas correspondan a porcentajes, en procesos con pretensiones de índole pecuniario, la fijación de las agencias en derecho se hará mediante una ponderación inversa entre los límites mínimo y máximo y los valores pedidos. Esto es, a mayor valor menor porcentaje, a menor valor mayor porcentaje, pero en todo caso atendiendo a los criterios del artículo anterior."

⁵¹ Folio 82 vto. del c. ppal.

ACLARACIÓN DE VOTO / DAÑO ANTIJURÍDICO – Precisiones sobre el concepto / DAÑO ANTIJURÍDICO – No se deben incluir dentro de la categoría del daño la causal eximente de responsabilidad denominada “hecho o culpa exclusiva de la víctima”, pues, a mi juicio, ello, por un lado, no debe considerarse como un elemento definitorio del daño sino de su resarcibilidad y, de otro, debe estudiarse al momento de realizar la imputación a quien se exige su reparación

En efecto, aunque comparto la decisión adoptada, en tanto no se configuraron los presupuestos de la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional, estimo necesario hacer algunas precisiones sobre el concepto de daño antijurídico que contiene el fallo, cuyo desarrollo no comparto integralmente. El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado. En consecuencia, solo verificada la ocurrencia de estos dos elementos, surge para el Estado el deber de indemnizarlo plenamente; resarcimiento que, por demás, debe ser proporcional al daño sufrido. Para dar alcance a los citados elementos y, en especial el que hace referencia a la existencia del daño, la sentencia objeto de aclaración sostiene: “En relación con el primer elemento, la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica en considerar que el daño debe ser cierto, personal y antijurídico, es decir, i) que la lesión al bien jurídico tutelado tenga consecuencias ciertas en el patrimonio económico o moral del titular, ii) que la afectación no haya sido causada ni jurídicamente atribuible a la propia víctima, y iii) que quien padece el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo.” Sin embargo, no comparto integralmente dichas consideraciones, porque incluyen dentro de la categoría del daño la causal eximente de responsabilidad denominada “hecho o culpa exclusiva de la víctima”, pues, a mi juicio, ello, por un lado, no debe considerarse como un elemento definitorio del daño sino de su resarcibilidad y, de otro, debe estudiarse al momento de realizar la imputación a quien se exige su reparación. Así, no estimo pertinente, para entender que existe daño como elemento definitorio de este elemento de la responsabilidad, que resulte plausible estimar que un daño puede ser considerado como tal, en tanto no lo haya causado la propia víctima o le resulte atribuible a ella misma, pues una cosa es la existencia de la afectación patrimonial y otra su causación y, por tanto, aquella subsiste aun habiéndola causado quien la reclama o sufre. Cosa distinta es que no sea antijurídica o que le corresponda asumirla a quien lo sufre o que se rompa el lazo que permite eximirse de responsabilidad a quien se le pretende imputar o de quien se quiere lograr su reparación.

ACLARACIÓN DE VOTO / ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO – Definición / ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO - El juicio de imputación no debe soslayarse cuando el daño supere el examen de antijuridicidad / ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO - El juicio de antijuridicidad parte de establecer la soportabilidad del daño teniendo en cuenta si existe justificación para producir la lesión o si el afectado debe asumirlo dada alguna provisión legal que le obligue a hacerlo

o debido a su propia relación con la afectación que padece, como cuando colabora a su producción

A este segundo elemento -antijuridicidad- en el fallo se le da una connotación especial por cuanto, entendido como una condición adicional de la afectación indemnizable o mejor, como un elemento propio del daño sin el cual la afectación patrimonial no podría ser indemnizada, implica que el examen de la conducta de la víctima frente al daño se traslade, en todos o en casi todos los casos, al estudio de la verificación de la antijuridicidad, lo que de contera desconoce el juicio de imputación que se pretermitiría en aquellas eventualidades en que el daño, siendo antijurídico, deba estimarse como inexistente cuando la víctima contribuyó en el proceso causal de su producción, tal como parece desprenderse de la propuesta bajo examen. A mi modo de ver, el juicio de imputación no debe soslayarse cuando el daño supere el examen de antijuridicidad pues, aunque puede que al examinar la antijuridicidad se estime que el daño carece de este carácter por la colaboración de la víctima en su generación, lo cierto es que pueden existir eventos en los cuales a pesar de que el mismo afectado haya contribuido a la producción de la lesión, el daño resulte antijurídico y por tanto indemnizable, como cuando un soldado conscripto, por ejemplo, comete suicidio durante el servicio con el arma oficial de dotación a pesar de encontrarse en tratamiento psiquiátrico por depresión que desaconseja el uso de armas, hipótesis no del todo extrañas a nuestras instituciones judiciales. En estos casos entonces, en que la víctima y victimario son un mismo y único sujeto, y en los que confluyen en él las calidades de acreedor y deudor, de estimarse que el daño es antijurídico aunque quien lo sufre haya colaborado a su causación, debe ser posible realizar el juicio de imputación y, en tal examen, analizar las causales eximentes de responsabilidad, aunque en muchos casos el resultado conduzca a una solución similar que indique la imposibilidad de no poder reparar el daño, pero no por la inexistencia del daño antijurídico como tal, en esa eventualidad, sino por la desaparición o ruptura del cordón umbilical entre aquel y el sujeto a quien se le pretende atribuir. Es decir, en tanto el juicio de antijuridicidad parte de establecer la soportabilidad del daño teniendo en cuenta si existe justificación para producir la lesión o si el afectado debe asumirlo dada alguna provisión legal que le obligue a hacerlo o debido a su propia relación con la afectación que padece, como cuando colabora a su producción, el juicio de imputación y con ello la verificación de la existencia de alguno de los eximentes de responsabilidad, como el hecho de la propia víctima, parten de la base de la existencia de un daño antijurídico pero que carece de protección por cuanto se logra desvirtuar la relación del sujeto al que se le pretende endilgar con la lesión, en tanto, cuando la víctima colabora por acción u omisión a su propio desvalor patrimonial, cohabitan en ella misma y en ese instante las condiciones de acreedor y deudor, lo que implica la ausencia de título para reclamar su reparación e indica entonces que deba soportarlo pues el mismo no le resulta antijurídico. Un daño antijurídico, en cuyo devenir causal colaboró el mismo afectado puede ser indemnizable en determinados asuntos, pero, al efectuarse el correspondiente juicio de imputación debe verificarse la relación de la propia víctima con la producción de la lesión que considera que no debe soportar. Esta es una de las razones por las cuales no encuentro plausible estimar que se pueda adicionar una condición del daño que implique, como condición de su existencia, la participación de la víctima en la generación de la lesión. Es decir que el comportamiento de la víctima en ese momento inicial del análisis de la responsabilidad contaría con un doble escrutinio, en tanto hace parte del examen de antijuridicidad que indaga por el deber de la víctima de soportar el daño, quien debe asumirlo, entre otras posibilidades cuando contribuye a su producción y, cuando se analice el elemento nuevo propuesto, definitorio de la existencia del daño mismo según el fallo, que hace referencia a la ausencia de intervención de la víctima en la producción del padecimiento. En este sentido, en muy pocas ocasiones, o acaso ninguna, el examen de la conducta de la propia víctima se haría al momento de verificar la imputación del daño como lo sugiere el artículo 90 de la Carta Política.

ACLARACIÓN DE VOTO / DAÑO ANTIJURÍDICO– Presupuestos en los eventos en que la víctima ayuda a causar el daño / DAÑO ANTIJURÍDICO – Inexistencia por tanto no es pasible de reparación por cuanto solo es indemnizable aquel daño que no debe soportarse por cuanto se carece de título para ello o porque existe el deber legal para la víctima de asumirlo, pero no porque el daño mismo no exista, solo que no cuenta con protección legal / DAÑO ANTIJURÍDICO – Condición de aquella afectación que resulta indemnizable / ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO – Para la configuración de responsabilidad no debe haber un elemento adicional al análisis de la antijuridicidad del daño / ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO – No es elemento adicional el estudio de la participación de la víctima en la causación del daño

En los eventos entonces en que la víctima ayudó a la causación del daño o a su no evitación, teniendo el deber de hacerlo, el lesionado debe asumirlo total o parcialmente, según su grado de participación en ello, pero, en tal caso, la afectación no resulta antijurídica por cuanto se reúnen en un solo sujeto las condiciones de víctima y autor, lo que significa que ese sujeto carece de justificación para evitar soportarlo y, por ende, no le debe ser reparado o la indemnización debe serle disminuida en proporción al grado de participación en la producción de su afectación, pues, de efectuarse su reparación, se configuraría un enriquecimiento carente de causa, lo cual no tiene aceptación en el derecho. En este evento el daño entonces no es antijurídico y por tanto no es pasible de reparación por cuanto solo es indemnizable aquel daño que no debe soportarse por cuanto se carece de título para ello o porque existe el deber legal para la víctima de asumirlo, pero no porque el daño mismo no exista, solo que no cuenta con protección legal. Para reforzar la idea se encuentra que, en la evolución del concepto, al introducirse la categoría de daño antijurídico como condición de aquella afectación que resulta indemnizable, mutó la concepción de la responsabilidad extracontractual del Estado, abandonando un concepto subjetivista que calificaba como resarcible el daño injustamente causado y adoptando un criterio objetivo o material que busca ahora reparar el daño injustamente padecido. Tal fenómeno permite decir que el estudio de la conducta del causante que era necesario para establecer la responsabilidad, migró al estudio de la soportabilidad de la lesión por parte de la víctima ante la inexistencia de título válido del actor dañoso para causarlo o ante la existencia de un deber legal de quien lo padece para asumirlo. Si bien el asunto pareciera de poca importancia, en mi concepto, proponer como elemento adicional al del análisis de la antijuridicidad la ausencia de participación de la víctima en la causación del daño para que este resulte resarcible, es relevante en la medida en que estimar tal elemento como condición de la lesión pasible de reparación desorganiza y rompe con los elementos de la responsabilidad extracontractual y con ello el deber de indemnizar de un actor causante de una lesión antijurídica.

ACLARACIÓN DE VOTO / ANTIJURIDICIDAD DEL DAÑO – Es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento / HECHO DE LA VÍCTIMA – Diferencia con el daño / HECHO DE LA VÍCTIMA – Es un aspecto de la responsabilidad autónomo e independiente del daño / HECHO DE LA VÍCTIMA – No puede constituir un presupuesto del daño

Así las cosas, parto de la base de que el daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho, que contraría el orden legal o que está desprovista de una causa que la justifique, resultado que se produce, sin derecho, al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto es contrario al ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa. De igual manera y como colofón, de cara al artículo 90 constitucional, la responsabilidad patrimonial del Estado se compone

de dos elementos: el daño y la imputación. Frente al daño, este debe cumplir fundamentalmente con los presupuestos de personalidad, certeza y antijuridicidad. Requisitos que una vez superados conllevan a realizar el juicio de imputación frente al Estado y allí a verificar las denominadas causas extrañas, entre ellas, el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la cual tiene la virtud de romper la imputación y de eximir de responsabilidad al Estado. Es así como el daño y el hecho de la víctima son aspectos de la responsabilidad autónomos e independientes, de donde, aceptar que el hecho de la víctima constituye uno de los presupuestos del daño, sería limitar el juicio de imputación lo que de contera implica realizar el análisis de esta causal eximente de responsabilidad bajo el ropaje del elemento daño, desordenando el juicio de responsabilidad. Si bien la propuesta comentada y contenida en el fallo puede resultar práctica, dificulta el análisis del título jurídico de atribución de responsabilidad y de las demás causas extrañas que tienen la virtud de romper la imputación. De igual manera, dicha concepción impide identificar e individualizar los elementos del juicio de responsabilidad estatal, pues, para poder realizar la imputación debe estar acreditado el daño y su antijuridicidad, de donde, de aceptar que la existencia de la lesión depende también de la ausencia de contribución de la propia víctima a su causación no se llegaría a la imputación en ningún caso en que el lesionado haya ayudado a la producción del daño, desestimando inclusive el concepto superior del artículo 90 constitucional que exige también la necesaria imputación del daño como elemento estructural de la responsabilidad del Estado, cuyo examen exige verificar unos elementos que deben ser abordados en su orden y respetando las categorías que históricamente se han venido decantando, lo cual otorga coherencia y claridad a tal instituto.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN TERCERA

SUBSECCIÓN C

Magistrado ponente: JAIME ENRIQUE RODRÍGUEZ NAVAS

Bogotá D.C., cinco (5) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Radicación número: 25000-23-36-000-2013-00639-01(51780)

Actor: LEONEL ORLANDO ÁLVAREZ TORRES

Demandado: LA NACIÓN - RAMA JUDICIAL

Referencia: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA -LEY 1437/11

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO NICOLÁS YEPES CORRALES

ACLARACIÓN DE VOTO

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por la Sala, procedo a exponer las razones por las cuales aclaré mi voto en la sentencia del 5 de abril de 2021, a través de la cual, se confirmó la sentencia de primera instancia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca que negó las pretensiones de la demanda.

En efecto, aunque comparto la decisión adoptada, en tanto no se configuraron los presupuestos de la responsabilidad del Estado por error jurisdiccional, estimo necesario hacer algunas precisiones sobre el concepto de daño antijurídico que contiene el fallo, cuyo desarrollo no comparto integralmente.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991⁵² consagró dos condiciones para declarar la responsabilidad extracontractual del Estado: i) la existencia de un daño antijurídico y ii) la imputación de éste al Estado. En consecuencia, solo verificada la ocurrencia de estos dos elementos, surge para el Estado el deber de indemnizarlo plenamente; resarcimiento que, por demás, debe ser proporcional al daño sufrido.

Para dar alcance a los citados elementos y, en especial el que hace referencia a la existencia del daño, la sentencia objeto de aclaración sostiene:

“En relación con el primer elemento, la jurisprudencia de la Sala ha sido pacífica en considerar que el daño debe ser cierto, personal y antijurídico, es decir, i) que la lesión al bien jurídico tutelado tenga consecuencias ciertas en el patrimonio económico o moral del titular, ii) que la afectación no haya sido causada ni jurídicamente atribuible a la propia víctima, y iii) que quien padece el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo.”

Sin embargo, no comparto integralmente dichas consideraciones, porque incluyen dentro de la categoría del daño la causal eximente de responsabilidad denominada “*hecho o culpa exclusiva de la víctima*”, pues, a mi juicio, ello, por un lado, no debe considerarse como un elemento definitorio del daño sino de su resarcibilidad y, de otro, debe estudiarse al momento de realizar la imputación a quien se exige su reparación.

Así, no estimo pertinente, para entender que existe daño como elemento definitorio de este elemento de la responsabilidad, que resulte plausible estimar que un daño puede ser considerado como tal, en tanto no lo haya causado la propia víctima o le resulte atribuible a ella misma, pues una cosa es la existencia de la afectación patrimonial y otra su causación y, por tanto, aquella subsiste aun habiéndola causado quien la reclama o sufre. Cosa distinta es que no sea antijurídica o que le corresponda asumirla a quien lo sufre o que se rompa el lazo que permite eximirse de responsabilidad a quien se le pretende imputar o de quien se quiere lograr su reparación.

⁵² “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. 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”.

A este segundo elemento -antijuridicidad- en el fallo se le da una connotación especial por cuanto, entendido como una condición adicional de la afectación indemnizable o mejor, como un elemento propio del daño sin el cual la afectación patrimonial no podría ser indemnizada, implica que el examen de la conducta de la víctima frente al daño se traslade, en todos o en casi todos los casos, al estudio de la verificación de la antijuridicidad, lo que de contera desconoce el juicio de imputación que se pretermitiría en aquellas eventualidades en que el daño, siendo antijurídico, deba estimarse como inexistente cuando la víctima contribuyó en el proceso causal de su producción, tal como parece desprenderse de la propuesta bajo examen.

A mi modo de ver, el juicio de imputación no debe soslayarse cuando el daño supere el examen de antijuridicidad pues, aunque puede que al examinar la antijuridicidad se estime que el daño carece de este carácter por la colaboración de la víctima en su generación, lo cierto es que pueden existir eventos en los cuales a pesar de que el mismo afectado haya contribuido a la producción de la lesión, el daño resulte antijurídico y por tanto indemnizable, como cuando un soldado conscripto, por ejemplo, comete suicidio durante el servicio con el arma oficial de dotación a pesar de encontrarse en tratamiento psiquiátrico por depresión que desaconseja el uso de armas, hipótesis no del todo extrañas a nuestras instituciones judiciales.

En estos casos entonces, en que la víctima y victimario son un mismo y único sujeto, y en los que confluyen en él las calidades de acreedor y deudor, de estimarse que el daño es antijurídico aunque quien lo sufre haya colaborado a su causación, debe ser posible realizar el juicio de imputación y, en tal examen, analizar las causales eximentes de responsabilidad, aunque en muchos casos el resultado conduzca a una solución similar que indique la imposibilidad de no poder reparar el daño, pero no por la inexistencia del daño antijurídico como tal, en esa eventualidad, sino por la desaparición o ruptura del cordón umbilical entre aquel y el sujeto a quien se le pretende atribuir.

Es decir, en tanto el juicio de antijuridicidad parte de establecer la soportabilidad del daño teniendo en cuenta si existe justificación para producir la lesión o si el afectado debe asumirlo dada alguna provisión legal que le obligue a hacerlo o debido a su propia relación con la afectación que padece, como cuando colabora a su producción, el juicio de imputación y con ello la verificación de la existencia de alguno de los eximentes de responsabilidad, como el hecho de la propia víctima, parten de la base de la existencia de un daño antijurídico pero que carece de protección por cuanto se logra desvirtuar la relación del sujeto al que se le pretende endilgar con la lesión, en tanto, cuando la víctima colabora por acción u omisión a su propio desvalor patrimonial, cohabitan en ella misma y en ese instante las condiciones de acreedor y deudor, lo que implica la ausencia de título para reclamar su reparación e indica entonces que deba soportarlo pues el mismo no le resulta antijurídico.

Un daño antijurídico, en cuyo devenir causal colaboró el mismo afectado puede ser indemnizable en determinados asuntos, pero, al efectuarse el correspondiente

juicio de imputación debe verificarse la relación de la propia víctima con la producción de la lesión que considera que no debe soportar. Esta es una de las razones por las cuales no encuentro plausible estimar que se pueda adicionar una condición del daño que implique, como condición de su existencia, la participación de la víctima en la generación de la lesión.

Es decir que el comportamiento de la víctima en ese momento inicial del análisis de la responsabilidad contaría con un doble escrutinio, en tanto hace parte del examen de antijuridicidad que indaga por el deber de la víctima de soportar el daño, quien debe asumirlo, entre otras posibilidades cuando contribuye a su producción y, cuando se analice el elemento nuevo propuesto, definitorio de la existencia del daño mismo según el fallo, que hace referencia a la ausencia de intervención de la víctima en la producción del padecimiento. En este sentido, en muy pocas ocasiones, o acaso ninguna, el examen de la conducta de la propia víctima se haría al momento de verificar la imputación del daño como lo sugiere el artículo 90 de la Carta Política.

En los eventos entonces en que la víctima ayudó a la causación del daño o a su no evitación, teniendo el deber de hacerlo, el lesionado debe asumirlo total o parcialmente, según su grado de participación en ello, pero, en tal caso, la afectación no resulta antijurídica por cuanto se reúnen en un solo sujeto las condiciones de víctima y autor, lo que significa que ese sujeto carece de justificación para evitar soportarlo y, por ende, no le debe ser reparado o la indemnización debe serle disminuida en proporción al grado de participación en la producción de su afectación, pues, de efectuarse su reparación, se configuraría un enriquecimiento carente de causa, lo cual no tiene aceptación en el derecho.

En este evento el daño entonces no es antijurídico y por tanto no es pasible de reparación por cuanto solo es indemnizable aquel daño que no debe soportarse por cuanto se carece de título para ello o porque existe el deber legal para la víctima de asumirlo, pero no porque el daño mismo no exista, solo que no cuenta con protección legal.

Para reforzar la idea se encuentra que, en la evolución del concepto, al introducirse la categoría de daño antijurídico como condición de aquella afectación que resulta indemnizable, mutó la concepción de la responsabilidad extracontractual del Estado, abandonando un concepto subjetivista que calificaba como resarcible el daño injustamente causado y adoptando un criterio objetivo o material que busca ahora reparar el daño injustamente padecido. Tal fenómeno permite decir que el estudio de la conducta del causante que era necesario para establecer la responsabilidad, migró al estudio de la soportabilidad de la lesión por parte de la víctima ante la inexistencia de título válido del actor dañoso para causarlo o ante la existencia de un deber legal de quien lo padece para asumirlo.

Si bien el asunto pareciera de poca importancia, en mi concepto, proponer como elemento adicional al del análisis de la antijuridicidad la ausencia de participación de la víctima en la causación del daño para que este resulte resarcible, es relevante en la medida en que estimar tal elemento como condición de la lesión

pasible de reparación desorganiza y rompe con los elementos de la responsabilidad extracontractual y con ello el deber de indemnizar de un actor causante de una lesión antijurídica.

En efecto, es de amplio conocimiento que no toda lesión a algún interés protegido conlleva la obligación de reparación, pues se ha entendido que solo aquella lesión “*injusta*” merece la atención del ordenamiento jurídico y, por ende, su protección a través de las figuras resarcitorias. Sin embargo, el concepto de “*daño injusto*” no puede construirse sobre una visión voluntarista del comportamiento de quien lo causa, como tradicionalmente se venía haciendo y entendiendo el fenómeno, sino que debe responder al principio *alterum non laedere*⁵³, según el cual la injusticia de la lesión se traslada de la causa (daño injustamente causado) al daño mismo (daño injustamente padecido), lo que significa que daño injusto es simplemente aquel que no encuentra justificación⁵⁴ en el derecho, cambio conceptual profundo cuyo desarrollo precisamente es el que justifica concebir la figura de la responsabilidad extracontractual como un verdadero derecho de daños.

Así las cosas, parto de la base de que el daño antijurídico es la lesión injustificada a un interés protegido por el ordenamiento. En otras palabras, es toda afectación que no está amparada por la ley o el derecho⁵⁵, que contraría el orden legal⁵⁶ o que está desprovista de una causa que la justifique⁵⁷, resultado que se produce, sin derecho, al contrastar con las normas del ordenamiento y, contra derecho, al lesionar una situación reconocida o protegida⁵⁸, violando de manera directa el principio *alterum non laedere*, en tanto es contrario al ordenamiento jurídico dañar a otro sin repararlo por el desvalor patrimonial que sufre, de donde la antijuridicidad del daño deviene del necesario juicio de menosprecio del resultado y no de la acción que lo causa.

De igual manera y como colofón, de cara al artículo 90 constitucional, la responsabilidad patrimonial del Estado se compone de dos elementos: el daño y la imputación. Frente al daño, este debe cumplir fundamentalmente con los presupuestos de personalidad, certeza y antijuridicidad. Requisitos que una vez superados conllevan a realizar el juicio de imputación frente al Estado y allí a verificar las denominadas causas extrañas, entre ellas, el hecho exclusivo y determinante de la víctima, la cual tiene la virtud de romper la imputación y de eximir de responsabilidad al Estado.

⁵³ De Lorenzo, Miguel Federico. El Daño Injusto en la Responsabilidad Civil. *alterum non laedere*. Abeledo Perrot Editores, 1996, Buenos Aires. Argentina. Pág. 76

⁵⁴ *Ibíd.* Específicamente este autor, fundado en la tesis de Rene Savatier y Francesco Busnelli, sostiene que el daño injusto debe analizarse, por un lado, si el lesionado actuó no autorizado o sin derecho, y de otro, si al dañado le fue afectada una situación jurídica subjetiva. Por eso, el daño injusto es aquella “*lesión no justificada por un derecho o interés superior del lesionado*” de forma que ya no se asimila al deber de comportarse de forma diligente a efectos de evitar causar el nocumento sino al análisis de si en el daño producido “*el interés del lesionado, valorativamente comparado con el del lesionado debía ser priorizado o sobrepuesto*”.

⁵⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 2 de marzo de 2000. Rad. 11945

⁵⁶ Cfr. De Cupis, Adriano. Teoría General de la Responsabilidad. Traducido por Angel Martínez Sarrión. 2ª ed. Barcelona: Bosch Casa Editorial S.A. 1975. Pág.90

⁵⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 11 de noviembre de 1999, Rad.: 11499; Sentencia del 27 de enero de 2000, Rad.: 10867.

⁵⁸ Cosso Benedetta. Responsabilità della Pubblica Amministrazione, en obra colectiva Responsabilità Civile, a cargo de Pasquale Fava. Pag. 2407, Giuffrè Editore, 2009, Milán Italia.

Es así como el daño y el hecho de la víctima son aspectos de la responsabilidad autónomos e independientes, de donde, aceptar que el hecho de la víctima constituye uno de los presupuestos del daño, sería limitar el juicio de imputación lo que de contera implica realizar el análisis de esta causal eximente de responsabilidad bajo el ropaje del elemento daño, desordenando el juicio de responsabilidad. Si bien la propuesta comentada y contenida en el fallo puede resultar práctica, dificulta el análisis del título jurídico de atribución de responsabilidad y de las demás causas extrañas que tienen la virtud de romper la imputación. De igual manera, dicha concepción impide identificar e individualizar los elementos del juicio de responsabilidad estatal, pues, para poder realizar la imputación debe estar acreditado el daño y su antijuridicidad, de donde, de aceptar que la existencia de la lesión depende también de la ausencia de contribución de la propia víctima a su causación no se llegaría a la imputación en ningún caso en que el lesionado haya ayudado a la producción del daño, desestimando inclusive el concepto superior del artículo 90 constitucional que exige también la necesaria imputación del daño como elemento estructural de la responsabilidad del Estado, cuyo examen exige verificar unos elementos que deben ser abordados en su orden y respetando las categorías que históricamente se han venido decantando, lo cual otorga coherencia y claridad a tal instituto.

En los anteriores términos y con el mayor respeto por la decisión en comento, dejo expresada mi aclaración de voto.



NICOLÁS YEPES CORRALES
Consejero de Estado