



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO SESENTA Y CUATRO (64)
ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL
CIRCUITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SECCIÓN
TERCERA**

JUEZ	ALVARO CARREÑO VELANDIA
MEDIO DE CONTROL:	REPARACIÓN DIRECTA
RADICACION No.:	1100133430 64 -2016 00128- 00
DEMANDANTE:	FERNEY BARRAGAN GIRON Y OTRO
DEMANDADO:	NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
ASUNTO	SENTENCIA

Bogotá D.C. siete (7) de febrero de dos mil veinte (2020)

**REPARACIÓN DIRECTA
SENTENCIA No. 05**

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Surtido el trámite procesal sin que se observe causal de nulidad que invalide lo actuado, procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia, en el proceso de la referencia.

1.- ANTECEDENTES

1.1.- LA DEMANDA

El 04 de septiembre de 2015 los señores FERNEY BARRAGAN GIRON Y JAIR FERNANDO BARRAGAN GIRON, actuando en nombre propio por conducto de apoderado judicial presentaron demanda en ejercicio del medio de control de reparación directa contra de la NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN a efectos de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas:

- Declarar la responsabilidad patrimonial de la Nación –Fiscalía General de la Nación por los perjuicios ocasionados a los señores FERNEY BARRAGAN GIRON Y JAIR FERNANDO BARRAGAN GIRON como consecuencia de los daños antijurídicos ocasionados ante el defectuoso funcionamiento de la administración judicial contenido en el decreto de la medida cautelar y/o embargo del inmueble distinguido en el folio de matrícula inmobiliaria con el No. 370-449737, ubicado en la calle 34 No.34-12/28/42 apartamento 102 Torre C, conjunto residencial la Primavera I etapa, en Cali-Valle del Cauca realizada desde el 14 de

septiembre de 1999 al 21 de octubre de 2014, fecha en la que fue cancelada por orden del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá

-Que a consecuencia de la anterior declaración, se condene a La Nación-Fiscalía General de la Nación por los siguientes conceptos:

Perjuicio material-lucro cesante: Ochenta y nueve millones setecientos doce mil ciento setenta y cuatro pesos (\$89.712.174)

Indexación ciento veinte millones ciento noventa y un mil cuatrocientos diez pesos con ochenta y un centavos (\$120.191.410)

Perjuicios morales: Cien (100) salarios mínimos mensuales legales al momento de la ejecutoria de la providencia para cada uno de los demandantes.

-Que el valor de toda la indemnización acordada se liquide con el respectivo ajuste monetario.

1.2.- HECHOS

Se resumen los hechos narrados por la parte demandante (fls. 121 a 128) de la siguiente manera:

- Manifestaron que el inmueble ubicado en la calle 34 No. 34/12/28/42 apartamento 102 Torre C Conjunto Residencial la Primavera I Etapa distinguido con el número de matrícula inmobiliaria 370-449737 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali es de su propiedad.
- Señalaron que la Fiscalía General de la Nación a través de oficio 611E.D. del 14 de septiembre de 1999 inscribió medida cautelar y embargo sobre el referido inmueble, a su juicio pretermitiendo ejercer actos de señor y dueño sobre el mencionado inmueble desde el mes de septiembre de 1999, mes y año en el que el inmueble se dio en arrendamiento por un valor equivalente a \$300.000 pesos mensuales.
- Mediante Resolución del 25 de mayo de 1999 proferida por la Fiscalía

16 de la Unidad Nacional para la extinción del Derecho de Dominio y contra el lavado de activos, con sede en Bogotá, se inició acción de extinción de dominio, la cual fue adicionada a través de la Resolución No. 10 de septiembre de 1999, disponiendo vincular varios bienes, respecto de los que ordenó el embargo, secuestro y consecuente suspensión del poder dispositivo.

- Expusieron que en cumplimiento de las decisiones antes relacionadas se emitió el Oficio No. 6114E.D. del 14 de septiembre de 1999, con el fin que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali registrara las medidas cautelares, sin embargo incluyó el inmueble que era de su propiedad.
- Resaltaron que en ninguno de los pronunciamientos proferidos fue vinculado el bien identificado con la matrícula inmobiliaria No. 370.449737.
- Indicaron que el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado por auto del 20 de octubre de 2014 corrigió el error y dispuso oficiar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali para cancelar la medida cautelar que aparece registrada en la anotación No. 7 del folio de matrícula inmobiliaria 370-449737.
- Sostuvieron que a la fecha de cancelación de la medida cautelar, la demandada debe ochenta y nueve millones setecientos doce mil ciento setenta y cuatro pesos \$89.712.174, lo cual adujeron corresponde al lucro cesante.
- A su juicio la Fiscalía General de la Nación debe indexar la anterior suma, ascendiendo a la suma de ciento veinte millones ciento noventa y un mil cuatrocientos diez pesos con noventa y un centavos \$120.090.410.91 causados desde el mes de septiembre de 1999 al mes de octubre de 2014.

1.3.- CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1.3.1. Nación –Fiscalía General de la Nación: No contestó la demanda tal y se consignó en el auto calendado 09 de diciembre de 2016 (fl. 185)

1.4.- TRÁMITE PROCESAL

La demanda fue presentada el 04 de septiembre de 2015 ante los juzgados administrativos de la ciudad de Cali, correspondiéndole al Juzgado 15 Administrativo de esa ciudad (fl. 137), quien resolvió remitirlo por competencia mediante auto del 22 de septiembre de 2015 (fls. 139 y 140) correspondiéndoles a este Despacho (fl. 151).

Por auto del 25 de abril de 2016, se admitió (fl. 153 a 155) disponiendo su notificación a la parte demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (fls. 156 a 165).

El 11 de mayo de 2017 se llevó a cabo la audiencia inicial de que trata el artículo 180 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 188 a 193), en la cual se fijó el litigio en los siguientes términos:

"(...) la fijación del litigio se centra en establecer si el Estado a través del NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, es responsable administrativa y extracontractualmente de los perjuicios presuntamente ocasionados a la parte demandante por el decreto de la medida cautelar (embargo) del inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria No. 370-449737 ubicado en la calle 34 No. 34/28/42 apartamento 102 Torre C-Conjunto Residencial la Primavera I Etapa Cali-Valle y en consecuencia determinar si existe lugar a condena por tal evento, si hay lugar al reconocimiento y pago de los perjuicios solicitados o si se configura un eximente de responsabilidad"

El 28 de mayo de 2019 se llevó a cabo la audiencia de pruebas de que trata el artículo 1801 de la Ley 1437 de 2011 (fls. 354 a 356) y se convocó a las partes para que aportaran sus escritos de alegatos de conclusión.

1.5.- ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

A la convocatoria realizada a las partes en audiencia de pruebas calendada el 28 de mayo de 2019 acudieron así:

1.5.1. Parte demandante (fls. 357 a 362)

Reiteró los argumentos expuestos en la demanda, aseverando que ante la inexistencia de una orden judicial emanada de la Fiscalía 16 de la Unidad Nacional para la Extinción del Dominio y Contra el Lavado

de Activos, lo que a su juicio derivó a un daño a los demandantes que no están en la obligación de soportar.

1.5.2. Parte demandada-Fiscalía General de la Nación (fls. 363 a 370)

Se opuso a la prosperidad de las pretensiones indicando que las pruebas documentales aportadas al expediente no demuestran el carácter de cierto de los perjuicios reclamados, por el presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Argumentó que no se evidencia de acuerdo con las anotaciones No. 7 y 10 del folio de matrícula inmobiliaria No. 370-44737 entre el 15 de septiembre de 1999, fecha de registro de la medida cautelar ordenada sobre dicho inmueble y el 21 de octubre de 2014, fecha de la inscripción de la cancelación de la misma, que los señores Ferney Barragán Girón y Jair Fernando Barragán Girón hubieran sido desprendidos de su patrimonio impidiéndoles ejercer actos de señor y dueño.

En este entendido, adujo que no se demostró el menoscabo o la real afectación del disfrute o el usufructo del inmueble en cuestión, como uno de los atributos de la propiedad, pues como informa en el hecho segundo desde el mes de septiembre de 1999 el inmueble en mención fue dado en arriendo por el valor de \$300.000 mensuales; por lo que en su concepto no puede reclamarse suma alguna por este concepto.

Concluyó que no se acreditó que en virtud de la medida cautelar impartida se hubiera efectivizado la ocupación del inmueble por la DNE; por lo tanto no se acreditó que en virtud de la medida cautelar impartida se hubiera efectivizado la ocupación del inmueble por la DNE, por lo que no se demostró el disfrute sobre el bien.

2.- CONSIDERACIONES

2.1.- Competencia

Este Despacho es competente para decidir la presente controversia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 155, numeral 6° y 156 numeral 6° del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, tal como se indicó en el auto admisorio de la demanda.

2.2.- Del problema jurídico

Se concreta en dilucidar si en el caso concreto la NACIÓN FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN debe responder patrimonialmente por los perjuicios que reclama la parte demandante señores FERNEY BARRAGAN GIRON Y JAIR FERNANDO BARRAGAN GIRON con ocasión del presunto defectuoso funcionamiento de la administración de justicia acaecido con la expedición de la medida cautelar y/o embargo del inmueble distinguido en el folio de matrícula inmobiliaria con el No.370-449737, ubicado en la calle primavera I Etapa en la ciudad de Cali realizada desde el 14 de septiembre de 1999 al 21 de octubre de 2014.

2.3.- Material probatorio

Obran como pruebas relevantes para resolver el presente asunto las siguientes:

- Certificado de tradición matrícula inmobiliaria No. 370-449737 expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali (fls. 116 a 19).
- Copia de las providencias expedidas por la Dirección Nacional de Fiscalías Unidad Nacional para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos el 10 de septiembre de 1999 en la que se inició de manera oficiosa la acción de extinción de dominio sobre los bienes de propiedad de PHANOR ARIZABALETA ARZAYUS (fls. 259 a 262).
- Oficio No. 6114 E.D. del 14 de septiembre de 1999 suscrito por la Unidad Nacional de Fiscalía para la Extinción del Derecho de Dominio y Contra el Lavado de Activos dirigido al Registrador de Instrumentos Públicos de Santiago de Cali, relacionado como uno de los bienes objeto de medida cautelar el identificado con matrícula inmobiliaria No. 370-449737 (fl. 263 y 264).
- Copia del auto proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá (fls. 45 a 47) en la cual se dispuso cancelar la suspensión del poder dispositivo sobre el bien inmueble con matrícula inmobiliaria No. 370-449737 (fl. 219 a 262)

2.4. Marco Jurídico y Jurisprudencial

3.1. De la responsabilidad del Estado por la acción u omisión de sus agentes judiciales

La responsabilidad del Estado por las actuaciones u omisiones de sus agentes judiciales están consagrada en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 y es del siguiente tenor literal:

"ARTÍCULO 65. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de sus agentes judiciales.

"En los términos del inciso anterior el Estado responderá por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por el error jurisdiccional y por la privación injusta de la libertad."

De forma concreta la norma en comento en su artículo 69 se refirió al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como *" Fuera de los casos previstos en los artículos 66 y 68 de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación"*

De otra parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado se refirió a este título de imputación, indicando sobre el particular que:

*"En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habría que decir que éste, a diferencia del error judicial, **se produce en las actuaciones judiciales –distintas a la expedición de providencias– necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de estas últimas**. Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Pueden provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales; en efecto, en relación con las acciones u omisiones de estos últimos particulares, colaboradores de la justicia, el Consejo de Estado ha señalado que, cuando con unas u otras se causen daños antijurídicos, se deriva la obligación a cargo del Estado de indemnizar los perjuicios. (...) ese detrimento debe ser acreditado, no sólo porque no siempre la falla en la prestación del servicio de administración de justicia genera un daño antijurídico sujeto a resarcimiento, sino porque, aun cuando no es un elemento suficiente para construir la imputabilidad que se pretende, es a*

partir del mismo que el análisis de la falla alegada por quien demanda y la relación de causalidad cobran importancia, porque "si no hubo daño o no se puede determinar o no se le pudo evaluar, hasta allí habrá de llegarse; todo esfuerzo adicional, relativo a la autoría y a la calificación moral de la conducta del autor resultará necio e inútil. (...)"¹

Se concluye de lo anterior que el **defectuoso funcionamiento de la administración de justicia**, se genera en el curso de un proceso judicial pero sin que provenga de una providencia, sin embargo no cualquier error podrá ser indemnizable, sólo aquel que acredite el daño a un tercero.

Así las cosas, el título de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia se debe abordar como un régimen subjetivo de responsabilidad estatal, sometido a la demostración de una falla del servicio de la Administración de Justicia al llevar a cabo un procedimiento contrario a la ley, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que se acusa, el daño antijurídico producto de dicho error como consecuencia lógica la falla. Por esta razón corresponderá a la parte actora demostrar los tres elementos axiológicos, falla, daño y nexo causal, para poder estructurar la responsabilidad administrativa endilgada.

3.2.- Caso concreto

De conformidad con lo desarrollado en precedencia se abordará el estudio del sub lite a la luz del título de imputación de falla en el servicio, conforme con los planteamientos de responsabilidad efectuados por la parte actora a la entidad enjuiciada, y lo indicado en el marco jurídico y jurisprudencial, por tanto para que en esta instancia prosperen las súplicas de la demandante, deberá establecerse los siguientes presupuestos;

- El daño, lesión o perturbación a un bien protegido por el derecho.
- Una falla del servicio, por acción, omisión, retardo o ineficiencia del mismo.
- Un vínculo de causa efecto entre la falla y el daño.

¹Sentencia del Consejo de Estado Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá, D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001-23-31-000-2006-00871-01(36634) Actor: LUIS ARMANDO CARPIO CAICEDO Demandado: NACION - RAMA JUDICIAL - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA - FISCALIA GENERAL DE LA NACION Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA

El Daño Antijurídico

Jurisprudencialmente, se ha entendido el daño antijurídico como "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"; o también se ha entendido como el daño que se produce a una persona a pesar de que "el ordenamiento jurídico no le ha impuesto a la víctima el deber de soportarlo, es decir, que el daño carece de "causales de justificación"².

En este orden de ideas, se tiene que el daño como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, debe "estar cabalmente estructurado, **razón por la cual se torna imprescindible acreditar que satisface los siguientes requisitos:** i) debe ser antijurídico, esto es, que la persona no tenga el deber jurídico de soportarlo, ii) debe lesionar un derecho, bien o interés protegido por el ordenamiento legal y iii) debe ser cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente; por ende, no puede limitarse a una mera conjetura. (...) como quiera que la antijuricidad del daño es el primer elemento de la responsabilidad, una vez verificada su existencia se debe determinar si es imputable o no a la entidad demandada; por tanto, le corresponde al juez constatar el daño como entidad, como violación a un interés legítimo, valorar si es o no antijurídico y, una vez estructurado como tal, analizar la posibilidad de imputación o no a la entidad demandada. **Si el daño no está acreditado, se torna inoficioso el estudio de la responsabilidad, por más que se encuentre acreditada alguna falla o falta en la prestación del servicio por parte de la Administración**"³

Bajo esta óptica, vale resaltar que el Máximo Tribunal Contencioso Administrativo en un reciente pronunciamiento se refirió a los elementos estructurales del daño, indicando en esta oportunidad que⁴:

"(...) los elementos constitutivos del daño son: (1) la certeza del daño; (2) el carácter personal, y (3) directo. El carácter cierto, como elemento constitutivo del daño se ha planteado

² Sentencia del 2 de marzo de 2000, expediente 11945.

³ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SUBSECCION A Consejero ponente: CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA Bogotá D.C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil quince (2015) Radicación número: 76001-23-31-000- 2008-00974-01(38522) Actor: OMAR DE JESÚS CORTÉS SUÁREZ Y OTRA Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

⁴ CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN C Consejero ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA veintiséis (26) de abril de dos mil diecisiete (2017). Radicación número: 25000-23-26-000-2005-02096-01(41359).

por la doctrina tanto colombiana como francesa, como aquel perjuicio actual o futuro, a diferencia del eventual⁵. En efecto, el Consejo de Estado, ha manifestado que para que el daño pueda ser reparado debe ser cierto⁶⁻⁷, esto es, no un daño genérico o hipotético sino específico, **cierto: el que sufre una persona determinada en su patrimonio:**

*"[...] tanto doctrinal como hipotéticamente ha sido suficientemente precisado que dentro de los requisitos necesarios para que proceda la reparación económica de los perjuicios materiales, **es indispensable que el daño sea cierto: es decir, que no puede ser eventual, hipotético, fundado en suposiciones o conjeturas;** aunque no se opone a dicha certeza la circunstancia de que el daño sea futuro. **Lo que se exige es que no exista duda alguna sobre su ocurrencia**"*⁸.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización⁹. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual¹⁰.

La existencia es entonces la característica que distingue al daño cierto, pero, si la existencia del daño es la singularidad

⁵ CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.507.

⁶ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 1994, expediente 8998.

⁷ Sección Tercera, sentencia de 19 de octubre de 1990, expediente 4333.

⁸ Salvamento de voto del Consejero de Estado Joaquín Barreto al fallo del 27 de marzo de 1990 de la Plenaria del Consejo de Estado, expediente S-021.

⁹ CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

¹⁰ HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

de su certeza no se debe sin embargo confundir las diferencias entre la existencia del perjuicio y la determinación en su indemnización¹¹. De igual forma, para que el daño se considere existente es indiferente que sea pasado o futuro, pues el problema será siempre el mismo: **probar la certeza del perjuicio, bien sea demostrando que efectivamente se produjo, bien sea probando que, el perjuicio aparezca como la prolongación cierta y directa de un estado de cosas actual**¹²." Resalta el Juzgado

Vistas así las cosas, se reitera la vital importancia del presupuesto daño, como primer requisito a evaluar dentro del juicio de responsabilidad civil extracontractual, dado que su ausencia haría inane el estudio de los demás elementos; así entonces en cuanto a los requisitos para acreditar este, resulta indispensable hacer referencia a la certeza de su ocurrencia, por el cual no podrá tratarse de un daño eventual o hipotético, pues por el contrario quien lo alegue deberá llevar a la Judicatura al pleno convencimiento del perjuicio sufrido y que busca ser resarcido.

En este contexto vale enfatizar que el Consejo de Estado en la providencia antes transcrita, no sólo se refirió al daño propiamente dicho sino también al daño antijurídico, toda vez que sólo este último tiene la virtualidad de ser indemnizado, así las cosas, en dicha oportunidad sostuvo que:

"... daño antijurídico es aquél que la persona no está llamada a soportar puesto que no tiene fundamento en una norma jurídica, o lo que es lo mismo, es aquel que se irroga a pesar de que no exista una ley que justifique o imponga la obligación de soportarlo.

El daño antijurídico comprendido desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual¹³ y del

¹¹ CHAPUS. "Responsabilité Publique et responsabilité privée"., ob., cit., p.403. En el mismo sentido el profesor CHAPUS ha manifestado "lo que el juez no puede hacer, en ausencia de la determinación del perjuicio, es otorgar una indemnización que repare, y ello por la fuerza misma de las cosas, porque la realidad y dimensión del perjuicio son la medida de la indemnización. Pero bien puede reconocer que la responsabilidad se compromete cuando la existencia del perjuicio se establece, sin importar las dudas que se tengan acerca de su extensión exacta".

¹² HENAO, Juan Carlos, El Daño- Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p.131

¹³ PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", en Anuario de Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, No.4, 2000, p.185. "[...] el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad

Estado, impone considerar dos componentes: a) el alcance del daño como entidad jurídica, esto es, "el menoscabo que a consecuencia de un acaecimiento o evento determinado sufre una persona ya en sus bienes vitales o naturales, ya en su propiedad o en su patrimonio"¹⁴; o la "lesión de un interés o con la alteración "in pejus" del bien idóneo para satisfacer aquel o con la pérdida o disponibilidad o del goce de un bien que lo demás permanece inalterado, como ocurre en supuestos de sustracción de la posesión de una cosa"¹⁵; y, b) aquello que derivado de la actividad, omisión, o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea "irrazonable"¹⁶, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos¹⁷; y, iii) porque no encuentra sustento en la prevalencia, respeto o

patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo". MARTIN REBOLLO, Luis. "La responsabilidad patrimonial de la administración pública en España: situación actual y nuevas perspectivas", en BADELL MADRID, Rafael (Coord). Congreso Internacional de Derecho Administrativo (En Homenaje al PROF. LUIS H. FARIAS MATA). Caracas, Universidad Católica Andrés Bello, 2006, pp.278 y 279. Martín Rebollo se pregunta: "¿Cuándo un daño es antijurídico? Se suele responder a esta pregunta diciendo que se trata de un daño que el particular no está obligado a soportar por no existir causas legales de justificación en el productor del mismo, esto es, en las Administraciones Públicas, que impongan la obligación de tolerarlo. Si existe tal obligación el daño, aunque económicamente real, no podrá ser tachado de daño antijurídico. Esto es, no cabrá hablar, pues, de lesión".

¹⁴ LARENZ. "Derecho de obligaciones", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁵ SCONAMIGLIO, R. "Novissimo digesto italiano", citado en DÍEZ PICAZO, Luis. Fundamentos de derecho civil patrimonial. La responsabilidad civil extracontractual. T.V. 1ª ed. Navarra, Thomson-Civitas, 2011, p.329.

¹⁶ PANTALEON, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.186. "[...] que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas".

¹⁷ MILL, John Stuart, Sobre la libertad, 1ª reimp, Alianza, Madrid, 2001, pp.152 y 153. "Cuál es entonces el justo límite de la soberanía del individuo sobre sí mismo? ¿Dónde empieza la soberanía de la sociedad? ¿Qué tanto de la vida humana debe asignarse a la individualidad y qué tanto a la sociedad? [...] el hecho de vivir en sociedad hace indispensable que cada uno se obligue a observar una cierta línea de conducta para con los demás. Esta conducta consiste, primero, en no perjudicar los intereses de otro; o más bien ciertos intereses, los cuales, por expresa declaración legal o por tácito entendimiento, deben ser considerados como derechos; y, segundo, en tomar cada uno su parte (fijada según un principio de equidad) en los trabajos y sacrificios necesarios para defender a la sociedad o sus miembros de todo daño o vejación".

consideración del interés general¹⁸, o de la cooperación social¹⁹.

En cuanto al daño antijurídico, la jurisprudencia constitucional señala que la "antijuridicidad del perjuicio no depende de la licitud o ilicitud de la conducta desplegada por la Administración sino de la no soportabilidad del daño por parte de la víctima"²⁰. (...)

Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable²¹, anormal²² y

¹⁸ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando. La cláusula constitucional de la responsabilidad del Estado: estructura, régimen y principio de convencionalidad como pilares en su construcción, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2013.

¹⁹ RAWLS, John, Liberalismo político, 1ª ed, 1ª reimp, Fondo de Cultura Económica, Bogotá, 1996, p.279. Este presupuesto puede orientar en lo que puede consistir una carga no soportable, siguiendo a Rawls: "la noción de cooperación social no significa simplemente la de una actividad social coordinada, organizada eficientemente y guiada por las reglas reconocidas públicamente para lograr determinado fin general. La cooperación social es siempre para beneficio mutuo, y esto implica que consta de dos elementos: el primero es una noción compartida de los términos justos de la cooperación que se puede esperar razonablemente que acepte cada participante, siempre y cuando todos y cada uno también acepte esos términos. Los términos justos de la cooperación articulan la idea de reciprocidad y mutualidad; todos los que cooperan deben salir beneficiados y compartir las cargas comunes, de la manera como se juzga según un punto de comparación apropiado [...] El otro elemento corresponde a "lo racional": se refiere a la ventaja racional que obtendrá cada individuo; lo que, como individuos, los participantes intentan proponer. Mientras que la noción de los términos justos de la cooperación es algo que comparten todos, las concepciones de los participantes de su propia ventaja racional difieren en general. La unidad de la cooperación social se fundamenta en personas que aceptan su noción de términos justos. Ahora bien, la noción apropiada de los términos justos de la cooperación depende de la índole de la actividad cooperativa misma: de su contexto social de trasfondo, de los objetivos y aspiraciones de los participantes, de cómo se consideran a sí mismos y unos respecto de los demás como personas".

²⁰ Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003. Así mismo, se considera: "El artículo 90 de la Carta, atendiendo las (sic) construcciones jurisprudenciales, le dio un nuevo enfoque normativo a la responsabilidad patrimonial del Estado desplazando su fundamento desde la falla del servicio hasta el daño antijurídico. Ello implica la ampliación del espacio en el que puede declararse la responsabilidad patrimonial del Estado pues el punto de partida para la determinación de esa responsabilidad ya no está determinado por la irregular actuación estatal – bien sea por la no prestación del servicio, por la prestación irregular o por la prestación tardía- sino por la producción de un daño antijurídico que la víctima no está en el deber de soportar, independientemente de la regularidad o irregularidad de esa actuación". Corte Constitucional, sentencia C-285 de 2002. PANTALEÓN, Fernando. "Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)", ob., cit., p.168. Debe advertirse que revisada la doctrina de la responsabilidad civil extracontractual puede encontrarse posturas según las cuales "debe rechazarse que el supuesto de hecho de las normas sobre responsabilidad civil extracontractual requiera un elemento de antijuridicidad (sic)".

²¹ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

²² Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente 12166. "por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio".

que se trate de una situación jurídicamente protegida²³.

Resalta la Sala.

Se infiere de la cita jurisprudencial en comentario que la existencia del daño antijurídico estará sujeta a la acreditación del deterioro que sufra una persona en sus bienes jurídicos y/o patrimoniales, como consecuencia de una acción u omisión de un Agente Estatal, siempre y cuando no este llamado a soportarlo; de ahí entonces que se resalte que de llegarse a establecer que es una carga que debe soportar el administrado no podrá señalarse ilicitud alguna al respecto y en consecuencia no será objeto de reparación.

En este entendido las características de antijurídico del daño se ahondarán, de manera conjunta a los elementos para la existencia del daño propiamente dicho, como lo son la certeza y determinación, los cuales conforme avanza este análisis se coligen como imprescindibles para que exista el máximo presupuesto de la responsabilidad.

Consonante con lo expuesto, el Consejo de Estado concretó el tema de la evaluación del daño indemnizable así²⁴

"... Entonces, la Sala recuerda que para que un daño sea antijurídico y, por ende, indemnizable, es indispensable verificar ex ante la configuración de los elementos que lo estructuran, es decir, que sea cierto²⁵, real²⁶, determinado o determinable²⁷ y protegido jurídicamente²⁸. En síntesis, estos elementos parten de la premisa

²³ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente 1999-02382 AG.

²⁴ SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCIÓN TERCERA SUBSECCIÓN B Consejero ponente: RAMIRO PAZOS GUERRERO Bogotá, D.C., **treinta (30) de marzo de dos mil diecisiete (2017)** Radicación número: 20001-23-31-000-2009-00037-01(41900) Actor: FILOMENA NORIEGA RIAÑO Y OTROS

Demandado: NACIÓN - RAMA JUDICIAL - DIRECCIÓN EJECUTIVA DE ADMINISTRACIÓN JUDICIAL

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, sentencia del 10 de abril de 2010, exp. 18878, reiterada en sentencia del 1 de febrero de 2012, exp. 20505, C.P. Olga Mélida Valle de la Hoz.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 10 de agosto de 2001, exp. 12555, C.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez.

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 3 de febrero de 2010, exp. 18425, C.P. Ruth Stella Correa Palacio; sentencia del 19 de mayo de 2005, exp. 2001-01541 AG, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de junio 2005, exp. 1999-02382 AG, C.P. María Elena Giraldo Gómez.

según la cual, la antijuridicidad del daño no se concreta solo con la verificación de la lesión de un derecho o de un interés legítimo, sino con los efectos derivados de la lesión que inciden en el ámbito patrimonial o extrapatrimonial, los cuales son injustamente padecidos por la víctima²⁹. (...)” Resalta el Despacho.

Al descender al análisis del caso concreto advierte el Juzgado que se encuentra plenamente probado que los señores Ferney Barragán Girón y Jair Fernando Barragán Girón adquirieron el 20 de septiembre de 1996 el bien inmueble ubicado en calle 34 No. 3442 apartamento 102 torre C Conjunto Residencial la Primavera I Etapa, y que sobre dicho bien el 15 de septiembre de 1999 se decretó por cuenta de la Fiscalía General de la Nación, la medida cautelar de suspensión del poder dispositivo, medida cancelada el 21 de octubre de 2014 por orden del Juzgado 02 Penal Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá, según se desprende del certificado de tradición matricula inmobiliaria No. 370-449737 expedido por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali (fls. 16 a 19).

Aunado con lo ya descrito, del material probatorio aportado al plenario se logró establecer que la Fiscalía Unidad Nacional para la Extinción del Derecho del Dominio y contra el Lavado de Activos inició de forma oficiosa la acción de extinción del derecho de dominio sobre los bienes de propiedad de PHANOR ARIZABALETA ARZAYUS, razón por la que decretó la ocupación y consecuente suspensión del poder dispositivo de los bienes propiedad de esta, sus familiares, colaboradores y sociedades en las que hiciera parte (fls. 219 a 262).

Sin embargo, del material probatorio no se evidencia la existencia de orden alguna en contra de los señores Ferney Barragán Girón y Jair Fernando Barragán Girón, o sobre su bien inmueble identificado con la matricula inmobiliaria No. 370-449737; no obstante la entidad enjuiciada a través del oficio No. 6114 E.D. del 14 de septiembre de 1999 remitió al Registrador de Instrumentos Públicos de Santiago de Cali, relación con el mencionado inmueble, inscribiendo la medida cautelar también sobre este. (fl. 263 y 264).

Situación que fue advertida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá (fls. 45 a 47)

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2014, exp. 31190, C.P. Ramiro Pazos Guerrero.

disponiendo en providencia del 20 de octubre de 2014 la suspensión del poder dispositivo en los siguientes términos:

"a efectos de corregir el yerro originado en el oficio No. 6114 E.D. de 14 de septiembre de 1999, y ante la inexistencia de una resolución de la Fiscalía que lo hubiese ordenado; se dispone oficiar a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Cali para que cancele la medida cautelar que aparece registrada en la anotación No. 7 del folio de matrícula inmobiliaria No. 3701-449737, y en su reemplazo registre la medida cautelar ordenada por la Fiscalía Delegada en la Resolución de 10 de septiembre de 1999, en el folio de matrícula inmobiliaria No. 370-448737 (...)"

Con lo anterior de marco, vislumbra el despacho que si bien no hay lugar a dudas sobre el error en el procedimiento llevado a cabo en el proceso de extinción del derecho de dominio, comoquiera que se comunicó a la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de la ciudad de Cali la medida de suspensión del poder dispositivo sobre un bien inmueble propiedad de quienes no hacían parte del trámite, es decir, sin estar debidamente sustentada en una orden judicial; vale decir que no reposa en el expediente prueba que permita inferir que los señores Ferney y Jair Fernando Barragán Girón no continuaran teniendo el uso o el disfrute del bien mientras duró la medida cautelar inscrita.

Así las cosas, las manifestaciones de la parte actora en el hecho séptimo del libelo introductorio referidas a que el inmueble objeto de estudio se encontraba en arriendo, no genera claridad alguna, pues no expresa que con motivo a la medida cautelar se haya desocupado por sus arrendatarios o que haya sido imposible ocuparlo por sus propietarios por la misma razón, y menos existe prueba al respecto.

Cabe resaltar que la inscripción de la suspensión del derecho dispositivo tuvo lugar el **15 de septiembre de 1999 y fue cancelada el 27 de octubre de 2014**, ante la orden del Juzgado Segundo Penal Especializado de Bogotá en providencia del 20 del mismo mes y año (fls. 16 a 19), es decir, aproximadamente 15 años después luego de estudiarse la petición de la parte actora, empero no hay acreditación sobre la fecha de radicación de la solicitud o del momento en que los demandantes tuvieron conocimiento efectivo de la inscripción de la medida cautelar, de ahí que se infiera que pese a la anotación en el registro de instrumentos públicos continuaron usando y/o disfrutando del bien, pues no de otra manera se explica el hecho de que el inmueble durara afectado por aproximadamente 15 años, sin que los

propietarios hubiesen elevado petición o intervenido ante la Fiscalía para invocar el levantamiento de la cautela.

A juicio del Despacho tal omisión constituye un indicio de que los dueños del predio ni siquiera se enteraron de la medida en ese lapso, luego no resulta creíble que no tuvieran la libre disposición del bien, y por consiguiente, que ese error en el registro por se les reportara un daño cierto que deba ser reparado.

Por otra parte si bien la norma que regía el procedimiento en análisis consagró en su artículo 15 de la Ley 333 de 1996 que con la suspensión del poder dispositivo se decretará la aprehensión y ocupación sobre el bien al que se le practique la extinción del derecho de dominio, no hay evidencia que tal diligencia se haya realizado, máxime cuando se requiere la plena identificación del bien y en consecuencia de haberlo efectuado se habría constatado el error cometido con antelación a la expedición del auto del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Extinción de Dominio de Bogotá.

En este entendido, se itera que no hay prueba suficiente para corroborar que los demandantes no continuaron con la tenencia y disfrute del inmueble y por ende, no se puede establecer el daño que se alega como causado.

Vale la pena recordar que le corresponde a la parte actora demostrar la existencia de los presupuestos de la responsabilidad civil extracontractual que demanda, y es que conforme lo establecido en el artículo 167 de nuestro Estatuto Procesal *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran un efecto jurídico que ellas persiguen"*, luego es precisamente a la parte accionante, en el caso que nos ocupa a quien le correspondía demostrar que el auto atacado por error judicial era ilegal.

Sobre la carga de la prueba, ha dicho el Consejo de Estado:

"La carga de la prueba, por regla general, se encuentra radicada en cabeza de la persona que pretende acreditar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen (art. 177 C.P.C.) (...) Esta carga procesal parte de una lógica común, y es aquella según la cual si la prueba documental se encuentra en poder de las partes, lo práctico y eficaz – en términos de economía procesal – es que los sujetos procesales alleguen junto con sus respectivos escritos de demanda y contestación, respectivamente, todos los documentos – que se

encuentren en su poder - y respecto de los cuales se pretenda un reconocimiento probatorio al interior de la litis (...)"³⁰

Así no basta con alegar el derecho, debe demostrarse el mismo a través de los distintos medios probatorios existentes y reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, razón por la cual según las imputaciones realizadas por la demandante al no encontrarse establecido la ocurrencia del daño imputable a la Nación Fiscalía General de la Nación, se denegaran las súplicas de la demanda.

3.4. Costas y agencias en derecho

El artículo 188 de la Ley 1437 y el artículo 366 de CGP regulan lo relativo a la fijación de agencias en derecho, y para ello acudirá a las tarifas fijadas en el Acuerdo No. PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 proferido por el Consejo Superior de la Judicatura.

Así, en materia de lo Contencioso Administrativa, las agencias en derecho se encuentran señaladas en el numeral 1 ordinal i fijándose para los procesos declarativos en general en primera instancia con cuantía, entre el 4% y el 10% de lo pedido.

Ahora bien, en concordancia con el artículo 2º del Acuerdo en mención, la determinación de las agencias *"tendrá en cuenta, dentro del rango de las tarifas mínimas y máximas establecidas por este acuerdo, la naturaleza, la calidad y la duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y demás circunstancias especiales directamente relacionadas con dicha actividad, que permitan valorar la labor jurídica desarrollada, sin que en ningún caso se puedan desconocer los referidos límites."*

Por lo anterior, el Despacho fija como agencias en derecho el cuatro por ciento (4%) del valor de las pretensiones de la demanda negadas en este fallo.

En mérito de lo expuesto, **el Juzgado Sesenta y Cuatro Administrativo de Oralidad del Circuito Judicial de Bogotá**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

³⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo- Sección Tercera. Sentencia del siete (7) de febrero de dos mil siete (2007). M.P. ALIER EDUARDO HERNANDEZ ENRIQUEZ. Exp. No. 17001-23-31-000-2005-00951-01(32805).

EXPEDIENTE No: 11001336064-2016-00128-00
REPARACION: SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA
DEMANDANTE: FERNEY BARRAGAN GIRON Y OTRO
DEMANDADO: NACIÓN-FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

FALLA:

PRIMERO: NEGAR las súplicas de la demanda, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante, y fijar como AGENCIAS EN DERECHO a favor de la parte demandada, el **cuatro por ciento (4%)** de las pretensiones de la demanda negadas en la sentencia.

TERCERO: La sentencia deberá notificarse en los términos 203 del CPACA.

CUARTO Contra la presente sentencia procede recurso de apelación, dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

QUINTO: ORDENAR la devolución del saldo de los gastos a la parte actora, si los hubiere.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ALVARO CARREÑO VELANDIA
Juez

A.V.C.