



TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE
Sincelejo, once (11) de agosto de dos mil dieciséis (2016)

SALA PRIMERA DE DECISIÓN

Magistrado ponente: CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

ASUNTO: SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA
RADICADO: 700013331-006-2013-00016-01
ACCIÓN: REPARACIÓN DIRECTA
DEMANDANTE: ZOROBEL DE JESÚS ROMERO MARTÍNEZ
DEMANDADO: NACIÓN- RAMA JUDICIAL (CORTE CONSTITUCIONAL, CONSEJO DE ESTADO Y TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE)- NACIÓN- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN- NACIÓN DEFENSORIA DEL PUEBLO.

OBJETO DE LA DECISIÓN.

Procede el Tribunal, a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 5 de febrero de 2016 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, desestimatoria de las súplicas de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1.1. LA DEMANDA¹.

En ejercicio del medio de control de reparación directa el señor **ZOROBEL DE JESÚS ROMERO MARTÍNEZ y OTROS²**, por conducto de apoderado judicial, presentaron demanda en contra de la **NACIÓN – RAMA JUDICIAL, PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN Y DEFENSORIA DEL PUEBLO**, formulando las siguientes, **PRETENSIONES:**

¹ Fls. 1-38 cuaderno No. 1

² Ver folio 1056-1060 cuaderno No. 5. Auto admisorio de la demanda.

Que se declare a la Nación – Rama Judicial (Tribunal Administrativo de Sucre, Consejo de Estado y Corte Constitucional) – Procuraduría General de la Nación- Defensoría del Pueblo responsables de los daños morales y materiales por haberles vulnerados los derechos a la igualdad, debido proceso, a la defensa, a participar en la conformación y ejercicio del control del poder político y ser elegido.

Que se condene a la indemnización del perjuicio material en favor de los demandantes en cuantía de 328.241.469 y por perjuicio moral la suma de 100 SMLMV para cada uno.

Que se condene en costas a las entidades demandadas incluyendo honorarios profesionales y la condena se profiera en concreto.

Como **SUPUESTO FÁCTICO** se narró en la demanda que:

El 28 de octubre de 2007 se realizaron las elecciones para concejales del municipio de Sincelejo entre otros. En ellas participó el señor Zorobel Jesús Romero como candidato a una curul. Los escrutinios se realizaron hasta el 4 de noviembre de 2007. Durante los escrutinios se presentaron muchas irregularidades que se pusieron en conocimiento de las autoridades competentes.

El día 3 de diciembre de 2007 el señor ZOROBEL ROMERO presentó demandada de Nulidad Electoral, en la que se pretendió la nulidad de la elección de Gustavo Adolfo Fuentes Herazo, porque fue favorecido de forma fraudulenta al momento de contabilizar los votos. Igualmente se solicitó la suspensión de la credencial de dicho concejal y que se le entregara la misma al accionante Zorobel Jesús Romero Martínez.

Las irregularidades que se presentaron durante el escrutinio fueron las siguientes:

En la mesa 30, de la zona 90, del puesto 1, en el Colegio Araujito, se registraron 30 votos y sólo se contabilizaron 6, es decir, 24 votos menos para Zorobel Romero.

En la mesa 10, de la zona 1, del puesto 3, en el Instituto Técnico Industrial se registran 10 votos y sólo se contabilizaron 7, es decir, 3 votos menos para Zorobel Romero.

En la mesa 4, de la zona 2, del puesto 1, en el Colegio Antonio Lenis, se registraron 2 votos y se contabilizaron 0 votos, es decir, 2 votos menos para Zorobel Romero.

En la mesa 12, de la zona 3, del puesto 3, de la Institución nacional Simón Araujo, se registra (1) un voto, se contabiliza 0 votos, es decir, 1 voto menos para Zorobel Romero.

La acción de Nulidad Electoral le correspondió por reparto al Tribunal Administrativo de Sucre, que el 28 de agosto de 2008 profirió sentencia en la que declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda.

La sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre fue apelada. Dentro del término del en segunda instancia, la Procuraduría General de la Nación conceptuó que se revocara la decisión de primera instancia y se negaran las pretensiones de la demanda, providencia en la cual se incurre en el error jurisdiccional por parte del Tribunal Administrativo por haber declarado una excepción que nunca fue alegada o propuesta por la parte demandada y que al Tribunal Administrativo de Sucre no le estaba dado declarar de oficio.

Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación. En el curso de la apelación la Procuraduría General de la Nación, conceptuó a través de la procuradora séptima delegada ante Consejo de Estado, solicitando que se decida el fondo del asunto negando las pretensiones de la demanda, con lo cual transgredió los derechos del demandante, puesto que debió solicitar se concedieran las pretensiones de la demanda.

El Consejo de Estado Sección Quinta en sentencia del 29 de abril de 2010, resolvió el recurso de apelación y revocó la sentencia de primera instancia en cuanto declaró probada la excepción de inepta demanda y se inhibió para pronunciarse sobre el fondo del asunto y en su lugar negó las pretensiones de la demanda, decisión que se comparte parcialmente en cuanto revocó la sentencia del Tribunal, pero que incurre en error judicial al entrar a resolver de manera oficiosa el fondo del asunto y deniega las pretensiones de la demanda, oficiosidad que no le esta permitida, pues esta es una justicia rogada, pues lo que se había pedido en el recurso era que se revocara la sentencia y se le devolviera el proyecto al Tribunal Administrativo, para que este como competente resolviera el fondo del asunto.

En vista de lo anterior se presentó acción de tutela por vía de hecho contra sentencia judicial, ante el Consejo de Estado. La Sección Primera del Consejo de Estado declaró improcedente la acción de tutela. Esta decisión fue impugnada; le correspondió a la Sección Segunda del Consejo de Estado que rechazó nuevamente la tutela.

El expediente de tutela radicado con el No. 2010-01190-01 fue enviado el 14 de abril de 2011 a la Secretaría General de la Corte Constitucional.

Por medio de oficios, le fue solicitado al señor Defensor del Pueblo, al Presidente de la Corte Constitucional y a cada uno de los magistrados de la Corte Constitucional, que seleccionaran la tutela para revisión.

El Defensor del Pueblo, el Presidente de la Corte Constitucional y cada uno de sus magistrados no solicitaron la Revisión del fallo de tutela.

La Corte Constitucional en su página web dio publicidad engañosa ya que manifiesta que cualquier ciudadano podía hacer solicitud de revisión de tutela y cuando lo hizo ZOROBEL ROMERO MARTÍNEZ, el mismo presidente negó el derecho que ellos mismos pregonan.

El señor Zorobel Romero incurrió en gastos de auditoria de escrutinios y honorarios de abogados, los cuales tuvo que hacer para intentar obtener justicia.

De la narración anterior, la parte actora considera que el hecho generador del daño para cada una de las entidades demandadas estriba en que:

Dijo el actor que al Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre incurrió error jurisdiccional, porque declaró probada de oficio una excepción que nunca fue alegada o propuesta por la parte demandada, y que no podía declarar de oficio; además, no tuvo en cuenta la sentencia C- 197 de 1999, menos que estaba frente a un derecho fundamental.

El Consejo de Estado que incurrió en error judicial, ya que de manera oficiosa, ilegal y equivocada resolvió de fondo el asunto y negó las pretensiones de la demanda. Esa oficiosidad no está permitida, puesto que la jurisdicción contencioso administrativa es una jurisdicción rogada, y lo que se había rogado en la sustentación de la apelación

fue la revocatoria de la sentencia del tribunal administrativo, y que el expediente regresara a este por ser el competente para decidir la demanda. La actuación del Consejo de Estado desconoció el principio constitucional de la doble instancia.

La Corte Constitucional no revisó el expediente de tutela, a pesar de que se le pidió a cada uno de sus magistrados. La Procuraduría General de la Nación incurrió en la omisión constitucional de vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, así como la de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario, en defensa de los derechos y garantías constitucionales, dado que al conceptuar en segunda instancia ante el Consejo de Estado, debió considerar todo el acervo probatorio y solicitar que se decidiese de fondo y se concedieran las pretensiones de la demanda. La Defensoría del Pueblo incurrió en omisión al no solicitar la Revisión del expediente de tutela.

1.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

1.2.1. LA NACION – RAMA JUDICIAL³

Frente a los hechos, señaló que era cierto que para el 28 de octubre de 2007 se realizaron las elecciones de alcalde, gobernadores, concejales y diputados, pero no aceptó que se hayan originado irregularidades durante los escrutinios.

Afirmó ser cierto que el señor Zorobel Romero presentó demanda de nulidad electoral y que esta le correspondió por competencia al Tribunal Administrativo de Sucre en primera instancia, profiriendo sentencia el 28 de agosto de 2008, en la que declaró de oficio la excepción de inepta demanda. Sentencia que fue apelada por la parte demandante, por lo que fue enviada a segunda instancia al Consejo de Estado, Corporación que el 29 de abril de 2010 revocó la sentencia de primera instancia que declaró probada la excepción de inepta demanda y se inhibió para fallar, y en su lugar negó las pretensiones de la demanda.

Que igualmente era cierto, que el señor Zorobel Romero presentó una acción de tutela contra el Tribunal Administrativo de Sucre y el Consejo de Estado por dichas sentencias, que fue negada por improcedente.

³ Folios 1135-1144 cuaderno No. 6.

Dijo que era cierto que la Procuraduría General de la Nación emite conceptos judiciales en los distintos procesos que cursan en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que pueden o no ser acogidos.

La Rama Judicial se opuso a las pretensiones de la demanda por existir ausencia total de relación causal entre la ocurrencia del hecho generador y el actuar de la entidad. En las razones de defensa expresó que en el caso no se configura un error jurisdiccional por la expedición de las sentencias dentro del proceso radicado No. 2007-00239-00, en razón a que tales providencias tienen su fundamento legal en el ordenamiento jurídico colombiano en materia contenciosa administrativa.

Formuló como excepciones la inexistencia de error jurisdiccional y la inexistencia del nexo de causalidad, dado que no se reúnen los presupuestos señalados en el artículo 67 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia para que se configure el error judicial, toda vez que no existe una actuación arbitraria o manifiestamente contraria a derecho. Afirmó que no existe nexo de causalidad entre los supuestos perjuicios causados a la parte demandante y las decisiones de los órganos judiciales

1.2.2. DEFENSORÍA DEL PUEBLO⁴

A los hechos expresó atenerse a lo probado en el proceso. Agregando ser cierto la radicación de una solicitud el 10 de mayo de 2011 de eventual insistencia ante la Defensoría de revisión de acción de tutela ante la Corte Constitucional presentada contra los fallos proferidos por el Tribunal Administrativo de Sucre del 28 de agosto de 2008 y en segunda instancia por la sección quinta del Consejo de Estado y que la entidad trámite legal y como la petición estaba incompleta se requirió una documentación al solicitante, la cual fue allegada de forma extemporánea.

Se opuso a las pretensiones de la demanda por no asistirle responsabilidad alguna solicitando sean desestimadas, expresando que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, la Defensoría del Pueblo cumplió en debida forma con la atención de la solicitud del señor ZOROBEL ROMERO en cuanto se le atendió el escrito por cual solicitaba una eventual revisión respecto al recurso de insistencia, y por tanto, no se está frente al típico caso de falla del servicio, además

⁴⁴ Folios 1214-1220 cuaderno No. 6.

dio cumplimiento oportuno y eficiente a las funciones constitucionales y legales que se le asignan. Propuso como excepciones las que denominó, inexistencia de falla del servicio y la falta de legitimación en la causa por activa y pasiva, ya que la obligación de la Defensoría del Pueblo es de medio, el obligado se exonera de responsabilidad probando diligencia, y esta entidad, adelantó todas las actuaciones necesarias.

1.2.3. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN⁵.

Expuso que las afirmaciones de la parte demandante contra la Procuraduría son genéricas, abstractas, con *conjeturas ad hoc*, pues el actor no señaló en qué puntos en concreto no se valoró la prueba por parte del procurador judicial, tampoco puntualizó cómo se dio la inducción en error al Magistrado Filemón Jiménez, agregando que, los procuradores judiciales conceptúan únicamente, no deciden, esos conceptos no afectan la libertad de decisión de los jueces y magistrados, pues, no son vinculantes.

Concluyó señalando que no existen pruebas que soporten las afirmaciones realizada en la demanda y no existe nexo causal entre la acción u omisión alguna de la Procuraduría General de la Nación con los hechos que narra el actor. Formuló la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

1.3. LA SENTENCIA APELADA⁶.

El Juzgado Sexto Administrativo del Circuito de Sincelejo profirió sentencia el 5 de febrero de 2016 negando las pretensiones de la demanda.

Frente a la imputación de responsabilidad a la Rama Judicial por error jurisdiccional el Juzgado señaló que no se configuró el error jurisdiccional en la sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Contencioso Administrativo de Sucre el 28 de agosto de 2008 que declaró la ineptitud de la demanda electoral radicada en esa corporación con el No. 2007-00239, dado que ella fue revocada por el Consejo de Estado en virtud del recurso de apelación que interpuso el demandante, por ende no quedó en firme, en consecuencia esa decisión no produjo efectos jurídicos y por tanto,

⁵ Folios 1263 -1268 cuaderno No. 6.

⁶ Folios 1391 -1408 Cdo. 7

no tuvo la entidad para originar el daño cuya indemnización se pretende en la demanda.

La firmeza de la providencia es requisito legal para que se configure el error jurisdiccional (art. 67 Ley 270/96). En el caso concreto la sentencia del Consejo de Estado de fecha 29 de abril de 2010 que resolvió el recurso de apelación fue la que quedó en firme (art. 331 C.P.C.), y reemplazó la sentencia de primera instancia que profirió el Tribunal.

Señaló que no se configuró error jurisdiccional en la sentencia de segunda instancia proferida por el Consejo de Estado el 29 de abril de 2010, por haber decidido de fondo la demanda electoral, ya que de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 357 del C.P.C. aplicable en ese momento (art. 267 del C.C.A.), “*Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante*”. Como la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre al declarar la excepción de inepta demanda fue inhibitoria, el Consejo de Estado al revocar esta decisión, tenía la competencia para decidir de mérito la demanda, y así lo hizo en la sentencia del 29 de abril de 2010, en consecuencia no incurrió en error jurisdiccional al no devolver el expediente al Tribunal para que esta corporación profiriera la sentencia de mérito; por consiguiente, por esa actuación no se le puede imputar a la Nación-Rama Judicial la causa de los daños cuya indemnización se pretende en la demanda.

Indicó que al proceso no fueron aportados todos los actos procesales del proceso radicado No. 2007-00239, necesarios para concluir si fue o no errado el análisis probatorio que el Consejo de Estado efectuó en la sentencia del 29 de abril de 2010. Recordemos que en la sentencia citada de fecha 6 de marzo de 2013, el H. Consejo de Estado sostuvo que la estructuración del error jurisdiccional sólo se logra mediante la comparación de la providencia cuestionada con las fuentes del derecho aplicables al caso, *y con los actos procesales que integraron el trámite judicial*. Agregando que de todos modos, en la sentencia del 29 de abril de 2010 del Consejo de Estado, se observa que fue realizado un análisis probatorio sobre los hechos en que la parte demandante concreta el error o fraude de los escrutinios que condujo según ella a que el señor Zorobel perdiera la curul de concejal, en donde se concluyó que no se probó la alteración de la verdad electoral y por tanto, no existe en el expediente

prueba para inferir que en la sentencia del 29 de abril de 2010 el H. Consejo de Estado incurrió en error jurisdiccional por no valorar las pruebas que en ese expediente se recaudaron.

Frente a la imputación realizada por la actuación de la Corte Constitucional en abstenerse de revisar la sentencia de tutela, consideró que no configura un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia-falla del servicio, ya que la Corte Constitucional siguió el procedimiento establecido por la misma Corporación para escoger los fallos de tutela objeto de Revisión; agregó que si bien todo ciudadano puede solicitar a los magistrados de la Corte Constitucional que escojan una tutela para su Revisión, o que insistan en ello, por este solo hecho no se debe materializar necesariamente la Revisión, que al no darse no produce un daño antijurídico, dado que el mecanismo de la Revisión de los fallos de tutela no es normativamente obligatorio, sino eventual; en consecuencia, la persona a quien no se le selecciona una tutela para Revisión está obligada a soportar esa situación que no es causante de un daño cierto.

De cara a los hechos que la parte actora imputa como generadores de responsabilidad para la Procuraduría General de la Nación, señaló que de conformidad con el numeral 7 del artículo 277 de la Constitución Política de Colombia, el Procurador General de la Nación por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene la función de intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales y administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales y que el concepto que presentó en febrero de 2009 la Procuradora Séptima Delegada ante el Consejo de Estado en el trámite de la segunda instancia del proceso radicado No. 2007-00239, es muestra del cumplimiento y ejercicio de la función y competencia asignada por las normas citadas a los procuradores judiciales. En él se expusieron de manera suficiente las razones de hecho y de derecho que lo sustentaron y llevaron a afirmar que la sentencia de primera instancia debía ser revocada y en su defecto debía proferirse sentencia de mérito.

Por ello, expreso, no se encontró razón para considerar que el Ministerio Público al presentar el mencionado concepto omitió alguna de sus funciones. Tampoco que por conceptualizar en el sentido que lo hizo ocasionó a la parte demandante los daños cuya indemnización pretende, pues ese concepto no produjo ni determinó la decisión

jurisdiccional- sentencia del 29 de abril de 2010 del Consejo de Estado, que se identifica en la demanda bajo estudio como causa directa del daño, y en la que como se sostuvo no se encontró un error capaz de producir el daño cuya reparación se pretende en la demanda.

En relación con la actuación de la Defensoría del Pueblo, el A quo, manifestó que de conformidad con el artículo 33 del Decreto 2591 de 1991, el Defensor del Pueblo puede solicitar a la Corte Constitucional que revise algún fallo de tutela excluido por ella, cuando considere que la Revisión puede aclarar el alcance de un derecho o evitar un perjuicio grave y que el caso concreto está demostrado que la parte demandante el 9 de mayo de 2011, presentó petición al Defensor del Pueblo para que solicitara a la Corte Constitucional la Revisión de la tutela radicada con el No. 2010-01190-01 que cursó ante el Consejo de Estado. También está demostrado, que el 23 de mayo de 2011 la Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo le indicó a la parte demandante toda la información y documentación que se requería para la insistencia; en el mismo documento le dijo que la solicitud debía contener todos los requisitos y contar con todos los documentos cinco (5) días hábiles antes de la fecha de vencimiento para insistir, so pena de considerar extemporánea la petición.

Expuso que la parte demandante presentó la información completa a la Defensoría del Pueblo para la insistencia el 24 de junio de 2011, es decir, un (1) día antes de culminar el término para que la Defensoría del Pueblo solicitara la insistencia, lo cual es contrario a lo establecido en el artículo 43 numeral 1 de la Resolución No. 638 del 6 de junio de 2008, que considera como petición extemporánea por efecto de la racionalidad en la prestación del servicio a las peticiones de insistencia que se radiquen en la sede central de esta Entidad dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores al vencimiento del término para insistir.

En ese orden, concluyó que fue extemporánea la petición que el señor Zorobel Romero Martínez le hizo a la Defensoría del Pueblo para que insistiera en la Revisión de la acción de tutela, pues sólo un día antes de que venció el término para insistir, presentó la documentación completa para la insistencia, documentación que debió presentar por lo menos seis (6) días antes de que venciera el término para insistir, por tanto, a la luz del artículo 43 numeral 1 de la Resolución No. 638 del 6 de junio de

2008 y en consecuencia no se configuró falla del servicio con la actuación de la Defensoría del Pueblo. Por último, condenó en costas a la parte demandante.

1.4. LA APELACIÓN⁷.

Inconforme con la sentencia de primera instancia la parte actora formuló recurso de apelación solicitando su revocatoria y en su lugar se concedan las pretensiones de la demanda, con sustento en que dentro del expediente existe todo un acervo probatorio, que demuestra que si existió error judicial.

Señala la apoderada que por parte del CONSEJO DE ESTADO se omitió el análisis del acervo probatorio configurándose con esto el ERROR JUDICIAL O JURISDICCIONAL, que trajo consigo daños y perjuicios del orden material y moral a los demandantes.

Considera que el *A quo* realizó una valoración probatoria parcial e infundada de la verdad jurídica plasmada en las pruebas aportadas, lo anterior es claro, porque en éstas, con un mediano estudio se pueden determinar las irregularidades y los demás acontecimientos narrados, por los cuales son responsables cada uno de los demandados.

Reitera la serie de eventos presuntamente ocurridos y que a su juicio dan lugar a la configuración de un error jurisdiccional, como son:

- i. El TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, al declarar la inepta demanda, violentó los derechos fundamentales del señor ZOROBEL ROMERO y cometió serias irregularidades en esa instancia.
- ii. La CORTE CONSTITUCIONAL, ante la publicidad engañosa de su página WEB, según la cual se puede acudir a los magistrados sin “intermediario” a fin de solicitar la revisión.
- iii. La PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION, la cual debió dar un concepto objetivo en derecho y valorar en su totalidad las pruebas aportadas, pero contrario a esto, no tuvo en cuenta el acervo probatorio para emitir dicho concepto y cuando

⁷ Folios 1413-1425 cuaderno 7.

se le solicitó que insistiera la tutela, ignoró una petición de protección de derechos fundamentales.

iv. La DEFENSORIA DEL PUEBLO, al ignorar las pruebas aportadas y las explicaciones dadas por el demandante, en un Estado Social de Derecho, donde debe prevalecer la JUSTICIA; y ella es garante y defensora por naturaleza, de los derechos fundamentales de los ciudadanos, por lo que omitió su deber constitucional, cuando se le pidió que solicitara la revisión e insistiera en que fuese devuelta la tutela a la corte constitucional, ya que la habían devuelto al CONSEJO DE ESTADO, antes de los quince días que establece la ley como consta en las peticiones a folios 592 al 596 y 597 al 618.

Indicó que todo lo anterior, aparte de haber sido debidamente probado y demostrado dentro del proceso, juega un papel importante y fundamental en la ocurrencia del daño y perjuicio ocasionado a mis poderdantes, porque si bien es cierto, el cargo de error jurisdiccional recae como lo establece el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, en una providencia contraria a la ley, no es menos cierto, que cuando se actúa con diligencia para evitar la ocurrencia de aquéllos y las entidades públicas a las que se acude, sea por omisión o por acción, actúan de manera contraria a la ley y a las buenas prácticas jurídicas y con esto contribuyen a la generación del daño y perjuicio, son en cierta medida patrimonialmente responsables, porque es necesario aclarar, la tutela no es una instancia más de ningún proceso en Colombia, pero a través de ésta se hubiese podido evitar la generación del daño y perjuicio alegado y demostrado en el caso que nos ocupa.

Reafirmó que el cargo de ERROR JUDICIAL O JURISDICCIONAL recae sobre la providencia proferida por el CONSEJO DE ESTADO, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia de Acción Pública Electoral, del veintinueve (29) de Abril de 2010, Consejero Ponente, Filemón Jiménez Ochoa, proceso número: 70001-23-31-000-2007- 00239-02, radicación interna 2007-00239, en el cual, se ignoró, se desconoció y se realizó una valoración probatoria diferente, parcial e infundada, de la verdad jurídica plasmada en las pruebas aportadas dentro del proceso referido.

Manifestó que en dicha providencia el CONSEJO DE ESTADO consideró que la parte demandante ZOROBEL ROMERO MARTINEZ no había aportado los documentos (PRUEBAS), con los cuales pudiera demostrar el fraude electoral, lo cual, aparte de ser infundado, injustificado y contrario a derecho, no fue cierto, como quiera que en el expediente de la referencia, el material probatorio para demostrar el fraude cometido en la elecciones al concejo municipal de Sincelejo-Sucre, para el periodo 2008-2011, obraban del folio 22 al 80 del mismo; material probatorio, que para el presente medio de control de reparación directa, con el cargo de error jurisdiccional, obra del folio 241 al 278, en copias auténticas, rubricadas y selladas por el secretario del mismo TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE.

En lo que respecta al análisis probatorio que ha debido de hacerse, consideró que si la información contenida en el E-14, no es la misma que se registra en el E-24 CO; y en el Acta General de Escrutinio de Zona no se registra ninguna constancia de la modificación en la votación, en esas mesas, producto de algún recuento físico en la zona de escrutinio, se dice entonteces, que existió un fraude electoral, ya que si se cambió el resultado de un candidato, debe estar ese cambio anotado en el acta respectiva.

Reiteró lo relacionado con el análisis probatorio que da lugar a la configuración del error jurisdiccional, en especial señaló existió indebida valoración de las pruebas en la sentencia del 29 de abril de 2010, ya que se contradice, porque las pruebas constaban en los expedientes de la nulidad electoral generándose con esto, sin duda alguna, la ocurrencia del cargo de error jurisdiccional.

1.5. TRAMITE PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

- Presentado el recurso de apelación, el mismo fue admitido por el Tribunal el 5 de abril de 2016 (folio 4 cdno de segunda instancia).
- Por auto del 18 de abril de 2016 se ordenó correr traslado para alegar y al Ministerio Público para conceptuar, si este a bien lo consideraba (folio 15 cuaderno de segunda instancia).

1.5.1. ALEGATOS DE LAS PARTES Y CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO EN SEGUNDA INSTANCIA.

De la parte demandante⁸. Solicita se accedan a las pretensiones de la demanda y se revoque la sentencia apelada. En su argumentación reiteró las razones de inconformidad expuestas en el memorial contentivo del recurso de apelación.

Defensoría del Pueblo⁹. Expresó que de las pruebas arrimadas al expediente los demandantes no pueden acreditar los elementos constitutivos de la falla del servicio en contra de la Defensoría del Pueblo, reiterando en gran parte los argumentos expresados en la primera instancia.

La Rama Judicial y la Procuraduría General de la Nación no se pronunciaron en esta instancia.

Concepto del Ministerio Público¹⁰. Dijo que al analizar el caso concreto el delegado del Ministerio Público dijo que se evidenciaba la falta de responsabilidad de los entes demandados por no haberse demostrado el daño causado, agregando que el Estado no responde por el error judicial en que incurren los jueces salvo que se trate de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria, violatoria del debido proceso, por manera que se exige el desconocimiento del orden jurídico en una providencia por un funcionario investido de funciones jurisdiccionales

2. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

2.1. LA COMPETENCIA.

Al tenor del Art. 153 de la Ley 1437 de 2011, el Tribunal es competente para resolver el recurso de alzada propuesto.

2.2. DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO CLAUSULA GENERAL.

El artículo 90 de la Constitución Política de 1991 en su inciso primero establece la que se ha denominado, clausula general de responsabilidad patrimonial del Estado y de sus entidades públicas como principio constitucional que opera siempre que se

⁸ Folios 24-30 cuaderno de segunda instancia.

⁹ Folios 31-37 cuaderno de segunda instancia.

¹⁰ Folios 38-40 cuaderno de segunda instancia.

verifique (I) la producción de un daño antijurídico (II) que le sea imputado a causa de la acción u omisión de sus autoridades públicas.

El daño antijurídico¹¹, siguiendo la línea de pensamiento expuesta por la Sección Tercera – Subsección C del Consejo de Estado, “consistirá siempre en la lesión patrimonial o extra-patrimonial que la víctima no está en el deber jurídico de soportar”¹²; en donde, la antijuridicidad del daño no estriba en que la conducta sea contraria a derecho, sino, siguiendo la orientación española, en que quien lo sufre no tiene el deber de soportarla¹³. Por ello, el precedente jurisprudencial 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”¹⁴.

En decisión reciente la Sección Tercera del Consejo de Estado ha expuesto que sólo 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 carga¹⁵, a lo que podemos agregar que aun imponiéndola no exceda de

¹¹ Daño injusto de la doctrina italiana.

¹² Consejo de Estado; Sección Tercera; Sentencia del 13 de agosto de 2008; Exp. 17042; C.P. Enrique Gil Botero.

¹³ La Corte Constitucional en sentencia C – 336 de 1996, sobre la conceptualización del daño antijurídico expuso: “El perjuicio que es provocado a una persona que no tiene el deber jurídico de soportarlo. La Corte considera que esta acepción del daño antijurídico como fundamento del deber de reparación del Estado armoniza plenamente con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho, pues al propio Estado corresponde la salvaguarda de los derechos y libertades de los particulares frente a la actividad de la administración. Así, la responsabilidad patrimonial del Estado se presenta entonces como un mecanismo de protección de los administrados frente al aumento de la actividad del poder público, el cual puede ocasionar daños, que son resultado normal y legítimo de la propia actividad pública, al margen de cualquier conducta culposa o ilícita de las autoridades, por lo cual se requiere una mayor garantía jurídica a la órbita patrimonial de los particulares. Por ello el actual régimen constitucional establece entonces la obligación jurídica a cargo del Estado de responder por los perjuicios antijurídicos que hayan sido cometidos por la acción u omisión de las autoridades públicas, lo cual implica que una vez causado el perjuicio antijurídico y éste sea imputable al Estado, se origina un traslado patrimonial del Estado al patrimonio de la víctima por medio del deber de indemnización. Igualmente no basta que el daño sea antijurídico sino que éste debe ser además imputable al Estado, es decir, debe existir un título que permita su atribución a una actuación u omisión de una autoridad pública”.

¹⁴ 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. 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)”.

¹⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C, Sentencia del 26 de marzo de 2014. Expediente No, 28741.

las cargas que razones de solidaridad, igualdad imponen la vida en comunidad, violando los principios de igualdad antes las cargas públicas y de confianza legítima.

García Enterría, enseña que, *“la antijuridicidad susceptible de convertir el perjuicio económico en lesión indemnizable se predica, pues, del efecto de la acción administrativa (no de la actuación del agente de la administración causante material del daño), a partir de un principio objetivo de garantía del patrimonio de los ciudadanos que despliega su operatividad postulando la cobertura de daño causado en tanto en cuanto no existan causas de justificación que legitimen como tal perjuicio de que se trate”*¹⁶.

Por su parte, la imputación del daño en su doble connotación fáctica y jurídica permite la atribución de la lesión, *en donde la imputación jurídica supone establecer el fundamento o razón de la obligación de reparar o indemnizar determinado perjuicio derivado de la materialización de un daño antijurídico, siendo allí donde intervienen los títulos de imputación que corresponden a los diferentes sistemas de responsabilidad que tienen cabida en el artículo 90 de la Constitución Política*¹⁷⁻¹⁸.

En el plano de la imputación, la jurisprudencia actual de la Sección Tercera del Consejo de Estado, tiende a inclinarse en señalar que la misma está llamada a desplazar el concepto de nexo causal, por cuanto este es un fenómeno de las leyes de la naturaleza que sirve de soporte para la configuración del daño, pero que encuentra dificultad en su aplicación cuando la causa del daño no sea el actuar, sino una omisión, por ello, es necesario acudir en esos casos a criterios normativos de imputación, como se ha dicho por ejemplo, en la responsabilidad del Estado por graves violaciones de derechos humanos, pues la simple conceptualización naturalista, sería insuficiente para enrostrar el deber de reparar¹⁹.

¹⁶ García Enterría, Eduardo, Tomás Ramón Fernández, Curso de derecho administrativo, novena edición 2004, edit. Thomson Civitas. Página 378-379.

¹⁷ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández

¹⁸ Sentencia del 25 de mayo de 2011, expediente No. 52001-23-31-000-1997-08789-01(15838, 18075, 25212 acumulados). Igualmente, sentencia del 26 de marzo de 2009, expediente No. 17794.

¹⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera. Subsección C. Sentencia del 9 de julio de 2014. Radicación número: 70001233100019980080801 (44333). Se trata igualmente el tema del control de convencionalidad. Sin desconocer que, en ocasiones el Consejo de Estado se ha referido a la existencia del nexo causal como elemento de la responsabilidad extracontractual del Estado, entendido entes, como aquél factor en el que se analiza que la conducta desarrollada por la administración es eficaz en la producción del daño, desde el punto de vista jurídico, es decir, desde un análisis del deber jurídico en cabeza de la administración¹⁹, para lo cual aplica las tesis de equivalencia de condiciones o la de causalidad adecuada, tal como acontece en el derecho español

Así entonces, el marco anterior enseña que para que surja el deber reparatorio, es necesario la existencia del daño antijurídico y la imputación del mismo a la Entidad Pública, sea a través de su acción u omisión, teniendo cabida en cada caso, el estudio de los distintos títulos de responsabilidad que con el transcurrir la jurisprudencia contenciosa fundada en el artículo 90 de la C. P., ha decantado.²⁰

Se debe destacar entonces que la construcción del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, en Colombia ha dado pie para señalar que los elementos para que surja derecho a la reparación a cargo del Estado es necesaria la existencia de un daño antijurídico imputable al Estado por su acción u omisión, precisando que el concepto de daño antijurídico en manera alguna puede entenderse como la consagración de un régimen de responsabilidad general objetivo, puesto que la imputación como factor para enrostrar responsabilidad intervienen y así lo ha decantado jurisprudencia títulos de imputación subjetivos y objetivos, siendo los hechos o circunstancias específicas del caso concreto, los que delimitan la aplicación de uno y otro y la imputabilidad del mismo²¹.

- **FONDO DEL ASUNTO.**

La parte actora demanda a la Rama Judicial por considerar en primer lugar que se incurrió en un error judicial por parte del Tribunal Administrativo de Sucre y de la Sección Quinta del Consejo de Estado materializado en la sentencia del 29 de abril de 2010, al resolver la demanda de nulidad electoral interpuesta en contra de la elección del señor Gustavo Adolfo Fuentes Herazo, identificado con el radicado 2007-00239-00, señalando que le fue vulnerado un interés legítimo al derecho a elegir y ser elegido entre otras, al no acceder las pretensiones de su demanda.

Acorde con los antecedentes reconstruidos y la postura del recurrente, corresponde en esta Instancia al Tribunal, determinar, si se estructuran los elementos para declarar

²⁰ Tomas Ramón Fernández, refiriéndose al tópico de la Responsabilidad de La Administración, ha señalado que, “el centro de gravedad del sistema no está ya, ciertamente, en la culpa, sino, en la lesión que la persona afectada por actividad de la Administración experimenta en su patrimonio sin justa causa alguna que los justifique. Es esto, la falta de justificación del perjuicio, lo que convierte a éste en una lesión resarcible. Ver Responsabilidad del Estado, pagina 15. Departamento de Publicaciones de la Facultad de derecho de la universidad de Buenos Aires. Edit. Rubinzal-Culzoni. 1ª reimpresión 2011.

²¹ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 19 de agosto de 1994. Exp. 9276. C.P. Dr. Daniel Suarez Hernández. Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de mayo de 2010. Expediente No. Radicación número: 50001-23-31-000-1996-05291-01(18997). C. P. Enrique Gil Botero. Demandante: Bonifacio Cubillos Barbosa y otros. Demandado: Nación Ministerio de Defensa. Acción de reparación directa.

la responsabilidad patrimonial de las entidades demandadas porque con sus actuaciones se le impidió al señor ZOROBEL ROMERO MARTÍNEZ, acceder a una curul como concejal del municipio de Sincelejo, para el periodo 2011-2015.

1. ANÁLISIS DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO - JUEZ. CASO ESPECÍFICO. ERROR JURISDICCIONAL – DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

La doctrina señala que la responsabilidad del Estado Juez por sus actos judiciales constituye un supuesto de excepción, ya que en toda comunidad jurídicamente organizada sus integrantes tienen el deber de someterse a las decisiones que se adopten en los procesos jurisdiccionales, lo cual lleva consigo la carga de soportar los daños ocasionados por una sentencia desfavorable²²

Ahora bien, partiendo de la concepción del artículo 90 de la Constitución Política, se ha señalado que ninguna autoridad del Estado escapa de la posibilidad de que su conducta activa u omisiva pueda ser objeto de juzgamiento en aras de determinar si con ella se ha afectado derechos o intereses legítimamente protegidos causando un daño antijurídico que deba ser reparado.

En ese orden, los eventos en donde se juzgue la responsabilidad derivada de daños generados por el ejercicio de su función soberana de administrar judicial o por sus agentes judiciales (Estado-Juez), se estableció en la Ley 270 de 1996, que los títulos bajo los cuales se puede realizar el análisis normativo de imputación serían conforme el artículo 65 ibídem, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, error jurisdiccional y privación injusta de la libertad.

Acerca del error jurisdiccional, el artículo 66 de la ley estatutaria de la administración de justicia, dispone:

“ARTÍCULO 66. ERROR JURISDICCIONAL. Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, **en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”**

Y sobre los presupuestos para su configuración, el artículo 67, enseña:

²² MAORIANO Jorge Luis, La responsabilidad del estado por error judicial. Responsabilidad del Estado Rubinzal-Culzoni Editores. Buenos Aires 2008. Página 421.

“ARTÍCULO 67. PRESUPUESTOS DEL ERROR JURISDICCIONAL. El error jurisdiccional se sujetará a los siguientes presupuestos:

1. El afectado deberá haber interpuesto los recursos de ley en los eventos previstos en el artículo 70, excepto en los casos de privación de la libertad del imputado cuando ésta se produzca en virtud de una providencia judicial.
2. La providencia contentiva de error deberá estar en firme”.

De la norma, se advierte que los supuestos de estructuración del error judicial, como lo señala la jurisprudencia contenciosa administrativa y que deben ser observados por quien reclame perjuicios por esta causa, indican que la decisión cuestionada debe estar ejecutoriada, y que frente a la misma se hayan interpuestos los recursos de ley, entendiéndose éstos como los ordinarios”^{23,24}

El error jurisdiccional, parte de la materialización de la administración de justicia, plasmada la misma en una providencia judicial; de suerte entonces, que cuando se analice la responsabilidad por el ejercicio de este tipo de funciones, hay que partir de la base de que ellas se ejercen por parte del juez de forma autónoma e independiente (artículo 228 de la C.P.).

Así lo ha expresado la Corte Constitucional en Sentencia C 037 de 1996, cuando al respecto señaló: *“Dentro de este orden de ideas, se insiste, es necesario entonces que la aplicabilidad del error jurisdiccional parta de ese respeto hacia la autonomía funcional del juez. Por ello, la situación descrita no puede corresponder a una simple equivocación o desacierto derivado de la libre interpretación jurídica de la que es titular todo administrador de justicia. Por el contrario, la comisión del error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y flagrantemente violatoria del debido proceso, que demuestre, sin ningún asomo de duda, que se ha desconocido el principio de que al juez le corresponde pronunciarse judicialmente de acuerdo con la naturaleza misma del proceso y las pruebas aportadas -según los criterios que establezca la ley-, y no de conformidad con su propio arbitrio”.*

Del ámbito de juzgamiento por la responsabilidad en la función de administrar justicia de las altas Cortes, se ha señalado, igualmente su conducta no escapa de la órbita de aplicación de la Ley 270 de 1996, y por ende su responsabilidad puede ser juzgada bajo

²³ Auto de 14 de agosto de 1997 (exp. 13.258). Nota de la cita.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Radicado No. 13001233100019971271001 (30300). Sentencia del 26 de marzo de 2014. CP. Enrique Gil Botero.

los criterios traídos por dicha norma, porque el artículo 90 de la C. P., no excluye a ninguna autoridad pública como agente del daño, pues si así fuera se suprimiría el derecho a la indemnización de todas las víctimas de hechos imputables a las altas corporaciones de la administración de justicia”²⁵

Sobre los supuestos de configuración, en sentencia del 6 de marzo de 2013, al respecto se expuso:

“Ahora bien, frente al juicio de responsabilidad por error jurisdiccional, sea lo primero decir, que éste debe reunir los presupuestos del artículo 90 constitucional, **es decir, que ocasione un daño antijurídico a la víctima y que sea imputable, en este evento, a la administración de justicia - Rama Judicial o a las entidades públicas que transitoriamente administran justicia, según se dejó dicho.**

Asimismo, deben observarse los elementos contemplados en la definición ofrecida por el artículo 66 de la Ley 270 de 1996, según el cual éste “Es aquel cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, materializado a través de una providencia contraria a la ley”, y los supuestos del artículo 67 es decir que el afectado hubiese interpuesto los recursos legalmente procedentes y que la providencia contentiva del error y, en consecuencia, contraria a la ley, estuviese en firme.

Al respecto, como se anotó ad initio de estas consideraciones, la Sala entiende por “providencia contraria a la ley” aquella que surge al subsumir los supuestos de hecho del caso en las previsiones de la norma (error de interpretación), de la indebida apreciación de las pruebas en las cuales ella se fundamenta (error de hecho), de la falta de aplicación de la norma que corresponde o de la indebida aplicación de la misma. Hay que entender incluida en la definición de error jurisdiccional además las providencias contrarias a la Constitución, que de acuerdo con el artículo 4º es norma de normas.

Es decir, se reiteran los pronunciamientos anteriores de esta Sección, para confirmar que el error jurisdiccional puede ser de orden fáctico o normativo. El primero, supone diferencias entre la realidad procesal y la decisión judicial, porque i) no consideró un hecho debidamente probado o ii) se consideró como fundamental un hecho que no lo era, o se presentan distancias entre la realidad material y la procesal, i) porque no se decretaron pruebas conducentes para determinar el hecho relevante para el derecho o ii) porque la decisión judicial se fundamentó en un hecho que posteriormente se demostró que era falso). El error normativo o de derecho, supone equivocaciones i) en la aplicación del derecho, pues se aplicó al caso concreto una norma que no era relevante o se dejó de aplicar una directa o indirectamente aplicable al mismo y ii) cuando se aplicaron normas inexistentes o derogadas y otros similares.

Asimismo, frente a estos presupuestos se reitera lo dicho por la Sala de Sección Tercera en providencia de 1º de enero de 2007 (Exp. 13.258), acogido, a su vez por la Subsección B el 26 de julio de 2012 (Exp. 22.581), en el sentido de considerar configurado el error jurisdiccional cuando la providencia acusada se encuentre en firme. “Efectivamente, aun cuando una decisión judicial resulte equivocada, sí ésta aún puede ser revocada o modificada, el daño no resultaría cierto, pues el error no produciría efectos jurídicos y, además, podría superarse con la intervención del superior funcional (...)”.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-00639-01(24841). Sentencia del 6 de marzo de 2013. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

...En el mismo sentido, queda claro que la Sección Tercera de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo deniega la configuración del error jurisdiccional en circunstancias que se mueven en la esfera de lo cuestionable, por cuanto dependen de las interpretaciones que, aunque disímiles pero válidas, efectúe el juez tanto de los hechos como del Derecho.

Así que, es acogida por la Sala la doctrina según la cual la interpretación de los hechos, la valoración probatoria y la aplicación del Derecho no siempre arrojan resultados hermenéuticos unificados, de modo tal que es perfectamente válido dentro del ordenamiento jurídico que distintos operadores judiciales apliquen la misma norma o valoren la misma situación fáctica a partir de entendimientos o conceptos diferentes que, igualmente, proyectaran tesis dispares, por cuanto, no en todos los eventos es posible identificar una única respuesta.

En este sentido, la Corte Constitucional ha manifestado: “El hecho de que los sujetos procesales, los particulares y las distintas autoridades judiciales no coincidan con la interpretación acogida por operador jurídico (sic) a quien la ley asigna la competencia para fallar el caso concreto, o no la compartan, en ningún caso invalida su actuación ya que se trata, en realidad, de “una vía de derecho distinta””

Al respecto, considera la Sala que el planteamiento así concebido procura la salvaguarda del respeto por el principio democrático de la autonomía funcional del juez que reserva para éste la valoración probatoria y la aplicación razonada del Derecho. Razón por la cual, existiendo varias interpretaciones razonables debe prevalecer la del juez natural en aras de preservar los principios de autonomía, independencia y especialidad de la labor judicial”²⁶.

Concluyendo la providencia en cita que:

“De manera que sólo podrá entenderse configurado el error jurisdiccional cuando se produzcan decisiones carentes de argumentación o justificación jurídicamente plausible. En otras palabras, habrá error judicial cuando la interpretación o el razonamiento jurídico expuesto como fundamentación de la decisión sea irrazonable o abiertamente contrario a la Constitución, la ley, los reglamentos que gobiernan la materia o excluyan situaciones fácticas o probatorias manifiestamente acreditadas en el proceso, pues, se itera, la mera divergencia interpretativa con el criterio del fallador no constituye un error jurisdiccional, ya que debe tratarse de una verdadera falla en el servicio o función de administrar justicia y no de cualquier discordancia.

Ahora bien, la Sala resalta que en tratándose de un litigio contencioso es natural que cada una de las partes procesales pretenda alcanzar la satisfacción de sus intereses particulares, lo cual conlleva que, normalmente, el proceso judicial arroje una parte vencedora y una vencida. De manera que cuando los sujetos procesales someten sus argumentos o el reconocimiento de sus derechos al debate judicial, del mismo modo se someten a las resultas del proceso, es decir, a la decisión judicial de última instancia, por supuesto, siempre que ella se halle ajustada a Derecho, razonada y jurídicamente argumentada.

Dicho lo anterior, debe reseñarse que la estructuración del error jurisdiccional sólo se logra mediante la comparación de la providencia recusada con las fuentes del Derecho aplicables al caso particular y con los actos procesales que integraron el trámite judicial, así pues, no se analiza aisladamente la sentencia sino que, se insiste, en cada caso concreto ella se observa a la

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C. Radicación número: 73001-23-31-000-2000-00639-01(24841). Sentencia del 6 de marzo de 2013. C. P. Jaime Orlando Santofimio Gamboa

luz del ordenamiento jurídico y de los demás actos procesales adelantados a lo largo de la litis”²⁷

En relación con el daño, la jurisprudencia entratándose de error judicial, ha expresado:

“Como se observa a simple vista, para el análisis del daño en el presente caso, no es suficiente la constatación probatoria de que se haya producido la mencionada decisión judicial adversa al demandante; sin duda alguna, cuando se traba una litis judicial, ello significa que habrá unos vencedores y unos vencidos, y a estos últimos, por esa calidad, no se les produce necesariamente un daño con la connotación de resarcible. De esta manera, puede decirse, que la parte vencida en un proceso judicial está en el deber legal de soportar ese daño, a menos que la decisión o decisiones que la ponen en tal situación, se hayan proferido contraviniendo el ordenamiento jurídico y/o de manera específica con violación abierta de sus derechos, es decir con “error”.

En este caso se constataría un error judicial, y por ende el daño se proyectaría como resarcible en el evento de que se acrediten los perjuicios causados. Como se observa, en la hipótesis del error judicial, el análisis sobre la antijuridicidad del daño adquiere una significativa relevancia, **ya que no basta la simple constatación de una decisión judicial adversa al demandante, sino que se hace necesario revisar, con ocasión del examen de este primer elemento (el daño), el contenido de la decisión, para efectos de verificar la ocurrencia o no del “error” que se erige entonces, como presupuesto necesario de la antijuridicidad del daño, para solo en caso de que ello se constate, pasar a estudiar lo atinente a la imputación del mismo y la consecuente responsabilidad**”²⁸

Así entonces, será menester determinar en este caso, en primer lugar conforme la cita jurisprudencial transita si se configuró un error judicial en las sentencias proferidas por Tribunal Administrativo de Sucre y del Consejo de Estado – Sección Quinta, que generaron un daño antijurídico a la parte actora.

Debe recordarse que las providencias judiciales en firme se tornan ejecutoriadas y de las sentencias, con algunas excepciones, se predica que hacen tránsito a cosa juzgada, es decir, contienen la definición última de un derecho pretendido por las partes, por lo que se predica de ellas que contienen la verdad jurídica, dado que, adicionalmente los

²⁷ Igualmente, Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. Expediente No. **25000-23-26-000-2003-001583-01 (34.790)**. C. P. Olga Melida Valle De De la Hoz. **Sentencia del 7 de marzo de 2016**. En sentencia del 26 de febrero de 2015, expediente No. **Radicación número: 05001-23-31-000-1998-02662-01 (37.123)**, se expresó por el Consejo de Estado: “... lo que respecta al último punto, identificar el error judicial con la vía de hecho, se consideró que es un asunto inapropiado, en tanto en sede de responsabilidad estatal, no se tiene por objeto la conducta subjetiva del agente, sino la contravención al orden jurídico materializada en una providencia; es decir, se descarta cualquier tipo de comportamiento, centrándose el estudio en el contenido de la decisión. Ahora bien, en cuanto a la configuración del error jurisdiccional, hubo un avance al considerar que, sobre un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de derecho, todas jurídicamente admisibles en tanto jurídicamente justificadas, por lo que el error viene a tener lugar cuando la decisión carezca de una justificación coherente, razonable, jurídicamente atendible que la provea de aceptabilidad; en ese orden, es a partir de la carga argumentativa que se debe estudiar al error, sin perder de vista los eventos típicos de configuración, tales como: interpretación, indebida valoración, aplicación errónea o falta de aplicación”.

²⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera Subsección C. Expediente No. **25000-23-26-000-2003-001583-01 (34.790)**. C. P. Olga Melida Valle De De la Hoz. **Sentencia del 7 de marzo de 2016**.

errores que se puedan cometerse al interior del proceso, este posee las herramientas y mecanismos para su subsanación como son las nulidades, recursos, aclaraciones, complementaciones, etc., por lo que no se puede tomar el proceso jurisdiccional contencioso administrativo como una tercera instancia en la que se deba revisar minuciosamente el curso del inicial en donde se dictaron las providencias judiciales de las que se pretende derivar el error.

Retomando las pruebas traídas al plenario se encuentra acreditado que el señor ZOROBEL ROMERO MARTINEZ, se inscribió como candidato al Concejo municipal de Sincelejo, periodo 2007-2011; de igual manera, se advierte que el señor ROMERO MARTINEZ, no resultó electo en dichas elecciones municipales.

Se prueba en el plenario que el actor formuló demanda de nulidad electoral en contra del señor GUSTAVO FUENTES HERAZO²⁹, quien si resulto electo por el mismo partido y lista, demanda que cuyo conocimiento correspondió en primera instancia al Tribunal Administrativo de Sucre, fungiendo como ponente el magistrado con número de radicado 2007-00239-00, el fundamento de su demanda fue que existió fraude porque le restaron 30 votos con los cuales sería el noveno concejal por el Movimiento Colombia Viva en Unidad Cristiana. Como actos demandados, se señalaron el acta parcial de escrutinio E-26-CO y las actas de resultados de los votos para Concejo mesa a mesa E-24, proferida por la Comisión Escrutadora de Sincelejo³⁰.

El Tribunal Administrativo de Sucre mediante sentencia del 28 de agosto de 2008³¹ declaró probada de oficio la excepción de inepta demanda, señalando como argumento que no se cumplió con el requisito de expresar el concepto de violación exigido por el artículo 137 numeral 4 del C. C.A., lo cual implica no solo la citación de las normas sino el análisis de las mismas y de las teorías o conceptos en que se apoyan las pretensiones de la demanda, el razonamiento de derecho para sustentarlas, por lo que al solicitar las anulación del acto se deben invocar las normas y explicar el concepto de la violación.

²⁹ Folios 279-298 C. No. 2.

³⁰ Ver auto admisorio de fecha 19 de diciembre de 2007. Folio 313-316 C. No. 2.

³¹ Folios 390-400 C. No. 2 y 401-428 C. No. 3.

Se encuentra demostrado que el actor inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación que fue concedido mediante auto de 6 de noviembre de 2018³², cuyo conocimiento correspondió a la Sección Quinta del Consejo de Estado, bajo el radicado No. 2007-00239-02³³.

El Consejo de Estado en su Sección Quinta desata el recurso de apelación a través de sentencia de fecha 29 de abril de 2010³⁴, providencia en la cual, el Alto Tribunal, revocó la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre en cuanto declaró probada la excepción de inepta demanda, para lo cual señaló que se debió entender por el Tribunal a pesar de las deficiencias evidentes del libelo demandatorio, que el acto de elección se impugna por razones de falsedad en los documentos electorales, pero que al margen de los anterior, no se podía hacer otra interpretación que permita el estudio de otras irregularidades, en razón a que no se ofrecieron tan claros como los que se referían a la falsedad de los documentos electorales.

Revocada la excepción de inepta demanda, el Consejo de Estado entró a resolver de fondo el asunto y negó las súplicas de la demanda. Los argumentos de la determinación inician señalando que la falsedad que se endilga a los actos electorales no prospera, por cuanto, si bien se encontró una diferencias en los guarismos registrados en los formularios E -14 y E-24 de la mesa cuestionada, esas diferencias se hallan justificadas en el recuento de votos que se efectuó en la Comisión Escrutadora de la Zona 1.

De la misma forma, señaló en su providencia el Consejo de Estado que las alteraciones de los registros en cuanto fueron adulterados sobreponiendo información que algunos casos determinó la disminución de votos y en otros, el aumento de los mismos, frente a lo cual consideró que dicha circunstancia descrita no puede ser estudiada como constitutiva de falsedad en los documentos electorales, porque, este vicio comporta el cotejo de pruebas documentales, *verbi gratia*, entre formularios y entres estos y las actas de las Comisiones Escrutadoras. Que si bien se alegó y probó que los formularios E-14 de una de las mesas cuestionadas presentaban enmendadura, no se esgrimió ni se acreditó, con otros documentos, la alteración de la información contenida;

³² Folio 430-431 C. No. 3.

³³ Folio 432 C. No. 3.

³⁴ Folios 485-512 C. No. 3.

concluyendo que se probó el hecho de las enmendaduras, pero no que con estas se hubiera alterado la verdad procesal.

Igualmente, señaló que de conformidad con los artículos 163 y 164 del Código Electoral, las tachaduras y enmendaduras o borrones, que afectan las actas de los jurados de votación generan el recuento de votos, de manera que una circunstancia como la aducida en la demanda debió canalizarse como una solicitud en tal sentido. Frente a las alegadas irregularidades en las firmas de actas de escrutinio de las comisiones escrutadoras zonales, el Consejo de Estado expuso que el actor consideró que por las actas generales de las comisiones zonales 1 y 3 y 90 por el hecho de no haber sido firmadas por todos los escrutadores, no podían ser tomadas en cuenta, señalando que el hecho que el acta general de la comisión escrutadora adolezca de defectos en las firmas, per se, ni impide que en esta pueda considerarse el efectuado por la correspondiente comisión auxiliar. De ahí que la omisión de firmas de las actas generales no hayan sido consideradas por el legislador como causa de reclamación o como una circunstancia que afecta su validez y por tanto, no obstante que las actas generales revelaron omisión de firmas, ello no comporta falsedad en las actas de escrutinio municipal.

En este punto, es donde centra su inconformidad la parte demandante y apelante, señalando que el Consejo de Estado incurrió en error judicial en la providencia del 29 de abril de 2010.

La Sala estima que se cumple dos presupuestos para adelantar el estudio de existencia o no del error jurisdiccional, puesto que la anterior sentencia se encuentra en firme y se agotaron los recursos procedentes, ya que contra la sentencia de segunda instancia no procedía recurso ordinario alguno.

Pues bien, luego de la revisión del plenario estima la Sala que no se configuró el alegado error judicial, por cuanto la actuación llevada a cabo por el Consejo de Estado una vez revoca la sentencia del Tribunal Administrativo de Sucre, que declaró la excepción de inepta demanda encuentra pleno sustento, como lo consideró el A quo en lo establecido en el inciso final del artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, norma vigente para la época de los hechos y aplicable al proceso contencioso

administrativo en virtud de remisión normativa establecida en el artículo 267 del C. C. A³⁵. La norma en comento (artículo 357 CPC), dispone textualmente:

“Cuando se hubiere apelado de una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante”

Actuación que lleva a efecto el H. Consejo de Estado, al encontrar que en el proceso de nulidad electoral adelantado por el señor ZOROBEL ROMERO MARTÍNEZ, no se configuró la excepción de inepta demanda, dicho sea de paso, actuando en ejercicio de las competencias como juez Ad quem, consagradas en el artículo 357 citado.

Al respecto, el H. Consejo de Estado ha señalado:

“3. La competencia del juez en segunda instancia respecto de una sentencia inhibitoria.

El artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establece con claridad la competencia, que por regla general, le asiste al *ad-quem* durante el trámite del recurso de apelación, al indicar que este *“sólo tendrá competencia para tramitar y decidir el recurso.”*

De conformidad con el principio de congruencia, al superior, cuando resuelve el recurso de apelación, sólo le es permitido emitir un pronunciamiento en relación con los aspectos recurridos de la providencia del inferior, razón por la cual la potestad del juez en este caso se encuentra limitada a confrontar lo decidido con lo impugnado en el respectivo recurso y en el evento en que exceda las facultades que posee en virtud del mismo, se configurará la causal de nulidad prevista en el numeral 2 del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, relativa a la falta de competencia funcional.³⁶

Ahora bien, es pertinente señalar que el mencionado artículo 357 del Código de Procedimiento Civil establece en su último inciso que en los casos en los cuales *“se hubiere apelado una sentencia inhibitoria y la revocare el superior; este deberá proferir decisión de mérito aun cuando fuere desfavorable al apelante”*

Respecto de la anterior disposición esta Sala expuso lo siguiente:

“Es importante advertir que, conforme lo dispone el último inciso del artículo 358 (sic) del Código de procedimiento Civil aplicable en este caso por remisión expresa del artículo 267 del código Contencioso Administrativo, cuando se hubiere apelado “una sentencia inhibitoria y la revocare el superior, éste deberá proferir decisión de mérito aun cuando

³⁵ **ARTÍCULO 267.** En los aspectos no contemplados en este código se seguirá el Código de Procedimiento Civil en lo que sea compatible con la naturaleza de los procesos y actuaciones que correspondan a la jurisdicción en lo contencioso administrativo”.

³⁶ En este sentido se pronunció esta Sala mediante sentencia de 1 de junio de 2004. M.P. Alir Eduardo Hernández Enríquez Exp. 1999-5177-01(14145). “Ahora bien, en cumplimiento del principio de no reformatio in pejus y conforme a lo dispuesto en el artículo 357 del Código de Procedimiento Civil, la apelación se entiende interpuesta en lo desfavorable al apelante y, por ello, el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que, en razón de la reforma, fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquélla. Cosa distinta sucede cuando ambas partes han apelado, evento en el cual el superior puede resolver sin limitaciones, o cuando la demandante apela y debe surtirse la consulta en favor de la administración, caso en el que la competencia del ad quem debe sujetarse a diferentes criterios, teniendo en cuenta el objeto de la apelación interpuesta”. Nota original de la cita.

fuere desfavorable al apelante”. En otras palabras, en el presente asunto, la Sala tiene competencia sin límites para resolver los problemas jurídicos sometidos a su consideración³⁷”

De conformidad con la anterior disposición, si el juez de segunda instancia concluye que no era procedente dictar sentencia inhibitoria y decide revocarla, deberá proceder, sin atender a la competencia establecida en virtud del recurso de apelación, a pronunciarse de fondo sobre las pretensiones y excepciones planteadas en la demanda y en su respectiva contestación de conformidad con lo que resulte demostrado en el proceso³⁸”

En ese orden, queda desvirtuado en este punto, que Consejo de Estado debía devolver el expediente al Juez de Primera instancia, en el caso al Tribunal Administrativo de Sucre, pues tenía competencia funcional para entrar a dictar la sentencia que en derecho corresponda y en tal sentido, no se puede predicar un error por falta de aplicación o indebida aplicación normativa, que permita afirmar que la providencia del Consejo de Estado es contraria a la Ley.

El otro punto de la censura formulada por el actor a la sentencia del Consejo de Estado del 29 de abril de 2010, es que existió un indebido análisis y apreciación probatoria de las irregularidades (enmendaduras, tachaduras, omisión de firmas) que afectaron los actos electorales y que son constitutivos de error judicial, punto, en el que comparte esta Sala las apreciaciones probatorias que al efecto realizó el A quo, para desestimar los supuestos errores que endilga el demandante, para concluir como hará este Tribunal que no se configura constituir un error de hecho.

En primer lugar, tenemos que el Consejo de Estado en su Sección Quinta al realizar el análisis probatorio encontró que no existía prueba de la alteración de los resultados electorales, lo cual, corrobora esta instancia judicial, puesto que si bien, hay documentos electorales que contienen “tachones o borrones”, de los mismos no se puede extraer certeza o concluir que el resultado electoral consignado en los formularios E-14 y E 14 (folio 25 cuaderno No. 2) fue variado o modificado en virtud de esas enmendaduras o tachas; porque no hay elementos que determinen cual era el supuesto valor numérico de votos que previamente se había consignado y que término alterado, carga probatoria que le correspondía en dicho momento y que en esta causa judicial no se puede extraer de la prueba testimonial que se recaudó en

³⁷ COSEJO DE ESTADO. Sección Tercera, Auto de 5 de diciembre de 2005. Exp. 1990-5732 (12158). M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Nota original de la cita.

³⁸ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera, expediente No. : 52001-23-31-000-2001-00122-01 (32800). Providencia del 1º de abril de 2009. Consejera Ponente: RUTH STELLA CORREA PALACIO

primera instancia³⁹, pues el proceso de reparación directa adelantado fundado en su presunto error judicial, no es una tercera instancia, como en líneas anteriores se anotó, puesto que la falsedad requiere de ejercicios de constatación y comparación entre varios documentos electorales.

Considera esta Tribunal, que ninguna eficacia sobre los resultados electorales que conduzcan a la anulación del acto electoral demandado arroja la argumentación del demandante, pues no se demostró la alteración del resultado y la diferencia de cifras en los votos consignados en las tarjetas electorales verdaderamente depositadas en las urnas, esto es, que los datos consignados eran distantes de los reales, falseando la verdad electoral y con ello el resultado final del escrutinio⁴⁰.

La sola tachadura, no configura entidad suficiente para configurar el vicio de anulación endilgado, pues no se tiene como confrontar las afirmaciones de la demanda frente al dato final, donde resultó electo el señor GUSTAVO FUENTES HERAZO.

Debe recordarse y así lo ha señalado el H. Consejo de Estado que “sobre un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de derecho, todas jurídicamente admisibles en tanto jurídicamente justificadas, por lo que el error viene a tener lugar cuando la decisión carezca de una justificación coherente, razonable, jurídicamente atendible que la provea de aceptabilidad”⁴¹ y que “el ejercicio de valorar una prueba, no es un tópicos que se lleve a cabo sobre cada medio probatorio de manera aislada, sino que, por el contrario, el examen fáctico supone un estudio en conjunto, armónico, en la medida en que algunos medios probatorios inciden en el

³⁹ Jaime Alberto Lechuga Rodríguez y Sandra Marcela Lambraño Pacheco

⁴⁰Huelga señalar que no se prueba, actuaciones para verificar la exactitud o diferencias de las cifras de los votos que haya obtenido cada lista o candidato, en las cuales funda su reclamación judicial la parte actora y que en su sentir no fueron apreciadas y son la causa del daño cuya reparación se deprecia.

⁴¹ CONSEJO DE ESTADO, Sección Tercera Subsección C. Radicación número: 13001-23-31-000-1997-12710-01(30300). En esta providencia, se señala que: “todo error fáctico entraña la confluencia de tres elementos, a saber: hecho, prueba y valoración; el primero, se presenta a través de una enunciación dada por las partes que integran la relación jurídica procesal, la cual adquiere confirmación –declaratoria de verdad o falsedad- a partir del segundo elemento –la prueba-, la que se erige como el medio de validación o refutación de un hecho. El tercero, la valoración, vendrá a constituir el ejercicio realizado por el juzgador, en virtud del cual confronta las afirmaciones con los soportes respectivos, rescata los relevantes y llega a las conclusiones, ejercicio que discurre a partir de una libre apreciación razonada, dentro de un marco de crítica lógica y examen en conjunto. En esos elementos el error de hecho oscila, pues puede tener lugar ante una omisión de decreto –no promover la realización de pruebas conducentes- ante una valoración negativa –no valorar las pruebas obrantes-, o ante una indebida valoración”

soporte de otros; o de la fusión del contenido de unos con otros, surge la confirmación de hechos relevantes para el proceso”⁴².

Concluye la Sala, que ningún desfase probatorio se puede derivar del análisis realizado del Consejo de Estado, en tanto realizó un razonamiento derivado del valor individual y conjunto de los medios probatorios arrimados en ese momento al proceso, sin que se haya dejado de apreciar u omitir alguno de ellos y por tal razón no se configura el error judicial endilgado.

2. DE LA REPOSABILIDAD QUE SE ENDILGA A LA PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, DEFENSORIA DEL PUEBLO Y CORTE CONSTITUCIONAL.

Desestimada la existencia de error judicial, pasa el TRIBUNAL a pronunciarse sobre la endilgada responsabilidad por los actores a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, DEFENSORIA DEL PUEBLO Y CORTE CONSTITUCIONAL.

La argumentación de la P. activa para enrostrar responsabilidad patrimonial a los entes antes señalados, parte de la base que con su actuación u omisión conllevaron a la configuración del error jurisdiccional, creando condiciones para la concreción y causación del daño reclamado, al no resultar electo como concejal del municipio de Sincelejo el señor ZOROBEL ROMERO MARTÍNEZ.

Pues bien, para que structure la falla del servicio sea por virtud de una actuación u omisión del Estado o de sus agentes, se requiere necesariamente el incumplimiento de un contenido obligacional sobre el cual se pueda imputar un daño, daño que dicho sea de paso, debe reunir las condiciones de ser cierto, personal y directo, recordando que Si no hay daño no hay responsabilidad, pues este, es el punto de partida de la responsabilidad⁴³.

En ese orden, considera la Sala que el daño que se endilga a la PROCURADURIA GENERAL DE LA NACIÓN, DEFENSORIA DEL PUEBLO Y CORTE CONSTITUCIONAL carece de la característica de certeza, por cuanto es incierto o si se quiere eventual, porque aún con las actuaciones en los términos solicitados por el

⁴² Ídem.

⁴³ Ver, Consejo de Estado, Sección Tercera, marzo 5/98, C.P. Suárez Hernández, en donde se señaló que la ausencia de daño es suficiente para hacer vano una pretensión de responsabilidad. “pues no habiéndose acreditado el daño de la responsabilidad deprecada, inútil resulta entrar en el análisis de los demás elementos de ésta.

actor, no es posible determinar que el resultado de la demanda electoral hubiese cambiado y con ello, se anularía la elección del señor GUSTAVO FUENTES como concejal electo del municipio de Sincelejo y por ende, entraría a ocupar su lugar o curul el señor ROMERO MARTÍNEZ.

El. H. Consejo de Estado, ha señalado que un perjuicio puramente eventual, hipotético, fundado en meras suposiciones o en conjeturas no es indemnizable, ya que es necesario que no exista duda alguna en relación con su ocurrencia⁴⁴.

Para la Sala, en el evento en que el concepto del Ministerio Público hubiese sido favorable al demandante en el curso de su proceso electoral, ello solo generaría una expectativa que no puede calificarse como daño, puesto que dichos conceptos no obligan a la célula judicial frente a la cual los Procuradores Delegados fungen como agentes del Ministerio Público⁴⁵; misma situación que acontece frente a la Defensoría y la Corte Constitucional.

En efecto, aún si la Defensoría del Pueblo hubiese presentado la insistencia de revisión de la acción de tutela del señor ZOROBEL ROMERO MARTÍNEZ, o aún si esta hubiese sido seleccionada por la Corte Constitucional para la revisión, ello en manera alguna, podría dar lugar a concluir que se cambiaría la decisión adoptada por el Consejo de Estado, en no acceder a las suplicas de la demanda electoral, generándose solo unas expectativas remotas que en el derecho de daño no se protegen, pues estaríamos en presencia de un daño eventual, hipotético, al no existir certeza de las consecuencias que dichas actuaciones pudieron acarrear, siendo que el daño no puede partir de especulaciones o elucubraciones sin sostén fáctico real.

Así las cosas, no existiendo certeza no existe daño y por ende no hay lugar a responsabilidad alguna de las entidades señaladas en líneas anteriores, pues sin daño se hace irrelevante e intrascendente continuar con el estudio de la imputación.

En conclusión, este Tribunal encuentra plenamente ajustada a la realidad probatoria la sentencia adoptada por la Juez Sexta Administrativa del Circuito de Sincelejo

⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 41001233100019958146-01, jun. 26/12, C. P. Mauricio Fajardo Gómez

⁴⁵ Decreto 262 de 2000.

desestimatoria de la pretensiones de la demanda, razón por la cual, la misma será confirmada.

CONDENA EN COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Con la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011 rige un criterio objetivo en su imposición de conformidad con el artículo 188 de la citada codificación y como quiera que en este caso no prosperó el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, hay lugar a condenar en costas.

Al respecto, el H. Consejo de Estado Sección Segunda, en sentencia del 7 de abril de 2016, radicado No. 1300123330000130002201 (12912014), sobre la condena en costas en los procesos regulados por la Ley 1437 de 2011, señaló:

“Ahora bien, a raíz de la expedición del nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en anteriores oportunidades y en materia de condena en costas, la Subsección A sostuvo que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011, no implicaba la condena de manera “automática” u “objetiva”, frente a aquel que resultara vencido en el litigio.

Ello, en consideración a que debían observarse una serie de factores, tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre los gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez debía ponderar dichas circunstancias y sustentar la decisión, existiendo un margen de análisis mínimo en el que el juez evaluara las circunstancias para imponerla, o no.

Sin embargo, en esta oportunidad la Subsección A varía aquella posición y acoge el criterio objetivo para la imposición de costas (incluidas las agencias en derecho) al concluir que no se debe evaluar la conducta de las partes (temeridad o mala fe). Se deben valorar aspectos objetivos respecto de la causación de las costas, tal como lo prevé el Código General del Proceso, con el fin de darle plena aplicación a su artículo 365. Las razones son las siguientes:

a) El artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, regula que tratándose de costas en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, en la sentencia el juez tiene la obligación de pronunciarse sobre dicho aspecto, con excepción de los asuntos en los que se ventile un interés público.

Asimismo, que la liquidación y ejecución se rigen por lo dispuesto en el Código de procedimiento Civil, hoy Código General del Proceso, artículo 365.

b) De la lectura del artículo 365 en comentario, se observa que varias de las situaciones por las que se impone el pago de las costas del proceso, están relacionadas con el hecho de que una de las partes resultó vencida en el juicio, sin que para tal efecto se indique que adicionalmente debe verificarse mala fe o temeridad como lo refiere la postura anteriormente adoptada y que aquí se substituye.

c) En efecto, la evolución normativa de este concepto en nuestra legislación, específicamente en la jurisdicción de lo contencioso administrativo, permite resaltar tres etapas bien definidas y diferenciadas: Una primera etapa de prohibición, la segunda de regulación con criterio subjetivo, y la última de regulación con criterio objetivo. Veamos los detalles:

a) Prohibición de condena en costas al Estado: Consagrada originalmente en el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, conocido como Código Contencioso Administrativo, que prohibía la condena en costas al Estado, aunque sí autorizaba la condena en costas al particular vencido, incluso en incidentes, salvo en nulidad y electorales. Este criterio armonizaba con el antiguo inciso 2º del numeral 1º del artículo 392 del CPC16, modificado por el Decreto 2289 de 1989 artículo 1 numeral 19817, lo que luego derogó la Ley 794 de 2003 artículo 42.

b) Autorización de condena en costas, con criterio subjetivo. La Ley 446 de 1998, al modificar el original artículo 171, consagró una norma que autorizó la condena en costas, previa evaluación del juez de la conducta asumida por las partes¹⁹. Lo novedoso de la reforma fue la terminación del privilegio histórico que se le había conferido al Estado, el cual no podía ser condenado al pago de costas en el litigio.

Esta modificación fue objeto de análisis por parte de esta Corporación en sentencia de 18 de febrero de 1999²⁰, en la cual se precisó lo siguiente:

“[...] La nueva disposición contiene dos modificaciones sustanciales: a) posibilita la condena en costas para la entidad pública vencida, pues bajo la vigencia del artículo 171 del CCA sólo se permitía dicha condena para el litigante particular vencido en el proceso, incidente o recurso, con lo cual se atiende por este aspecto al principio de igualdad de las partes y, b) exige una valoración subjetiva para su condena, en tanto que en la norma anterior el criterio para su procedencia era simplemente objetivo, pues remitía al artículo 392 del Código de Procedimiento Civil. [...]”

Se dijo de la referida modificación, que se trataba de una cláusula abierta o indeterminada, que debía concretarse con la apreciación del juez en cada caso particular.

Por su parte, la Corte Constitucional en la sentencia C-043 del 27 de enero de 2004, declaró exequible la expresión “[...] teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes podrá [...]” del artículo 171, modificado por la L. 446 de 1998.

En esta sentencia la Corte Constitucional retomó el recuento histórico hecho por el Consejo de Estado en la decisión citada anteriormente e hizo lo propio con las decisiones adoptadas por ella misma sobre los criterios objetivos y subjetivos de imposición de condena en costas, tanto en el CPC como en el CCA.

Finalmente, en la sentencia de constitucionalidad se dio alcance a la reforma del artículo 171 del CCA al precisar que “[...] No cabe duda ahora de que él permite la condena en

costas a las entidades públicas vencidas, tanto en lo concerniente a las expensas judiciales como a las agencias en derecho (salvo el impuesto de timbre). [...] ”Y que “[...] es muy clara en cuanto introduce un factor subjetivo en la determinación de la responsabilidad de las partes por el reembolso de las costas judiciales y así lo ha reconocido también el Consejo de Estado [...]”. Ello, señaló la sentencia, pese a la remisión que se hacía al artículo 392 del CPC que regulaba un criterio objetivo en tal sentido. Continúa la Corte Constitucional, *“[...] pues este aspecto es regulado de manera distinta por esa misma norma, introduciendo un factor subjetivo para la definición de esa responsabilidad [...]”* tal como lo había precisado el Consejo de Estado en decisión que es objeto de cita en esta sentencia.

a. La condena en costas con criterio objetivo. El CPACA adoptó la misma línea del CPC y CGP en el sentido de acoger el criterio objetivo para la condena en costas. Veamos las normas que lo consagran:

- i. El artículo 178 que se refiere a condena en costas en los casos del desistimiento tácito.
- ii. El artículo 188 que regula la condena en costas cuando se trate de sentencias, salvo en los procesos en los que se ventile un interés público.
- iii. El artículo 267, regula que en caso de que fuere desestimado el recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, se condenará en costas al recurrente.
- iv. El artículo 268, regula la condena en costas en caso de que alguno de los recurrentes desista del recurso extraordinario de unificación de jurisprudencia, salvo que se interponga ante el Tribunal antes de haberse enviado al Consejo de Estado.

Las reglas previstas en los literales 1, 3 y 4 de la anterior relación, permiten interpretar el enunciado deóntico “dispondrá” que consagra el artículo 188 *ibídem*, el cual puede asimilarse al enunciado “decidirá”, lo que necesariamente lleva a señalar que se supera el criterio optativo propio del criterio subjetivo, para avanzar hacia la condena en costas por un criterio valorativo, con base en los presupuestos objetivos reseñados por la legislación procesal civil.

d- Por su parte, el artículo 365 del CGP que fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C-157 de 21 de marzo de 2013, ratificó el criterio objetivo valorativo de la norma, al señalar lo siguiente:

“[...] La condena en costas no resulta de un obrar temerario o de mala fe, o siquiera culpable de la parte condenada, sino que es resultado de su derrota en el proceso o recurso que haya propuesto en el artículo 365.

Al momento de liquidarlas, conforme al artículo 366, se precisa que tanto las costas como las agencias en derecho corresponden a los costos en los que la parte beneficiaria de la condena incurrió en el proceso, siempre que exista prueba de su existencia, de su utilidad y de que correspondan a actuaciones autorizadas por la ley. De esta manera, las costas no se originan ni tienen el propósito de ser una indemnización de perjuicios causados por el mal proceder de una parte, ni pueden asumirse como una sanción en su contra. [...]”

e- En virtud de lo anterior y conforme la evolución normativa del tema, puede concluirse que el legislador cambió su posición al respecto, para regular la condena en costas a ambas partes en la jurisdicción de lo contencioso administrativo con un criterio netamente objetivo, excepto en cuanto corresponda a los procesos en los que se ventile un interés público, en los cuales está legalmente prohibida la condena en costas.

f- Esta postura fue adoptada recientemente por la Corporación en sede de tutela, decisión que se transcribe *in extenso* por ser perfectamente aplicable puesto que corrobora el criterio objetivo en la materia.

“[...] 2.5.3. Sobre la condena en costas y agencias en derecho en el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

“En cuanto al último motivo de inconformidad de la accionante, relativo a que se le condenó a asumir las costas del proceso y las agencias en derecho, aunque no actuó de mala fe o de manera temeraria, se destaca que el artículo 188 de la Ley 1437 de 2011 señala, 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”, actualmente por el Código General del Proceso, que en sus artículos 361 y siguientes regula lo correspondiente a la costas del proceso.

“Para el caso de autos se estima pertinente precisar en primer lugar, que según el artículo 361 del mencionado código, “las costas están integradas por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho²⁴”, y que de conformidad con el artículo 365 del mismo estatuto, las siguientes constituyen algunas de las circunstancias por la que puede condenarse en costas:

En consonancia con lo anterior, se encuentra el artículo 80 del Código General del Proceso, en el cual puede apreciarse que un asunto es que pueda sancionarse a una de las partes por actuar de mala fe o de manera temeraria, y otra, que deba imponérsele a una de las partes el pago de las costas:

“Artículo 80. Responsabilidad patrimonial de las partes.

Cada una de las partes responderá por los perjuicios que con sus actuaciones procesales temerarias o de mala fe cause a la otra o a terceros intervinientes. Cuando en el proceso o incidente aparezca la prueba de tal conducta, el juez, sin perjuicio de las costas a que haya lugar, impondrá la correspondiente condena en la sentencia o en el auto que los decida. Si no le fuere posible fijar allí su monto, ordenará que se liquide por incidente.

[...]”.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, tampoco se advierte que el Tribunal accionado haya incurrido en alguna de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias, al haberle impuesto a la demandante al pago de las costas del proceso, que incluyen las agencias del derecho²⁵, en tanto al

revocarse la sentencia de primera instancia proferida en su favor, la peticionaria resultó vencida en el juicio. [...]”

El análisis anterior permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas:

- 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) La cuantía de la condena en agencias en derecho, en materia laboral, se fijará atendiendo la posición de los sujetos procesales, pues varía según sea la parte vencida el empleador, el trabajador o el jubilado, estos últimos más vulnerables y generalmente de escasos recursos, así como la complejidad e intensidad de la participación procesal (Acuerdo núm. 1887 de 2003 Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura).
- e) Las estipulaciones de las partes en materia de costas se tendrán por no escritas, por lo que el juez en su liquidación no estará atado a lo así pactado por éstas.
- f) La liquidación de las costas (incluidas las agencias en derecho), la hará el despacho de primera o única instancia, tal y como lo indica el CGP27, previa elaboración del secretario y aprobación del respectivo funcionario judicial.
- g) Procede condena en costas tanto en primera como en segunda instancia.”

En tal sentido, la condena obrara estrictamente en lo que este probado en sujeción a lo dispuesto en el numeral 8 del artículo 365 del CGP y bajo los parámetros del Acuerdo 1887 de 2003 emanado de la Sala Administrativa del CSJ, por lo que al tenor del artículo 6 – III-3.1.3. Corresponderá a la Secretaría del Juzgado de primera instancia proceder a elaborar la liquidación de costas en esta instancia.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE, SALA PRIMERA DE ORALIDAD, ADMINISTRANDO JUSTICIA EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY,**

FALLA:

PRIMERO: CONFÍRMESE la sentencia proferida el 5 de febrero de 2016 por el Juzgado Sexto Administrativo Oral del Circuito Judicial de Sincelejo, que negó las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas.

SEGUNDO: CONDÉNASE en costas a la parte demandante, conforme lo expuesto en precedencia. Por el *A quo*, **REALÍCESE** la liquidación correspondiente.

TERCERO: En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen, previa anotación en el sistema informático “Justicia Siglo XXI”. Las copias que se soliciten de los fallos de primera y segunda instancia, se tramitarán por la secretaría del Juzgado de primer grado.

Esta providencia se discutió y aprobó en Sala conforme consta en el acta No. 129 de la fecha.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

CÉSAR ENRIQUE GÓMEZ CÁRDENAS

RUFO ARTURO CARVAJAL ARGOTY

SILVIA ROSA ESCUDERO BARBOZA.