

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE BOYACÁ
SALA DE DECISION No.1

Magistrado Ponente FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA

Tunja, 08 MAY 2018

REFERENCIAS

MEDIO DE CONTROL:	REPARACION DIRECTA
DEMANDANTE:	NIDIA CALDERON DE MORENO
DEMANDADO:	NACION- MINISTERIO DE VIVIENDA- FONDO NACIONAL DEL AHORRO
RADICACION:	152383333752201400278-01

=====

Procede la Sala a resolver lo que en derecho corresponda, respecto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, el día veinticuatro (24) de octubre de dos mil catorce (2014), que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

I.1.- LA DEMANDA. (Fls 2 – 16)

1.1 La señora Nidia Calderón de Moreno a través de apoderado judicial, interpuso demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa en contra de la Nación- Ministerio de Vivienda- Fondo Nacional del Ahorro, con el propósito de que sean declarados civil y administrativamente responsables por el daño antijurídico causado al no realizar en debido tiempo los desembolsos correspondientes al crédito 79436306 (24114888), y a las cesantías

aprobadas al señor Carlos Enrique Pachón Chaparro en favor de la primera.

Como consecuencia de la anterior declaración, solicitó que se ordene pagar por perjuicios materiales el valor correspondiente a \$26.823.224 por concepto de intereses moratorios que se generaron por el no desembolso oportuno de los valores antes indicados, así como al pago de 100 S.M.L.M.V a título de daños morales.

1.2 Dentro del libelo demandatorio se exponen como sustento de las pretensiones los siguiente **HECHOS RELEVANTES:**

— Mediante escritura pública No. 2475 del 27 de septiembre de 2011, la demandante en calidad de otorgante vendedora, celebró con los señores Carlos Enrique Pachón Chaparro, María del Pilar Monsalve y el Fondo Nacional del Ahorro, contrato de compraventa del bien inmueble de su propiedad identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 095-104117.

— En la cláusula cuarta del referido contrato, las partes acordaron la forma de pago de la siguiente manera: " *CUARTA: VALOR Y FORMA DE PAGO: Que el precio de la venta del inmueble que por este instrumento se transfiere asciende la cantidad de SETENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$70.000.000), que el comprador pagará al vendedor en la siguiente forma: 1). La suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$46.657.282) con el producto del préstamo que el fondo nacional del ahorro por intermedio de su junta directiva ha aprobado mediante acta DCR 1172 2010, y que se entregará al exponente vendedor. 2. La suma de DIECISIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$17.776.414) con el producto de las cesantías que girará el fondo nacional del ahorro y 3). La suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS SESENYA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (5.566.304) con recursos propios que el vendedor declara recibidos a entera satisfacción.*"

— El primer pago se efectuó de manera parcial por parte del Fondo Nacional de Ahorro el día 15 de junio de 2012 por valor de \$7.449.779,67, debido a que correspondía a un cruce interno de cuentas del valor a desembolsar del crédito del comprador contra el valor adeudado por el vendedor al Fondo, y que respecto al valor restante del primer desembolso por la suma de \$39.207.502,33, la

demandante debía cancelar la hipoteca y allegar el certificado de tradición y libertad del mencionado inmueble, exigencia que fue cumplida el día 03 de octubre de 2012 y sólo hasta el 03 de marzo de 2013, se efectuó el referido giro.

— Por otro lado, después de varios derechos de petición elevados por la demandante ante el Fondo Nacional del Ahorro, solicitándole el desembolso de las cesantías aprobadas al señor Carlos Enrique Pachón Cahaparro sin obtener respuesta alguna, la actora interpuso en el mes de septiembre de 2013 acción de tutela en el Juzgado Penal del Circuito de Sogamoso, con el propósito de que el Fondo diera respuesta efectiva y oportuna a las peticiones que habían sido presentadas, por lo cual dicho despacho mediante providencia de fecha 12 de septiembre de 2013, tuteló su derecho fundamental de petición, ordenando a la entidad accionada que resolviera el derecho de petición en el sentido de pronunciarse sobre el giro y pago a favor de Nidia Calderón correspondiente al saldo del precio de la venta del bien de su propiedad.

— En cumplimiento al fallo antes indicado, el día 19 de septiembre de 2013, el Fondo Nacional del Ahorro le informó a la demandante: *"Es de anotar que al parecer por error involuntario el valor de las cesantías comprometidas en la negociación no se giran en su momento, por lo cual recibida la Acción de Tutela se revisó la documentación presentada para el desembolso del crédito y se encontró que este valor estaba pendiente por desembolsar, por tal motivo de inmediato el Grupo Desembolsos, solicitó a la División de Cesantías el trámite correspondiente y el giro se realizó de la siguiente manera:"*, realizando el desembolso el 04 de septiembre de 2013.

— Conforme a lo expuesto, sostuvo que el acuerdo de pago se llevó a cabo el día 27 de septiembre de 2011, el primer desembolso parcial se realizó hasta el 15 de junio de 2012, el restante y segundo desembolso se efectuó el 03 de marzo de 2013, y el último y tercer pago se realizó hasta el 04 de septiembre de 2013, evidenciándose el retardo injustificado y negligente por parte del Fondo Nacional del Ahorro.

I.2.- SENTENCIA APELADA. (Fls 142-147 C.2ª Instancia)

El Juzgado Administrativo Sección Única de Descongestión de Duitama, mediante sentencia proferida en audiencia inicial del 24 de octubre de 2014, negó las pretensiones de la demanda con fundamento en lo siguiente:

Luego de declarar probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de la Nación-Ministerio de Vivienda Ciudad y Territorio, y de referirse a la regla de responsabilidad del Estado consagrada en el artículo 90 Constitucional, señaló que atendiendo a los hechos plasmados en la demanda y en la contestación de la misma, el régimen de responsabilidad que debía aplicarse para resolver el presente asunto era el de la falla del servicio.

Así las cosas, en cuanto al primer elemento necesario para la configuración de la responsabilidad del Estado, esto es, el daño antijurídico, que según la demandante consistió en el desembolso tardío de un crédito y el pago de unas cesantías aprobadas al señor Carlos Enrique Chaparro, señaló que de las pruebas obrantes al expediente se contaba con la escritura pública No. 2475 de 2011 mediante la cual la demandante realizó compraventa del bien inmueble de su propiedad.

Igualmente, que en la cláusula cuarta de la referida escritura se pactó como precio de venta del inmueble el valor de \$70.000.000, los cuales se pagarían de la siguiente forma: 1) la suma de \$46.657.282 con el producto del préstamo que el Fondo Nacional del Ahorro mediante Acta No. 1172/2010 aprobó, 2) la suma de \$17.776.414 con el producto de las cesantías que giraría el Fondo Nacional del Ahorro, y 3) la suma de \$5.566.304 con recursos propios que el vendedor declara recibidos a satisfacción.

Que a partir de los documentos obrantes al expediente, se podía advertir que el primer desembolso parcial se efectuó el 15 de junio de 2012 por valor de \$7.449.779,67, el segundo desembolso se realizó el 03 de marzo de 2013 por valor de \$39.207.502,33, y el tercer y último pago se dio el 04 de septiembre de 2013 por la suma de \$17.705.591,63, por lo cual se advertía que transcurrieron dos años desde la fecha en la que se realizó el acuerdo de pago (27 de septiembre de 2011) y el día en que se canceló totalmente la obligación (4 de septiembre de 2013). A partir de lo anterior, el A quo encontró demostrado el daño antijurídico causado a la demandante.

Luego del anterior análisis, el juez de primera instancia se refirió a la imputabilidad del daño a la entidad demandada, para lo cual sostuvo que la cláusula sexta de la escritura pública en mención estableció que sobre el inmueble existía una primer hipoteca constituida por la demandante en el año 2000 a favor del Fondo Nacional del Ahorro, y que ésta a su vez autorizaba al Fondo para

que con producto del crédito aprobado a favor del comprador, y que se pactó girar a la vendedora, se cancelara el valor total de la mencionada obligación.

Que conforme a lo anterior, se entendía que el primer pago parcial que se realizó el día 15 de junio de 2012, se efectuó a favor del crédito hipotecario vigente, para efectos de que la demandante tramitara la cancelación de dicha hipoteca ante el acreedor hipotecario, en este caso, el Fondo Nacional del Ahorro, y posteriormente allegara el certificado de tradición y libertad donde figurara cancelada dicha anotación.

De ahí que mediante respuesta al derecho de petición que fue radicado por la actora con el No. 2013-2303-021190-1 del 21 de marzo de 2013, el Fondo Nacional del Ahorro le comunicó nuevamente a la demandante que, con el propósito de poder efectuar el desembolso del saldo pendiente, debía allegar el original del Certificado de Tradición y Libertad del inmueble, donde figurara la cancelación de la hipoteca, para posteriormente dirigirse a la División de Crédito solicitando el giro del segundo desembolso, y que si la información no presentaba ninguna inconsistencia, se procedería al giro de los recursos según los requisitos del Crédito para Vivienda, y que el crédito debía estar al día en los pagos a fin de proceder al desembolso pendiente.

Así mismo, que en la misma respuesta el Fondo Nacional del Ahorro le advirtió a la demandante que el documento allegado por esta última el 05 de junio de 2013, no servía para realizar el segundo desembolso, por cuanto se requería de un nuevo certificado de tradición y libertad donde figurara la cancelación de la hipoteca que se tenía con el Fondo, y que si bien era cierto que la demandante canceló la referida hipoteca el día 27 de septiembre de 2012, también lo era que no existía prueba alguna que demostrara que la actora hubiere aportado el 03 de octubre de 2012, el original del certificado de tradición y libertad ante la entidad demandada.

Que por el contrario, dentro del proceso se contaba con una petición elevada por la demandante de fecha 12 de marzo de 2013, en la cual se indicaba que anexaba fotocopia de la cancelación de la hipoteca, y que el Fondo Nacional del Ahorro una vez recibió dicho documento, efectuó el giro del crédito restante el 03 de abril de 2013.

Aunado a lo anterior, sostuvo que a pesar de que en la demanda se alega un retardo injustificado en el desembolso del crédito, de la lectura de la escritura pública no se observaba que se hubiere

pactado un plazo o fecha cierta que obligara al Fondo Nacional del Ahorro al pago total, que por el contrario, el desembolso del crédito se condicionó a que la actora cancelara la hipoteca inicial, y luego aportara el certificado de tradición y libertad, lo cual se realizó tan solo el 12 de marzo de 2013, por lo cual el retardo solo podría atribuirse a la demandante.

Finalmente, señaló que si los arrendatarios y futuros compradores se abstuvieron de pagar los cánones de arrendamiento, la demandante contaba con todos los medios legales para iniciar un proceso ejecutivo ante la jurisdicción civil. De igual manera, que conforme a la cláusula novena de la escritura antes mencionada, la demandante en su condición de propietaria del inmueble objeto de compraventa, contaba con la posesión del mismo hasta tanto no se hubiere hecho efectivo el desembolso del crédito por parte del Fondo Nacional de Ahorro.

Por todo lo expuesto, concluyó el A quo que si la demandante vio de alguna manera afectado su patrimonio con la demora en el desembolso del crédito, y posteriormente con el incumplimiento de los cánones de arrendamiento, dicha situación sólo le era atribuible exclusivamente a la víctima, quien en primer lugar, no acreditó a tiempo la cancelación de la hipoteca inicial ante el Fondo Nacional del Ahorro para que la misma procediera a desembolsar los pagos subsiguientes; y segundo, no ejerció las acciones legales contra los particulares que ocupaban la vivienda, razón por la cual consideró que para el caso en estudio había operado el eximente de responsabilidad denominado culpa exclusiva de la víctima.

I.3.- DEL RECURSO DE APELACIÓN. (Fls 155-166 C.2ª Instancia)

La parte demandante sostuvo que de la cláusula novena del mutuo contenido en la escritura pública No. 2475 de 2011, se estableció que el deudor Carlos Enrique Pachón autorizaba al Fondo Nacional del Ahorro para que girara y pagara a favor del mismo Fondo, el valor del crédito y de las cesantías, y a su vez girara y pagara las mismas cantidades a la actora, sin que a cargo de esta última se hubiere estipulado alguna carga necesaria para que se procediera con el giro de las sumas ya señaladas.

En efecto, que pese a la cláusula séptima del mutuo, en su parágrafo se había señalado que el valor de las cesantías y del crédito previamente aprobado, se podría girar cuando el Fondo Nacional del Ahorro recibiera la primera copia de la escritura pública debidamente registrada con constancia de prestar merito ejecutivo,

así como los demás documentos que se exigieran, los cuales fueron allegados desde el 19 de diciembre de 2011, contrato que fue suscrito entre el Fondo y el comprador, es decir, que dicha obligación recaía únicamente sobre alguno de los dos.

Que conforme a lo anterior, la demandante suscribió el contrato de compraventa con la plena confianza de que el Fondo Nacional del Ahorro giraría el valor del crédito y de las cesantías, sin exigirle ningún trámite administrativo.

Así las cosas, que cuando el A QUO afirmó que se entendía que el primer pago se efectuó para que la vendedora tramitara la cancelación de la hipoteca y allegara al Fondo el certificado de tradición donde constara su inscripción, parte de una falacia, toda vez que en el texto de la escritura pública No. 2475 de 2011 nada se estableció al respecto, que por el contrario, de la misma se podía deducir que los obligados en gestionar los trámites necesarios, en este caso, el registro de la escritura pública y su aportación en copia, era el mismo Fondo y el comprador Carlos Enrique Pachón.

Que conforme a lo anterior, la actora cumplió con la carga impuesta en la cláusula sexta, y desde el 27 de septiembre de 2012 dio lugar a la cancelación de la referida hipoteca, dando paso de esta manera para que el Fondo Nacional del Ahorro procediera con uno de los desembolsos autorizados por la misma entidad en favor de la primera.

Por otro lado, señaló que el juzgado de primera instancia no podía soportar su fallo con el argumento que dentro de la escritura pública no se había pactado plazos determinados para cumplir con dichos desembolsos, como quiera que si bien dentro de la escritura no existen plazos expresos, sí existen cargas administrativas que permiten establecer los momentos en los que la responsabilidad se desplaza hacia la entidad cuando el usuario ha cumplido con los requerimientos necesarios, teniendo en cuenta que la cancelación de la hipoteca se realizó el 27 de septiembre de 2012 y su comunicación al Fondo Nacional del Ahorro se dio el 03 de octubre del mismo año.

De igual manera, en cuanto al desembolso correspondiente a las cesantías del señor Carlos Pachón, sostuvo que de las pruebas aportadas al proceso se podía evidenciar que su desembolso no se realizó por el simple descuido y negligencia al actuar frente al expediente del crédito, toda vez que las mismas fueron pagadas hasta que la demandante acudió a la acción de tutela.

Así mismo, adujo que la parte demandante no desconoce que el Fondo Nacional del Ahorro le solicitó en varias oportunidades que allegara el certificado de tradición con la anotación de la cancelación de la hipoteca, pero lo que no comparte es que se afirme que la actora allegó dicho certificado hasta el 12 de marzo de 2013, cuando dentro del expediente se encuentra un manuscrito elaborado por ésta, dirigido al Fondo y radicado el 12 de octubre de 2012, en el que se informó que se aportaba en original el certificado No. 195 de cancelación de la hipoteca.

En ese sentido, señaló que pese a que el Fondo Nacional del Ahorro contaba desde el año 2011 con los documentos para haber realizado los desembolsos, se valió de diversas excusas para dilatar el pago, como la consistente en que la actora no había aportado el certificado con constancia de cancelación de la hipoteca, pese a que ya contaba con dicho documento.

Por todo lo expuesto, señaló que ninguna culpa puede serle imputada a la parte actora, quien se ciñó a todas las obligaciones plasmadas en la Escritura Pública No. 2475 de 2011, así como a las exigencias del Fondo Nacional del Ahorro, que por el contrario, las situaciones de hecho y de derecho que dieron lugar al proceso, configuraban una responsabilidad administrativa y patrimonial en contra de la entidad demandada.

I.4 ALEGATOS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Debe advertirse que a pesar de que por auto del 26 de marzo de 2015 se corrió traslado a las partes para que presentaran sus alegatos de conclusión, no hubo pronunciamiento al respecto.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Con el fin de exponer un razonamiento claro y lógico de la temática de la discusión, la Sala abordará, en su orden *i.* lo que se debate en segunda instancia y la formulación del problema jurídico, *ii.* La relación de los hechos probados, y, finalmente *iii.* el estudio y la solución del caso en concreto.

II.1.- LO DEBATIDO EN SEGUNDA INSTANCIA Y PROBLEMA JURÍDICO.

En síntesis, el A-quo negó las pretensiones de la demanda al señalar que la demora del Fondo Nacional del Ahorro en realizar los desembolsos del crédito No. 79436306 y de las cesantías aprobadas al señor Carlos Enrique Pachón, obedeció al actuar culposo de la víctima, quien no acreditó a tiempo la cancelación de la hipoteca inicial que tenía el inmueble objeto del negocio jurídico, exigencia que se hacía necesaria para efectos de realizar los aludidos desembolsos. De igual manera, señaló que no ejerció las acciones legales contra los particulares que ocupaban la vivienda a efecto de lograr el pago del arriendo.

La parte demandante refutó el fallo de primer grado argumentando que la escritura Pública No. 2475 de 2011, no estableció en cabeza de la actora ninguna obligación para efectos de que procediera el desembolso de las sumas ya indicadas, que por el contrario, en la cláusula sexta se indicaba que el valor de las cesantías y del crédito previamente aprobado se podría girar cuando el Fondo Nacional del Ahorro recibiera la primera copia de la escritura publica debidamente registrada con los demás documentos requeridos, los cuales fueron allegados desde el 19 de diciembre del año 2011; que además, los obligados en gestionar los trámites no eran otros que el Fondo Nacional del Ahorro y el comprador Carlos Enrique Pachón.

Por otro lado, en lo que respecta al desembolso de las cesantías del señor Carlos Pachón, sostuvo que fue gracias a la presentación de una tutela por parte de la demandante que el Fondo Nacional del Ahorro advirtió del error involuntario en el que incurrió al no girar en su momento dicho valor.

De acuerdo con lo anterior, le corresponde a la Sala establecer si frente al caso en estudio se configuran los elementos que han sido definidos por la jurisprudencia nacional como determinantes para efectos de comprometer la responsabilidad del Estado. En caso afirmativo, se deberá determinar si se presentó alguna causal exagerativa de responsabilidad que pueda romper la imputación del daño hecha a la entidad demandada, en este caso, el hecho exclusivo de la víctima.

II.2.- PROPOSICION SOBRE LOS HECHOS PROBADOS

En el expediente se encuentran probadas las siguientes afirmaciones sobre los hechos:

2.1. Mediante Escritura Pública No. 2475 del 27 de septiembre de 2011, la señora Nidia Calderón de Moreno celebró compraventa con los señores Carlos Enrique Pachón Chaparro y María del Pilar Monsalve Pinzón, respecto del inmueble de propiedad de la primera ubicado en el municipio de Sogamoso-Boyacá, identificado con número de matrícula inmobiliaria No. 095-104117. (Fls. 18-26 Cdno 1)

2.2. En la cláusula cuarta de la referida escritura pública las partes pactaron lo siguiente: *"VALOR Y FORMA DE PAGO: que el precio de la venta del inmueble que por este instrumento se transfiere asciende a la cantidad de SETENTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$70.000.000) M/CTE, que el Comprador pagará al Vendedor en la siguiente forma: 1). La suma de CUARENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$46.657.282), con el producto del préstamo que el FONDO NACIONAL DE AHORRO, por intermedio de su Junta Directiva ha aprobado mediante Acta No. DCR-1172/2010 y que se entregará al exponente Vendedor. 2). La suma de DIECISIETE MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS CATORCE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$17.776.414) m/cte, con el producto de las cesantías que girará el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Y 3). La suma de CINCO MILLONES QUINIENTOS SESENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$5.566.304) M/CTE, con recursos propios que el vendedor declara recibidos a su entera satisfacción."* (Fl. 19)

2.3. Por otro lado en la cláusula sexta se acordó: *"LIMITACIONES AL DOMINIO: que el inmueble objeto de esta venta se halla libre de hipotecas, embargos, demandas civiles, pleitos pendientes, patrimonio de familia, arrendamiento por escritura pública, condiciones resolutorias y cualquier otra limitación al dominio. Excepto en cuanto a la hipoteca constituida a favor del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, mediante la escritura pública No. 2957 de fecha 16 de noviembre de 2000 de la notaria segunda del circulo de Sogamoso, debidamente registrada, gravamen que se cancelará de la siguiente manera: 1) mediante autorización expresa del Vendedor al FONDO NACIONAL DEL AHORRO, para que con producto del crédito aprobado a favor del comprador y que será girado al Vendedor, se gire y se cancele el valor total de la obligación hipotecaria vigente. Esta autorización se entenderá otorgada con la firma de la presente escritura Pública. (...) Para efectos de lo expresado en el parágrafo de esta cláusula, el vendedor deberá presentar el FONDO NACIONAL DEL AHORRO una*

certificación actualizada de la deuda a cancelar expedida por el acreedor hipotecario.” (Fl. 19)

2.4. Dentro del parágrafo de la cláusula séptima del contrato de mutuo contenido en la Escritura Pública No. 2475 de 2011, y que fue celebrado entre el comprador y ahora deudor Carlos Enrique Pachón Chaparro y el Fondo Nacional del Ahorro, se estipuló que: *“También el valor de las cesantías que el exponente deudor determine utilizar se podrá girar junto con el crédito una vez recibida en el FONDO la primera copia de esta escritura pública debidamente registrada, con la constancia de prestar merito ejecutivo y los demás documentos que para este efecto se exijan.”*

2.5. En la cláusula novena del mutuo se determinó: *AUTORIZACION DE GIRO DEL CREDITO Y LAS CESANTIAS. Que el exponente deudor autoriza expresa e irrevocablemente al FONDO, para que gire y pague a favor del Acreedor Hipotecario FONDO NACIONAL DEL AHORRO el valor del crédito \$46.657.282 radicado bajo el número 79.436.306, y el excedente del valor del crédito y las cesantías \$17.776.414 para que gire y pague a favor del vendedor del inmueble que se transfiere mediante contrato de compraventa contenido en esta misma Escritura Pública...” (Fl.23 Cdo 1)*

2.6. Según Oficio No. 2013-2303-20468-1 del 19 de septiembre de 2013 que fue remitido por el Fondo Nacional del Ahorro a la señora Nidia Calderón, la documentación para el desembolso del crédito del señor Carlos Enrique Pachón Chaparro fue recibida en dicha entidad el 19 de diciembre de 2011, y que una vez fue revisada, se había detectado una inconsistencia que le fue comunicada al abogado asignado para la legalización del crédito consistente en: *“SEÑORES ASESORIAS JURIDICAS, EN LA ESCRITURA NO ESTA PLENAMENTE IDENTIFICADO EL INMUEBLE, POR FAVOR ACTUALIZAR LA DIRECCION, JCFC 10-01-2012”*, y que una vez se subsanó dicha inconsistencia, se procedió a realizar el autogiro el 15 de junio de 2012 por valor de \$7.449.779.67, en la que no se generó orden de pago debido a que correspondía a un cruce interno de cuentas del valor a desembolsar del crédito del comprador contra el valor adeudado por el vendedor al FNA. (Fl. 42 Cdo 1)

2.7. Mediante escrito del 25 de enero de 2012, la señora Nidia Calderón le solicitó al señor Carlos Enrique Pachón que atendiendo a los términos del contrato de compraventa le cancelara los cánones de arrendamiento de los meses de noviembre y diciembre de 2011, así como del mes de enero de 2012, Toda vez que a la fecha no le habían consignado las sumas de dinero por concepto de crédito hipotecario, sin que se hubiere perfeccionado el mencionado

contrato de compraventa. Así mismo, le solicitó que realizara las gestiones pertinentes para que el FNA desembolsara las sumas necesarias para el pago del inmueble. (Fl. 15-Anexo 1)

2.8. Mediante escrito del 10 de julio de 2012, la señora Nidia Calderón le solicitó al Fondo Nacional del Ahorro que se hiciera efectivo el desembolso del crédito hipotecario aprobado al señor Carlos Enrique Pachón Chaparro. Por otro lado, señaló que según el abogado externo de la mencionada entidad, le había informado 20 días atrás, que la escritura pública de compraventa con hipoteca, sí determinaba correctamente el inmueble por su ubicación y linderos, por lo que se había dispuesto proceder al desembolso del crédito. De igual manera, y en forma subsidiaria, solicitó que se le informara los motivos por los que no se había producido el desembolso. (Fl. 42)

2.9. Según escrito del 03 de octubre de 2012, la actora le aportó al Fondo Nacional del Ahorro el certificado No. 195 de cancelación de hipoteca de fecha 27 de septiembre de 2012 del inmueble identificado con folio de matrícula No. 095-104117, con el propósito de que en el menor tiempo posible le efectuara el segundo desembolso del crédito aprobado a nombre del señor Carlos Enrique Pachón Chaparro. (Fl. 44 Anexo 1)

2.10. Por escrito del 18 de marzo de 2013, la actora allegó al Fondo Nacional del Ahorro el original del certificado de tradición y libertad correspondiente al inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 095-104117, para efectos de que dicha entidad efectuara el giro y pago a su favor del crédito aprobado al señor Carlos Enrique Pachón, así como de sus cesantías para el pago del saldo del precio de la venta del referido inmueble.

Así mismo, en el mismo escrito señaló que mediante solicitud enviada vía internet el 08 de febrero de 2012, pidió que le fuera abonado el dinero de la venta del referido inmueble. Posteriormente, por escrito del 11 de julio de 2012 volvió a solicitar dicho desembolso, y que desde el día 30 de julio de 2012, ya había radicado el certificado de tradición y libertad, razón por la cual resultaba incomprensible que una vez más se le solicitara tal documento para efectos de llevar a cabo el referido desembolso.

De igual manera, que desde el 03 de octubre de 2012 había allegado constancia sobre la anotación de la deshipoteca, por lo que nuevamente resultaba incomprensible que dicha entidad le solicitara el certificado de tradición y libertad, pues resultaba claro que si la constancia de inscripción de la deshipoteca corresponde a

la anotación 8, desde el 30 de julio de 2012 que se había allegado el certificado de tradición y libertad no se habían surtido más registro de actos sobre el predio en mención, como quiera que a dicha fecha el certificado de tradición y libertad contaba con 7 anotaciones.

También sostuvo que con escrito del 26 de febrero de 2013, solicitó nuevamente que el FNA le efectuara el desembolso del crédito aprobado a favor del comprador del bien inmueble, pero que pese a dichas peticiones, hasta la fecha las mismas no habían sido resueltas. (Fls. 78-80 Anexo 1)

2.11. El Fondo Nacional del Ahorro dio respuesta al anterior derecho de petición, indicando que respecto del crédito del señor Carlos Enrique Pachón se realizó un primer desembolso para efectos de cancelar la deuda que el vendedor tenía con dicha entidad. Así mismo, sostuvo que para efectos de poder desembolsar el saldo pendiente, debía allegar original del certificado de tradición y libertad del inmueble, en la cual figurara la cancelación de la hipoteca que el vendedor tenía con la entidad ya mencionada, y así proceder con el estudio de los documentos que fueron radicados.

Agregó que el documento remitido el día 05/07/2013 al Área Grupo de Cancelaciones no servía para realizar un segundo desembolso, toda vez que se requería un nuevo certificado de tradición y libertad, donde figure la cancelación de la hipoteca. (Fl. 11 Anexo 1)

2.12. Posteriormente, mediante escrito del 19 de abril de 2013, el Fondo Nacional del Ahorro le envía oficio a la demandante señalándole que una vez el certificado de libertad fue recibido, se dio traslado a la División de Crédito para efectos de realizar el 2º desembolso, y que una vez revisado el sistema de la entidad, se había encontrado que se efectuaron los siguientes desembolsos: i) 15/06/2012 por valor de \$7.449.779,67 y ii) 03/04/2013 por valor de \$39.207.502,33.

2.13. La actora interpuso acción de tutela en contra del Fondo Nacional del Ahorro, señalando que al comprador del inmueble de su propiedad le había sido aprobado un préstamo desde el 13 de octubre de 2010, y que luego de múltiples requerimientos, se efectuó un primer desembolso de \$7.449.779,67 con destino al pago de la hipoteca, y un segundo desembolso de \$39.207.502,33 hasta el 03 de abril de 2013, es decir, pasados un año y siete meses, aduciendo una falta de identificación plena del bien la cual

fue descartada meses después, así como por la no aportación del certificado de tradición y libertad cuando la cancelación de la hipoteca ya se había realizado conforme a la constancia de inscripción de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de fecha 28 de septiembre de 2012, pero que pese a ello fue atendida el 18 de marzo de 2013.

Así mismo, sostuvo que el Fondo Nacional del Ahorro autorizado por el comprador, se obligó a girar y pagar la suma de \$17.776.414 correspondiente a las cesantías del primero para efectos de terminar de pagar el precio, pero sin que hasta la fecha se hubiere girado la mencionada suma, por lo cual solicitó que se amparara su derecho de petición, y que se ordenara a la demandada que en el término de 48 horas procediera a desembolsar los \$17.776.414 como saldo del precio de la venta del bien inmueble objeto de compra. (Fls. 31-32 Cdno-1)

2.14. El asunto le correspondió al Juzgado Primero Penal del Circuito de Sogamoso, quien mediante fallo del 12 de septiembre de 2013, tuteló el derecho fundamental de petición de la actora, ordenando al Fondo Nacional del Ahorro que en el término de 48 horas resolviera el derecho de petición de la accionante, relacionado con el giro y pago correspondiente al saldo del precio de la venta del bien inmueble de la misma. (Fls. 31-41)

2.15. El Fondo Nacional del Ahorro, mediante escrito del 19 de septiembre de 2013, impugnó el fallo de tutela antes referido, señalando que en cumplimiento de la orden que le fue dada, le había remitido a la accionante la comunicación No. 2013-2303-204681-1 del 19 de septiembre de 2013, dando respuesta a todos y cada uno de los interrogantes en el sentido de que el giro de la cesantías se había realizado el 04 de septiembre de 2013, por lo anterior solicitó que se revocara la sentencia impugnada. (Fls. 66-69)

2.16. La impugnación fue conocida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, quien mediante fallo de segunda instancia de fecha 23 de octubre de 2013 revocó la decisión de primera instancia, al constatar que la entidad demandada había dado respuesta al derecho de petición, e igualmente que el 04 de septiembre de 2013 realizó el desembolso que se encontraba pendiente a favor de la accionante. (Fls. 1-9 Anexo 1)

2.17. Según orden de pago No. 2945942, el giro de las cesantías del señor Carlos Pachón a favor de la actora, se hizo el día 04 de

septiembre de 2013. (Fl. 74 Anexo 1)

II.3.- ESTUDIO Y SOLUCIÓN DEL CASO CONCRETO.

La Sala confirmará la sentencia apelada, pero no por las razones expuestas por el A quo, como quiera que en el caso en estudio y conforme a las pruebas obrantes al proceso, no se encuentra demostrado que la demandante hubiere sufrido daño alguno, primer elemento que se hace necesario analizar para efectos de comprometer la responsabilidad del Estado, y sin el cual, resulta innecesario entrar a estudiar los otros dos elementos, en este caso, la imputación y el fundamento.

3.1. De la responsabilidad extracontractual del Estado.

A partir de la cláusula general de responsabilidad consagrada en el artículo 90¹ de la C.P, la responsabilidad extracontractual del Estado tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública, tanto por la acción como por la omisión de un deber normativo.

En efecto, a partir de una lectura detenida del artículo antes mencionado, se advierte que para efectos de comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado, se requiere la existencia de un daño antijurídico que le resulte imputable a la administración; en este último evento, la atribución del daño podrá hacerse por dos vías: *i)* una imputación fáctica comúnmente denominada causalidad, *ii)* una imputación jurídica (*imputatio iure o subjetiva*) que supone el establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio, evento en el cual intervienen los títulos de imputación.

Así las cosas, si bien es cierto que en un principio y aun después de la expedición del artículo 90 Constitucional, se tenía establecido que dentro de la estructura del juicio de responsabilidad se debía analizar el daño antijurídico, el hecho dañoso, la causalidad y la imputación, debe advertirse que estos hacen parte de los criterios de la estructura clásica; no obstante, actualmente la jurisprudencia ha establecido tal como ya se advirtió, que los elementos de la

¹ Art. 90. Responsabilidad patrimonial del Estado y acción de repetición. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.

responsabilidad del Estado son el daño antijurídico y la imputación.

a. Del daño antijurídico.

Conforme a lo que se ha expuesto, el primer elemento que se debe probar para efectos de comprometer la responsabilidad del Estado es la existencia de un daño antijurídico, entendido como aquel que la víctima no está en el deber jurídico de soportar. Al respecto, el H. Consejo de Estado al referirse a dicho concepto como elemento fundante de la responsabilidad estatal, sostuvo:

El daño antijurídico, a efectos de que sea indemnizable, requiere que esté cabalmente estructurado; por tal motivo, es imprescindible que se acrediten los siguientes aspectos relacionados con la lesión o detrimento cuya reparación se reclama: ii) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo; ii) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; iii) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente, por ende, no puede limitarse a una mera conjetura.

(...)

Como se aprecia, el daño antijurídico es el principal elemento sobre el cual se estructura la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, a la luz del artículo 90 de la Carta Política, entidad jurídica que requiere para su configuración de dos ingredientes: i) uno material o sustancial, que representa el núcleo interior y que consiste en el hecho o fenómeno físico o material (v. gr. La desaparición de una persona, la muerte, la lesión e.t.c) y ii) otro formal que proviene de la norma jurídica, en nuestro caso de la disposición constitucional mencionada.

(...)

Es así como, solo habrá daño antijurídico cuando se verifique una modificación o alteración negativa fáctica o material respecto de un derecho, bien o interés legítimo que es personal y cierto frente a la persona que lo reclama, y que desde el punto de vista formal es antijurídico, es decir no está en la obligación de soportar porque la normativa no le impone esa carga"²

Así las cosas, debe entenderse por daño antijurídico aquel que se produce a pesar de que el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo. Por el contrario, puede presentarse el caso en el que el daño deba ser soportado por la

² Sección Tercera-, sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil catorce (2014) Radicación No. 25000-23-26-000-2003-00175-01 (28741). MP. Dr. Enrique Gil Botero.

víctima, como sería el evento en el que exista una causa que obligue a este último a soportarlo, la que puede materializarse en la misma ley o porque aquello que se afecta no constituye un interés legítimamente protegido.

Una vez estudiado el concepto del daño como fundamento de la responsabilidad extracontractual del Estado, se hace necesario pasar a estudiar su tipología, para efectos de diferenciar los daños materiales de los daños inmateriales.

En efecto, por los primeros deben entenderse todo daño que atenta contra los bienes o intereses de contenido económico, los cuales se encuentran clasificados en daño emergente y lucro cesante, división que surge a partir de lo señalado en los artículos 1613³ y 1614⁴ del C.C.

Así las cosas, debe entenderse por daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, habrá lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima, es decir, que el daño material debe ser entendido como un sinónimo de egreso patrimonial y el lucro cesante de ingreso.

Ahora bien, debe señalarse que tanto el daño emergente como el lucro cesante pueden afectar tanto a la persona como a los bienes, para el caso de los últimos ha de señalarse que cuando el daño afecte bienes muebles o inmuebles, para el caso del daño emergente habrá de indemnizarse todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino. Al respecto la doctrina ha señalado: "Mas el daño emergente no sólo se predica del daño del bien en sí mismo, sino de todas aquellas erogaciones que son consecuencia de su privación. Es decir, si la destrucción total o parcial del bien implicó otro daño emergente, como por ejemplo contratar un bien similar de reemplazo transitorio, un pago de abogados para efectos de hacer respetar los derechos, etc, la indemnización procede. Si se trata de la ocupación de un inmueble en el que se habitaba, el juez no duda en reconocer los gastos de hotel y alimentación o, en general, todos los gastos ocasionados

³ Art. 1613. Indemnización de perjuicios. La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

⁴ Art. 1614. Daño emergente y lucro cesante. Entiéndase por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento.

durante la privación del bien.”⁵

Por otro lado, en lo que respecta al lucro cesante por afectación de bienes, ha de señalarse que el mismo está constituido por lo que el mismo deja de producir en razón al hecho dañino. Al respecto, se ha señalado: *“De igual forma, lo que el bien hubiera producido durante su inmovilización genera indemnización porque, por ejemplo, se estableció que el automóvil trabajaba en dos jornadas, porque se prueba que sobre el camión existía un contrato de transporte de materiales que no se pudo continuar, porque se prueba que una empresa agropecuaria dejó de producir botellas de leche y otras mercancías o, aun, porque el bien supone un capital que genera lucro.”⁶*

En lo que respecta a los daños inmateriales se hará referencia al daño moral, el cual desde el fallo Villaveces del 21 de julio de 1922 ha venido siendo reconocido por la jurisprudencia colombiana, inicialmente por causa de la muerte, toda vez que esta es la primer forma en que se expresa esta clase de daño en la que se produce pena y aflicción para las personas cercanas a la persona fallecida. Así por ejemplo, el sufrimiento sufrido por el hijo a causa de la muerte de su padre o viceversa, lo cual no impide que por fuera del círculo familiar no se pueda presentar esta clase de perjuicio, evento en el cual su reconocimiento dependerá de probar la congoja, el sufrimiento, la zozobra o el dolor, tal como podría acontecer por la muerte de un amigo.

No obstante lo anterior, ha de advertirse que la muerte no es la única fuente de reconocimiento del perjuicio moral, también se puede presentar por los sufrimientos que ha tenido una persona por la pérdida de un bien que resultaba apreciado, evento en el cual se hace necesaria la demostración del sufrimiento, el dolor o la congoja que dicha pérdida le ha ocasionado. Así por ejemplo, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo ha señalado:

“Ahora bien, en cuanto atañe específicamente a la procedencia del daño moral por la pérdida de bienes, cabe precisar que, contrario a lo afirmado por el Tribunal, esta Corporación si ha encontrado posible derivar perjuicios morales por la pérdida de bienes; así lo manifestó en sentencia del 5 de octubre de 1989.

Es cierto que dentro de los perjuicios indemnizables se comprenden los morales, entendiéndose por estos el dolor y la tristeza que el hecho dañoso ocasiona a quien sufre el daño,

⁵ Henao Juan Carlos, El daño, Universidad Externado de Colombia, 1998, págs. 207-208.

⁶ Ibid, pág. 224.

pero también aquí tanto la jurisprudencia como la doctrina están acordes en que tratándose de daño a las cosas ese dolor o tristeza debe tener envergadura suficiente como para justificarse su reparación y que en todo caso debe ser demostrado, pues no se presume.”⁷

b. Imputación.

Respecto del segundo elemento que se requiere para efectos de comprometer la responsabilidad del Estado, se debe señalar que el análisis de la imputación requiere abordar dos niveles, esto es, uno fáctico (*imputatio facti*) y otro jurídico (*imputatio iure*). En relación con el tema, el H. Consejo de Estado señaló:

“La imputación fáctica supone un estudio conexo o conjunto entre la causalidad material y las herramientas normativas propias de la imputación objetiva que han sido delineadas precisamente para establecer cuando un resultado, en el plano material, es atribuible a un sujeto. De otro lado, la concreción de la imputación fáctica no supone por sí misma, el surgimiento de la obligación de reparar, ya que requiere de un estudio de segundo nivel, denominado imputación jurídica, escenario en el que el juez determina si además de la atribución en el plano fáctico existe una obligación jurídica de reparar el daño antijurídico; se trata, por ende, de un estudio estrictamente jurídico en el que se establece si el demandado debe o no resarcir los perjuicios bien a partir de la verificación de una culpa (falla), o por la concreción de un riesgo excepcional al que es sometido el administrado, o de un daño especial que frente a los demás asociados es anormal y que parte del rompimiento de la igualdad frente a las cargas públicas.”⁸

Así las cosas, dentro del juicio de imputación, se analiza no sólo el aspecto fáctico por acción o por omisión, sino que además se realiza el estudio del fundamento del deber de reparar (falla del servicio, riesgo excepcional o daño especial).

En lo que respecta al primer nivel, ha de señalarse que la jurisprudencia del Consejo de Estado tiende a darle a la imputación fáctica y al nexo causal, la condición de sinónimos, es decir, hace un análisis meramente causalístico, dando cabida en este evento a la teoría de la causalidad adecuada, la cual se funda en criterios técnicos y de previsibilidades para efectos de configurar dicha clase

⁷ Sección Tercera-, sentencia del veintiséis (26) de marzo de dos mil ocho (2008) Radicación No. 19001-23-31-000-1995-02016-01 (15535) Consejero ponente: Danilo Rojas Betancourth.

⁸ Sección Tercera-, sentencia del nueve (09) de junio de dos mil diez (2010) Radicación No. 1998-00569-01 (19385) Consejero ponente: Myriam Guerrero De Escobar.

de imputación.

Sin embargo, en los eventos en los que el hecho dañino se configura por una omisión, la jurisprudencia ha decidido abandonar el estudio de la causalidad, dado que en estos eventos su estudio se desenvuelve en el plano hipotético y naturalístico, por lo que el estudio de la imputación fáctica ha de hacerse a partir del análisis jurídico-normativo.

Por otro lado, en lo que respecta al segundo nivel de la imputación, dentro del mismo se realiza el estudio del fundamento del deber de reparar, es decir, analizar si en el caso concreto la autoridad pública demandada puede ser declarada responsable, de acuerdo con los títulos de imputación que han sido desarrollados tanto por la jurisprudencia como por la doctrina nacional.

3.2. Del caso en estudio.

Para el caso en estudio se tiene que la parte actora considera que el Fondo Nacional del Ahorro incurrió en una falla del servicio como consecuencia del retardo injustificado y negligente, al haber desembolsado a la actora el crédito y las cesantías aprobadas al señor Carlos Enrique Pachón Chaparro, dos años después de que los mismos fueron aprobados por la entidad demandada, razón por la cual solicita que dicha entidad sea declarada civil y administrativamente responsable por dicho actuar; y como consecuencia de lo anterior, que sea condenada a pagar a título de perjuicios materiales el valor de \$26.823.224,52 por concepto de intereses moratorios generados por el desembolso tardío; así como por concepto de perjuicios morales.

Por su parte, el *A quo* encontró demostrado el daño antijurídico a partir del retardo en el desembolso del crédito y de las cesantías del señor Carlos Enrique Pachón a favor de la demandante, razón por la cual prosiguió con el análisis del segundo elemento necesario para poder configurar la responsabilidad del Estado, esto es, la imputación, en la que sostuvo que dicho elemento se rompió al configurarse la culpa exclusiva de la víctima, toda vez que el aludido retardo tan sólo obedeció al actuar culposo de esta última, quien no acreditó a tiempo la cancelación de la hipoteca inicial ante el Fondo Nacional del Ahorro para efectos de proceder a los mencionados desembolsos.

Pues bien, frente a lo sucedido debe hacerse varias precisiones, iniciando por el hecho de que el juez de primera instancia no

analizó en debida forma el estudio del primer elemento necesario para poder comprometer la responsabilidad del Estado, en este caso, el daño antijurídico, pues a partir del retardo en el desembolso del crédito y de las cesantías del señor Carlos Pachón en favor de la demandante, encontró configurado el daño antijurídico ocasionado al patrimonio de la actora, sin hacer un análisis adecuado de dicho elemento.

En efecto, debe advertirse que el apoderado de la demandante alega que el hecho dañino consistió en el retardo injustificado y negligente del desembolso tantas veces mencionado por parte del Fondo Nacional del Ahorro, como quiera que dicha actuación le ocasionó una afectación a su patrimonio al indicar en el escrito de demanda que: "Es de anotar que dicho dinero *perdió poder adquisitivo*, ya que el negocio se realizó en el mes de septiembre de 2011 por valor de \$70.000.000 y el dinero se recibió en su totalidad sólo hasta el mes de septiembre de 2013. Lo que genera unos intereses moratorios desde la fecha de la celebración del negocio jurídico hasta la fecha de los desembolsos." (Fl. 4 Cdno principal)

A partir de lo anterior, sostuvo que el perjuicio ocasionado consistió en la pérdida del poder adquisitivo del dinero, por lo cual solicitó a título de reparación el valor de los intereses moratorios causados en el periodo de demora en el desembolso.

De lo anterior debe señalarse en primer lugar que el apoderado de la parte actora confunde la indexación con los intereses moratorios aun cuando se tratan de dos figuras totalmente distintas, pues del escrito de demanda este advierte que el perjuicio que le ocasionó el retardo en el desembolso del crédito y de las cesantías, generó una pérdida del poder adquisitivo de dicho valor, lo que a su criterio generó unos intereses moratorios, de ahí que por concepto de daño material solicite el valor de estos últimos.

Tal como puede evidenciarse, la parte actora mezcla el tema de la indexación con los interés moratorios, aun cuando se trata de temas distintos, entendiéndose por la primera como la actualización de una deuda a valores reales actuales, ya que el valor inicial de la misma ha sido afectado por la pérdida del valor de la moneda con el paso del tiempo (inflación); mientras que los segundos se refieren a los intereses que se han de reconocer por no pagar oportunamente una deuda. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

"Desde luego que la mora supone la existencia de una obligación preexistente que en su momento no se satisface por

el deudor, o dicho de otro modo, "la mora del deudor...consiste en el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquel".

(...)

Mientras tanto, la actualización monetaria, cuya aplicación deja por fuera aspectos subjetivos, pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial, que se envilece periódicamente en las economías caracterizadas por la inflación, todo bajo la idea de que el pago, sea cual fuere el origen de la prestación, debe ser íntegro..."⁹

Ahora bien, frente al caso en estudio se debe esclarecer si el perjuicio reclamado por la parte demandante deviene de intereses moratorios o de una simple indexación, para lo cual se hace necesario establecer en primer lugar que la Escritura Pública No. 2475 del 27 de septiembre de 2011, fue suscrita entre la demandante en su calidad de vendedora y el señor Carlos Enrique Pachón en calidad de comprador, por lo que las obligaciones surgidas del mencionado negocio jurídico, únicamente vinculan a estos dos.

En segundo lugar, debe establecerse que de un análisis al contrato de mutuo celebrado entre el Fondo Nacional del Ahorro y el señor Carlos Enrique Pachón, se advierte que no se estableció en ninguna cláusula fecha cierta en la que dicha entidad se comprometiera a realizar los desembolsos. Al respecto, en la cláusula novena del mencionado negocio jurídico tan sólo se acordó que los exponentes deudores autorizaban a la entidad demandada para efectos de que girara y pagara a favor del Acreedor Hipotecario dichas sumas, sin haberse acordado la fecha límite para ello.

En ese sentido, se advierte entonces que entre el Fondo Nacional del Ahorro y la actora en calidad de vendedora, no existió relación contractual que obligara a la primera a hacer el desembolso del crédito y de las cesantías en una fecha determinada, pues tal como ya se mencionó, el contrato de mutuo únicamente vinculaba al Fondo con el comprador; y además, en dicho negocio jurídico ni siquiera se estipuló fecha exacta para el desembolso por los conceptos ya indicados, lo que deja entrever que no resulta procedente solicitar a título de perjuicios, el valor de intereses moratorios tal como lo hizo la parte actora, pues queda claro que ante la ausencia de una obligación preexistente, resulta imposible solicitar los mismos.

⁹ Sala Civil-Sentencia 00161 del 13 de mayo de 2010. M.P Edgardo Villamil Portilla.

Ahora bien, una vez advertido que lo único que podría solicitar la parte actora a título de indemnización sería la indexación del valor conformado por el crédito y las cesantías, pues tal como se señala en el escrito de demanda, *"Es de anotar que dicho dinero perdió poder adquisitivo, ya que el negocio se realizó en el mes de septiembre de 2011 por valor de \$70.000.000 y el dinero se recibió en su totalidad solo hasta el mes de septiembre de 2013..."*, se debe establecer si dicha indexación constituye o no un daño antijurídico, conforme a los elementos que la doctrina y la jurisprudencia nacional han establecido para efectos de que el mismo pueda estructurarse.

Pues bien, entendiendo que el daño antijurídico ha sido considerado como la afectación a un bien o interés legítimamente protegido, para el caso en estudio éste estaría constituido por el patrimonio de la demandante, frente a lo cual no se encuentra demostrado que el mismo hubiere resultado afectado, conforme pasa a exponerse.

La parte actora solicita a título de indemnización que, como consecuencia de la tardanza injustificada por parte del Fondo Nacional del Ahorro en el desembolso de los valores ya indicados, se condene a título de daño material en su modalidad de lucro cesante el valor de \$26.823.224,52 por concepto de intereses moratorios, y de 100 SMLMV por concepto de daño moral.

En lo que tiene que ver con el daño material, ha de señalarse, tal como se mencionó líneas atrás, que el mismo atenta contra bienes o intereses de contenido económico, los cuáles se clasifican en daño emergente y lucro cesante. En lo que respecta a esta última clasificación el mismo surge a partir de lo señalado en el artículo 1614 del C.C., el cual se refiere a la ganancia o provecho que deja de entrar en el patrimonio de la víctima como consecuencia de no haberse cumplido la obligación. De ahí que la doctrina lo haya concebido como los recursos económicos que no ingresarán en el patrimonio de la víctima (lucro cesante).

Ahora bien, para el caso en estudio se tiene entonces que al no existir obligación entre la demandante y el Fondo Nacional del Ahorro, y al no haberse estipulado fecha cierta para el desembolso del valor del crédito y de las cesantías, no puede hacerse referencia a que hubo incumplimiento alguno y mucho menos puede hacerse referencia a perjuicios derivados del mismo.

Por otro lado, admitiendo que el hecho dañoso se encuentra constituido por la tardanza en el desembolso por los conceptos ya indicados, no se advierte que se hubieren ocasionado perjuicios a

raíz del mismo. En efecto, si bien se alega un presunto lucro cesante a título de intereses moratorios, la verdad es que tal como ya se demostró, entre el Fondo Nacional del Ahorro y la demandante no existió relación contractual alguna de la cual se pudiera derivar obligación alguna entre estos dos sujetos, que para el caso sería el desembolso del crédito y de las cesantías en una fecha determinada, para efectos de que una vez llegado dicho momento sin que el Fondo Nacional del Ahorro hubiere efectuado el aludido desembolso, se pudiera constituir en mora hasta el momento en que cumpliera con dicho deber, pero como ello no ocurrió, pues no existió obligación en tal sentido, se tiene entonces que se hace imposible hablar de interés moratorios como presunto perjuicio ocasionado a la actora.

Al respecto, el artículo 1617 del C.C. establece, "Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes..."

Igualmente, no resulta procedente el reconocimiento de la indexación a título de perjuicio, toda vez que ni en el contrato de compraventa ni tampoco en el contrato de mutuo, se pactó fecha exacta para que el Fondo Nacional del Ahorro procediera con el desembolso del crédito y de las cesantías, lo que hace imposible poder determinar el valor histórico y el valor presente a efectos de proceder con su liquidación.

Distinto hubiere sido el panorama si se hubiere demostrado que como consecuencia de la tardanza en el desembolso, la actora dejó de reportar ganancias frustradas que esperaba que el inmueble produciría, como por ejemplo cuando se hubiere impedido su explotación comercial, o lo que el inmueble le hubiere producido durante el plazo que duró el desembolso, o los gastos en los que pudo incurrir por la mencionada tardanza.

Ahora, si bien es cierto que mediante escrito del 25 de enero de 2012 la señora Nidia Calderón le solicitó al señor Carlos Enrique Pachón que atendiendo a los términos del contrato de compraventa, según escritura pública de fecha 27 de septiembre de 2011, le cancelara los cánones de arrendamiento de los meses de noviembre y diciembre de 2011, así como del mes de enero de 2012, lo cierto es que no se cuenta con las pruebas suficientes que así lo demuestren, y en caso de que se contara con las mismas, se tiene que la parte actora no lo solicitó como perjuicio padecido por la actora.

Lo anterior, deja entrever que frente al asunto en estudio no se afectó el bien jurídico tutelado, que para el caso en estudio corresponde al patrimonio de la demandante, requisito indispensable para que se pueda hablar de daño antijurídico; razón por la cual se advierte entonces que el A quo erró al haber encontrado demostrado un daño antijurídico cuando lo cierto es que el mismo no se configuró, situación que hacía innecesario continuar con el análisis de imputabilidad.

Finalmente, y aun cuando el tema del daño moral no fue abordado por el juez de instancia, ha de señalarse que, tal como se mencionó líneas atrás, si bien la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido esta tipología en asuntos que sobresalen del círculo familiar del fallecido, evento en los cuales ha de probarse el dolor, la angustia o la zozobra padecida por el hecho dañoso, situación que no fue demostrada por la parte actora.

Conforme a lo anterior, la Sala procederá a confirmar la decisión del juez de primera instancia pero por las razones antes expuestas.

3.3. De las costas y agencias en derecho.

En la actualidad, para los procesos contencioso administrativos, es aplicable el artículo 188 del CPACA, el cual dispone que *"Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil"*.

En cuanto a la procedencia, si bien en la Ley 1437 del 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, que refiere a la facultad del juez de analizar la conducta asumida por las partes, no puede considerarse que la condena en costas opere de manera automática para el vencido en el proceso, pues a efectos de imponerla, el funcionario judicial deberá analizar si se causaron, situación que deberá ser examinada en cada caso.

Para tal efecto, el artículo 365 del CGP trae dos reglas que deben ser examinadas: el numeral 5 dispone que *"... en caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión"*; y el numeral 8, que señala que *"... sólo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación"*.

Conforme a la actual interpretación que sobre las costas es acogida por la Sección Segunda del Consejo de Estado, el artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo entrega al Juez la facultad de disponer sobre su condena, lo cual debe emerger del estudio de distintos aspectos dentro de la actuación procesal, tales como la conducta de las partes, y que principalmente aparezcan causadas y comprobadas.

Por ello, se ha concluido que el actual criterio es objetivo-valorativo. Al respecto, cabe la siguiente referencia jurisprudencial:

"Esta Subsección tuvo la oportunidad de sentar posición sobre la condena en costas en vigencia del CPACA¹⁰. En aquella oportunidad se concluyó lo siguiente:

a) El legislador introdujo un cambio sustancial respecto de la condena en costas, al pasar de un criterio "subjetivo" -CCA- a uno "objetivo valorativo" -CPACA-.

b) Se concluye que es "objetivo" porque en toda sentencia se "dispondrá" sobre costas, es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del CGP.

c) Sin embargo, se le califica de "valorativo" porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas se causaron y en la medida de su comprobación. Tal y como lo ordena el CGP, esto es, con el pago de gastos ordinarios del proceso y con la actividad del abogado efectivamente realizada dentro del proceso. Se recalca, en esa valoración no se incluye la mala fe o temeridad de las partes.

d) (...)".¹¹

En el *sub lite*, la Sala encuentra que el recurso de apelación promovido por la parte actora fue resuelto desfavorablemente, por lo que, atendiendo las reglas ya examinadas sobre el destinatario de la condena en costas, procedería su imposición en abstracto en contra de aquella. No obstante, una vez revisado el expediente se advierte que en el trámite de la segunda instancia no se acreditó la participación activa del apoderado de la parte demandada, lo que lleva a concluir que no se causaron agencias en derecho en esta instancia.

¹⁰ Al respecto ver sentencias de 7 de abril de 2016, proferidas por la Subsección "A" de la Sección Segunda, C.P. William Hernández Gómez, Expedientes: 4492-2013, Actor: María del Rosario Mendoza Parra y 1291-2014, Actor: José Francisco Guerrero Bardi.

¹¹ Sección Segunda-B. MP.Dr. William Hernández Gómez. Sentencia del 18 de enero de 2018. Expediente: 44-001-23-33-000-2014-90035-01. N.º Interno: 1575-2016.

III. DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala de Decisión No. 1 del Tribunal Administrativo de Boyacá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Administrativo Sección Única Oral de Descongestión de Duitama, el día veinticuatro (24) de octubre de dos mil catorce (2014), que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- Sin condena en costas.

TERCERO.- En firme esta providencia, por Secretaria comuníquese a las partes en la forma prevista en el artículo 203 del CPACA, y cumplido lo anterior, devuélvase el expediente a la oficina de reparto de los Juzgados Administrativos de Duitama para lo pertinente y de ello déjese registro en el Sistema Único de Información de la Rama Judicial "Justicia Siglo XXI".

El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en la Sala de Decisión No. 1 según consta en acta de la fecha.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE


FABIO IVÁN AFANADOR GARCÍA
Magistrado

Ausente Con Permiso

CLARA ELISA CIFUENTES ORTÍZ **LUIS ERNESTO ARCINIEGAS TRIANA**
Magistrada Magistrado

dago

TRIBUNAL ADMINISTRATIVO
DE BOYACA

NOTIFICACION POR ESTADO

El auto anterior se notifica por estado

No. 72 de hoy, 09 MAY 2018

EL SECRETARIO

