

CONSEJERO PONENTE: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA



Bogotá, D.C., veintidós (22) de noviembre del dos mil diecisiete (2017)

Radicación: 25000233600020120023101 (47589)
Actores: ISAAC NICOLAS ALVARADO BELTRAN Y OTROS
Demandado: LA NACIÓN – RAMA JUDICIAL
Asunto: MEDIO DE CONTROL DE REPARACIÓN DIRECTA (SENTENCIA)

Contenido: **Descriptor:** Se confirma la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones, porque no se configuró el daño alegado. **Restrictor:** Legitimación en la causa por activa y pasiva – Caducidad- Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado- La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia. Responsabilidad del Estado por error jurisdiccional-

Decide la Sala de Sub-sección el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora, contra la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” en el marco de la audiencia inicial del **15 de mayo de 2013**¹ mediante la que se dispuso negar las pretensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

1. LA DEMANDA.

Fue presentada el **24 de agosto de 2012** por Isaac Nicolás Alvarado Beltrán y Nidia Margoth Rivera Bernal quienes actúan en nombre propio y de los menores Frank Nicolás Alvarado Rivera y Nicolle Milagros Alvarado Rivera, mediante apoderado judicial, en ejercicio del medio de control de reparación directa prevista en el artículo 140 del C.P.A.C.A., con el objeto de que se hicieran las siguientes declaraciones y condenas²:

*“Que se declare patrimonialmente responsable a LA NACION- RAMA JUDICIAL – DIRECCION EJECUTIVA DE ADMINISTRACION JUDICIAL-CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA- **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA-SECCION SEGUNDA SUBSECCION “D”** por los daños materiales y morales y responsabilidad absoluta de los demás derechos económicos ocasionados con el fallo proferido dentro del expediente N° 2003-0089 proferido por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA SECCION SEGUNDA SUBSECCION “D”*

TASACION DE DAÑOS MORALES

*Se tazan los daños morales en 500 salarios mínimos legales mensuales vigentes, que son distribuidos EN EL ACTOR SU ESPOSA, Y SUS DOS HIJOS, siendo para cada uno lo que corresponda a 100 S.M.L.M.V.
(...)*

¹ Fls. 219-229 del C.P

² Fls. 1 - 53 del C. 1.

Fl.98 CD contiene escrito de la demanda

TASACION DE DAÑOS MATERIALES

Daño emergente:

El actor debería devengar como INTENDENTE DE LA POLICIA NACIONAL la suma mensual de \$ 2.500.000 mcte, suma que debe multiplicar desde el momento de su retiro que ocurrió en OCTUBRE del año 2002, hasta la fecha de la presentación de la presente demanda, es decir, UN TIEMPO FISICO DE 09 AÑOS Y 10 MESES, incluyendo para el efecto LA PRIMA DE MITAD DE AÑO Y LA DE NAVIDAD, es decir esta suma mensual se debe multiplicar por 14 salarios anuales incluidas la dos primas como se dijo anteriormente, por 09 AÑOS Y DIEZ MESES, fecha en la cual se produjo su retiro de la policía nacional.

NOTA: POR CADA AÑO SON 14 SALARIOS X \$ 2.500.000= \$ 35.000.000 MCTE. LUEGO SE DEBE MULTIPLICAR ESTE RESULTADO POR EL NUMERO DE AÑOS QUE LLEVA EN RETIRO, LO CUAL ARROJA LA SIGUIENTE SUMA

09 años x 14 salarios; arrojan 126 meses; mas 11 meses incluyendo prima de mitad de año, para un total como sigue:

- 137 meses X 2'500.000 mcte; = \$ 342.500.000

TOTAL DAÑO MERGENTE; LA SUMA DE \$ 342.500.000 MCTE.

LUCRO CESANTE.

COMO VIDA FUTURA, Y ATENDIENDO QUE EL ACTOR TIENE 50 AÑOS DE EDAD, ASI LAS COSAS LE QUEDAN 25 AÑOS DE VIDA SEGÚN LA JURISPRUDENCIA, ES DECIR DEBEMOS MULTIPLICAR LOS 25 AÑOS DE VIDA FUTURA X \$ 35.000.000 MCTE anuales que debería devengar OSTENTADO EL GRADO DE INTENDENTE, EL CUAL ARROJA LA SIGUIENTE SUMA

- 25 años x 14 salarios anuales, lo cual arroja un total de 350 meses, que multiplicados por la suma de \$ 2'500.000 mcte, arroja una suma de \$ 875.00.000. mcte.

Solicito al despacho, que al momento de dictar el fallo condenatorio se le aplique EL INDICE DE PRECIO AL CONSUMIDOR.

TOTAL POR LUCRO CESANTE; LA SUMA DE \$ 875.000.000 MCTE.

(...)

DEL DAÑO MATERIAL; DE VIDA EN RELACION DE PAREJA

El daño que se ha producido en la vida de relación de pareja de mi poderdante es evidente por esta insospechada sentencia, pues se tenía (sic) la firme convicción de ser reintegrado al servicio activo de la policía nacional y así retomar de manera íntegra (sic) su vida conyugal, toda vez, que la expectativa de volver a vestir su uniforme tenía a la señora NIDIA MARGOTH en una situación emocional muy alta, y desde luego a volver a recibir un salario muy por encima de la PENSION que estaba devengado su esposo, ya que recibe menos de la mitad que debería estar devengando como INTENDENTE DE LA POLICIA NACIONAL, situación que ha conllevado a que su vida conyugal se haya visto mermada pues la postración anímica por esta desdicha ha mermado la actividad matrimonial en todos sus ordenes, (sic) motivo por el cual se considera como un daño que asciende a la suma **de 300 SMLMV, ES DECIR QUE CORRESPONDE A LA SUMA DE \$ 169'900.000 MCTE,** (...)

EL GRAN TOTAL DE DAÑOS MATERIALES LOS TASO EN \$ 1'386.000.000 MCTE – MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL- CUANTIA QUE PROPONGO PARA EFECTOS DE LA COMPETENCIA DEL HONORABLE TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CUNDINAMARCA. (...)

1.1. FUNDAMENTO FÁCTICO.

Como fundamento de las pretensiones, la parte actora relató los hechos que la Sala sintetiza así:

El señor Alvarado Beltrán en el año 2003 instauró una demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional en la cual, solicitó lo siguiente:

“...Que es nula parcialmente la resolución N° 02589 DEL 22 DE OCTUBRE DE 2002, notificada el día 24 de octubre de mismo año, acto proferido por el señor DIRECTOR GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL, donde se retira del servicio activo de la policía nacional en el grado de INTENDENTE al actor, por haber obtenido una DISCAPACIDAD LABORAL DEL 30.5%. (...) Como restablecimiento del derecho se condene a la NACION MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL-POLICIA NACIONAL, ordene el REINTEGRO de mi poderdante AL SERVICIO ACTIVO DE LA POLICIA NACIONAL EN UN CARGO IGUAL O SUPERIOR DEL QUE EJERCIA AL MOMENTO DE SU DESVINCULACION.”

Proceso que en primera instancia conoció el Juzgado 08 Administrativo de Descongestión de Bogotá quien el **19 de junio de 2009** resolvió declarar la nulidad de la Resolución 02589 de Octubre 22 de 2002 proferida por el Director General de la Policía Nacional, mediante el cual se retiró del servicio por disminución de la capacidad psicofísica al señor ISAAC NICOLAS ALVARADO BELTRAN, quien ostentaba el grado de intendente en la Policía Nacional y,

“TERCERO. Como consecuencia de lo anterior ordenar al ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional, reintegrar al señor ISAAC NICOLAS ALVARADO BELTRAN, en el grado que ostentaba al momento del retiro y en un cargo en el que se pueda desempeñar conforme a la limitación física que tenga en el momento para el cual se haga efectiva la reincorporación a la entidad.

CUARTO. Ordenar a la entidad demandada reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde cuando fue desvinculado y hasta cuando sea efectivamente reintegrado de conformidad con la fórmula planteada en la parte motiva.”

La anterior decisión fue recurrida por la parte demandada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, de dicho recurso conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca- Sección Segunda- Subsección “D” quien confirmó parcialmente la sentencia del 19 de junio de 2009, proferida por el juzgado (08) Administrativo de Descongestión de Bogotá, puesto que modificó la orden de reintegro que había dado el *a-quo*; en su lugar dispuso que el Ministerio de Defensa debía:

“pagar a título indemnizatorio al señor Isaac Nicolás Alvarado Beltrán, identificado con la

cedula de ciudadanía 413.280 de Tibacuy, la ASIGNACIÓN DE RETIRO, desde el momento de su retiro, esto es, el 22 de octubre de 2002, hasta la fecha en que se le dio efectos fiscales al reconocimiento de la asignación de retiro por resolución 489 de 19 de febrero de 2009, que a su vez fue aclarada mediante resolución 828 de 4 de marzo de 2009.”

Señaló la parte demandante que el **06 de abril del año 2011** solicitó la corrección de la sentencia de segunda instancia, pues, a su juicio se había incurrido en error, petición que negó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D con fundamento en que los fallos son inmodificables por quien los dictó.

Por último, indicó que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección D, al dictar la decisión de segunda instancia dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho, incurrió en un error judicial al fallar de manera incongruente con las pretensiones de la demanda y la entidad demandada; pues lo que ordenó el Tribunal es contrario a lo solicitado en la demanda contenciosa, toda vez que en la misma lo que se pretendía era que se ordenara a la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional el reintegro del actor al servicio activo con todas sus consecuencias económicas, más no que se ordenara el reconocimiento de una asignación de retiro la cual para el momento de esa decisión ya se la había reconocido la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

2. ACTUACIÓN PROCESAL EN PRIMERA INSTANCIA.

2.1. ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

Mediante auto del **08 de octubre de 2012**, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” admitió la demanda contra la Nación – Rama Judicial y ordenó tramitarla conforme a ley³. Esta providencia fue notificada el **09 de octubre de 2012** al correo electrónico para notificaciones aportado por la parte demandante, la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, del Ministerio Público y de la Agencia para la Defensa del Estado⁴.

2.2. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.

El **20 de febrero de 2013** la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial presentó escrito de contestación⁵, mediante el cual se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por el actor; arguyó que la decisión proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, se encuentra ajustada a derecho, motivada con argumentos jurídicos, en la misma se valoraron las pruebas aportadas al proceso, por lo que no se encuentra configurado ningún error.

³ Fl. 31 del C. No. 1.

⁴ Fl. 32 del C. No. 1.

⁵ Fls.38 - 42 del C. No. 1.

Por otra, parte indicó que la parte actora hizo consistir el error jurisdiccional en lo siguiente “i) Que el Tribunal no podía revocar el reintegro del accionante y ii) Que no se debía ordenar el pago de una pensión”, al respecto señaló que el razonamiento del Tribunal *“para revocar el reintegro, habida cuenta que no era compatible el pago de asignación de retiro con el pago de salarios. Ahora bien, no se observa que el fallo del Ad quem que se haya ordenado el pago de pensión alguna, por lo cual el enjuiciamiento no tiene vocación de prosperidad”*.

Por otra parte propuso las siguientes excepciones: i) ausencia de causa para demandar; ii) inexistencia del daño antijurídico, y iii) la innominada.

2.3. FIJACIÓN FECHA AUDIENCIA INICIAL

El **15 de abril de 2013** la magistrada ponente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A fijó el **24 de abril de 2013** a las 11:00 AM como fecha para llevar a cabo la audiencia inicial que trata el artículo 180 del C.P.A.C.A, en la providencia advirtió que si en la fijación del litigio se determinaba que el asunto fuere de puro derecho o que no fuera necesario la práctica de pruebas, se dictará la respectiva sentencia conforme lo dispuesto en el artículo 179 del CPACA⁶.

2.3.1. AUDIENCIA INICIAL

El **24 de abril de 2013** se adelantó la audiencia inicial por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A en la que se adelantaron las siguientes etapas establecidas en artículo 180 del CPACA, así⁷:

- 1) Se identificaron a los sujetos procesales.
- 2) Se adelantó la etapa de saneamiento del proceso, en la que se declaró que no existía causal de nulidad que impidiera continuar con la actuación procesal;
- 3) Decidió las excepciones previas, se pronunció de oficio respecto de la caducidad de la acción. Seguidamente, señaló que existía una falta de legitimación por activa de la representación de los menores, por lo que suspendió la audiencia y le concedió el término de 5 días a la parte demandante para que aportara copia de los registros civiles de los menores que acudieron en calidad de demandantes, y fijó que el **15 de mayo de 2009** se reanudaría la audiencia.

Seguidamente, el **15 de mayo de 2013** continuó con la audiencia inicial el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A establecida en artículo 180 del CPACA, en la misma se;

⁶ Fl. 58 del C.No.1

⁷ Fls. 59-60 del C. N° 1 Acta audiencia inicial

Fl. 61 del C. N.º 1 Obra CD que contiene parte de la audiencia inicial

- 1). Identificaron nuevamente los sujetos procesales.
- 2). Señaló que no había lugar a pronunciarse respecto de alguna excepción previa.
- 3) Fijó el litigio en el siguiente sentido: *“¿Se configura un error jurisdiccional, atribuido a la sentencia de segunda instancia proferida el 01 de julio de 2008 por la Subsección D de la Sección Segunda del Tribunal Administrativo de Cundinamarca dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho según demanda del señor Isaac Nicolás Alvarado Beltrán contra el Ministerio de Defensa Nacional-Policía Nacional; sentencia que modificó la orden de reintegro laboral del a quo y en su lugar, ordenó el pago de los salarios hasta la fecha de la asignación de retiro?”*
- 4) Con relación al decreto de medios de pruebas resolvió no librar oficio a la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional para que allegue copia de la asignación de retiro del actor, porque no se indicó el objeto, ni era pertinente, decisión que recurrió la parte demandante, la cual desató la magistrada ponente en el sentido de confirmar. Asimismo, señaló que como no había pruebas que practicar, pasó a la fase de alegaciones y sentencia establecida en el artículo 182 del CPACA.

2.3.2. AUDIENCIA DE ALEGACIONES Y JUZGAMIENTO

Con base en lo dispuesto en el artículo 182 del C.P.A.C.A., se integró la Sala de decisión del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A” quienes procedieron a escuchar los alegatos de las partes y el concepto del Ministerio Público, respectivamente, así:

En primer lugar se pronunció la parte demandante, quien reiteró que el fallo proferido por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión se encontraba ajustado a lo solicitado en la demanda de nulidad y restablecimiento del Derecho; situación que no sucedió con la decisión que se profirió dentro de ese proceso en segunda instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D quien profirió un fallo incongruente con lo pedido en la demanda.

En segundo lugar, la parte demandada reiteró que el error judicial alegado por la parte demandante no se encuentra configurado, pues el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, no se ordenó el reconocimiento de una asignación de retiro, sino el pago de los ingresos dejados de percibir.

En tercer lugar, el Ministerio Público expuso las causales del error jurisdiccional, las cuales, a su juicio, no se configuran en el caso en estudio; por el contrario, indicó que lo que se evidencia es una interpretación errada de la parte demandante de la decisión que el Tribunal Administrativo

de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, por lo que en su consideración manifestó que se deben negar las pretensiones de la demanda.

Escuchadas las partes la Sala indicó que existían puntos oscuros acerca de la causal de retiro del demandante y sobre la asignación de retiro reconocida a la parte demandante, por lo que decretó como prueba de oficio, que se aportará la copia de la referida resolución N° 00489, la que fue aportada por la parte demandante, y de la cual se corrió traslado a los demás sujetos procesales.

2.3.3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, señaló que en el caso bajo estudio no evidenció que en la decisión cuestionada se hubiese incurrido en un error fáctico o normativo, ni una indebida interpretación de la demanda; pues, la modificación a la orden de reintegro se fundó de manera motivada y de conformidad a lo dispuesto por la normativa constitucional *“expresa y de imperiosa aplicación, sin que procediera el reintegro del ex servidor que devengaba una asignación mensual de retiro”*, analizado lo alegado por las partes y el material probatorio resolvió:

“PRIMERO: *Negar las pretensiones de la demanda*

SEGUNDO: *Sin condena en costas”.*

3. RECURSO DE APELACIÓN

Contra lo así resuelto, el **24 de mayo de 2013** la parte actora interpuso recurso de apelación en el cual solicitó que se revoque la decisión de primera instancia, pues en su consideración el A quo desconoció la normativa que rige las asignaciones y pensiones de los agentes de la Policía Nacional, pues es claro que los miembros de la fuerza pública tienen un régimen especial. Sostuvo que, contrario a lo esgrimido por el Tribunal sí se encuentra configurado el error judicial, pues si bien la autoridad demandada declaró la nulidad del acto administrativo mediante el cual se retiró al demandante del servicio activo, lo cierto es que no se generó ningún restablecimiento del derecho, pues el actor ya contaba con el reconocimiento de la asignación de retiro, por lo que no es claro que ordenara a la demandada reconocer algo que ya por derecho tenía, toda vez que las pretensiones de la demanda eran claras, pues lo que se pretendió en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho era la nulidad del acto administrativo que lo retiró del servicio y su consecuencia, es que este fuera reintegrado al servicio activo y reubicado laboralmente, además que se le reconocieran los salarios como funcionario activo de la Policía Nacional.

El **11 de mayo de 2013** el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera,

Subsección A concedió el recurso de apelación propuesto por el apoderado de la parte demandante⁸.

4.- El trámite procesal en segunda instancia

El **22 de julio de 2013** se admitió el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante⁹.

A su vez, el **26 de agosto de 2013** corrió traslado a las partes y al Ministerio Público por el término común de 10 días, para que presentaran sus alegatos de conclusión y el concepto, respectivamente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 247 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo¹⁰.

El **13 de septiembre de 2013**, el apoderado de la parte demandante radicó escrito que contenía los alegatos de conclusión, en los cuales reiteró que el *A quo* desconoció que en la sentencia censurada sí se incurrió en un error judicial, como lo fue fallar de manera incongruente, por lo que solicitó que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda de reparación directa¹¹.

El **19 de septiembre de 2013** la parte demandada radicó escrito de alegatos en los que reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda y señaló que se opone a cada una de las pretensiones de la demanda, toda vez que la decisión que se cuestiona la profirió con base en la normas sustantivas y procesales vigentes, motivo por el cual solicitó que se confirmara la decisión de primera instancia¹².

El Ministerio Público el **25 de septiembre de 2013** radicó¹³ el concepto N° 281/2013 en el que solicitó que se confirmara la providencia de primera instancia y se condenara en costas a la parte demandante, por cuanto del material probatorio aportado con la demanda, encuentra que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda Subsección D no incurrió en ningún error judicial, pues al señor Alvarado Beltrán, antes de que se dictara dicha providencia, se le había reconocido la asignación de retiro, por lo que no se podía disponer el reintegro, pese a que se declarara la nulidad del acto de retiro proferido en el año 2002, por cuanto el artículo 128 de la Constitución Política prohíbe la doble asignación del tesoro público.

Por otra parte señaló que, el Tribunal al resolver el recurso de apelación dispuso la nulidad del acto y reparar el daño; más no restablecer el derecho con el reintegro, sino con el pago de su

⁸ Fl. 88 del C.P

⁹ Fl. 92 del C.P

¹⁰ Fl. 94 del C1

¹¹ Fls.95-102 del C.P

¹² Fls. 105-109 del C.P

¹³ Fls. 110-123 del C.P

asignación básica, distinta a la asignación de retiro, limitando el pago de aquella (asignación básica), hasta el momento en que se reconoció ésta (asignación de retiro. Sostuvo también que la orden de pago no constituye una condena contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional, sino contra la Nación – Ministerio de Defensa – Policía Nacional, en tanto que es la consecuencia de la nulidad del acto de retiro, pero limitado hasta la efectividad de la asignación de retiro reconocida por aquella otra entidad.

El proceso entró al despacho para que se elaborara el respectivo fallo el **08 de octubre de 2013**¹⁴.

CONSIDERACIONES

1.- Aspectos procesales

1.1 Competencia

La Sala es competente para conocer del recurso de apelación toda vez que de conformidad con la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, y el auto proferido por la Sala Plena Contenciosa de esta Corporación el 9 de septiembre de 2008, de las acciones de reparación directa relacionadas con el ejercicio de la administración de justicia conocen, en primera instancia, los Tribunales Administrativos y, en segunda instancia, el Consejo de Estado¹⁵.

1.2 Legitimación en la causa

La legitimación en la causa es la *“calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso”*¹⁶ o, en otras palabras, la legitimación en la causa consiste en la identidad de las personas que figuran como sujetos (por activa o por pasiva) de la pretensión procesal, con las personas a las cuales la ley otorga el derecho para postular determinadas pretensiones. Así, es evidente que cuando la legitimación en la causa falte en el demandante o en el demandado, la sentencia debe ser desestimatoria de las pretensiones.

En el caso concreto, comparece al proceso en calidad de **demandantes** Isaac Nicolás Alvarado Beltrán en calidad de víctima directa; Nidia Margoth Rivera Bernal en su calidad de esposa y los menores Frank Nicolás Alvarado Rivera y Nicolle Milagros Alvarado Rivera en calidad de hijos de quien fungió como demandante dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho

¹⁴ Fl. 124 del C. P

¹⁵ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez, Exp.: 2008-00009. En este sentido véase también, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Auto de 9 de diciembre de 2010, Exp.: 39085, C.P.: Ruth Stella Correa; Auto de 21 de octubre de 2009, Exp.: 36913, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez; y Auto de 28 de marzo de 2012, Exp.: 42864, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C- 965 de 2003.

en el que se profirió la providencia de segunda instancia que él considera como contentiva de error judicial; estas personas, en la condición aducida se encuentran legitimados en la causa por activa.

Por otra parte, la demanda fue dirigida contra la Nación – Rama Judicial-, frente a lo cual debe tenerse presente, que el proceso judicial en el que se afirma que ocurrieron los errores judiciales que dieron lugar a este medio de control, lo conoció el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D” en segunda instancia; por ello, la Sala considera que la entidad demandada se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

1.3.- Caducidad de la acción de reparación directa

La caducidad es concebida como un instituto que permite garantizar el derecho de acceso a la administración de justicia y representa una manifestación clara del principio de seguridad jurídica y de la prevalencia del interés general; cuyos términos están fijados en el numeral 2., literal i) del artículo 164 del C.P.A.C.A., que dispone que *“Cuando se pretenda la reparación directa, la demanda deberá presentarse dentro del término de dos (2) años, contados a partir del día siguiente al de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño, o de cuando el demandante tuvo o debió tener conocimiento del mismo si fue en fecha posterior y siempre que pruebe la imposibilidad de haberlo conocido en la fecha de su ocurrencia”*.

La caducidad, a diferencia de la prescripción, no se suspende, salvo la excepción consagrada en la Ley 446 de 1998 y el artículo 21 de la Ley 640 de 2001¹⁷, y sólo se interrumpe, de acuerdo con el literal i) del artículo 164 de la Ley 1437 de 2011, con la presentación de la demanda que cumpla los requisitos y formalidades previstas en el Código aplicable para la presentación de la demanda¹⁸. Tampoco admite renuncia y de encontrarse probada, debe ser declarada de oficio por el juez¹⁹.

Ahora bien, tratándose de la declaración de responsabilidad del Estado por privación error judicial, el término de caducidad se cuenta a partir del día siguiente al de la ejecutoria de la providencia judicial que se acusa como contentiva del error judicial, como lo ha precisado la jurisprudencia de esta Corporación²⁰.

En el caso concreto, la Sala observa que la providencia del **15 de septiembre de 2011** mediante la cual negó la corrección de la sentencia del **01 de julio de 2010** proferida por el

¹⁷ **ARTICULO 21. SUSPENSION DE LA PRESCRIPCION O DE LA CADUCIDAD.** La presentación de la solicitud de conciliación extrajudicial en derecho ante el conciliador suspende el término de prescripción o de caducidad, según el caso, hasta que se logre el acuerdo conciliatorio o hasta que el acta de conciliación se haya registrado en los casos en que este trámite sea exigido por la ley o hasta que se expidan las constancias a que se refiere el artículo 20. de la presente ley o hasta que se venza el término de tres (3) meses a que se refiere el artículo anterior, lo que ocurra primero. Esta suspensión operará por una sola vez y será improrrogable”. (Subrayado fuera de texto)

¹⁸ Consejo de Estado, Auto de fecha 2 de marzo de 2001, Rad. 10909, M.P. Delio Gómez Leyva.

¹⁹ Consejo de Estado, Auto de fecha 26 de marzo de 2007, Rad. 33372, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

²⁰ Consejo de Estado, auto de 15 de septiembre de 2016, Rad. 57.284, C.P.: Jaime Orlando Santofimio Gamboa.

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección “D”, la cual el demandante la considera contentiva del error jurisdiccional, quedó ejecutoriada el día **11 de octubre de 2011**; asimismo, se encuentra que el **01 de julio de 2012 el actor** radicó solicitud de conciliación judicial, la que se llevó a cabo el **27 de julio de 2012**, por lo que contaba hasta el **07 de noviembre de 2013** para presentar la demanda de reparación directa, lo cual tuvo lugar el **24 de agosto de 2012**, esto es, dentro del término de caducidad previsto en el numeral 2., literal i) del artículo 164 del C.P.C.A.

1. Análisis de la impugnación.

El análisis de la impugnación se circunscribirá a los argumentos expuestos y desarrollados por la parte demandante en su escrito de apelación oportunamente presentado de conformidad a lo establecido en el artículo 328 del Código General del proceso. Por lo cual la Sala procederá a analizar si en la providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D proferida el 01 de julio de 2010 incurrió en un error jurisdiccional, el cual le ocasionó un daño antijurídico a los demandantes o si por el contrario como lo declaró el *a quo* la misma se encuentra ajustada a derecho.

Para resolver lo pertinente, la Sala en primer lugar reseñará las pruebas que obran en el expediente; a continuación examinará los presupuestos para configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado; luego se analizará la responsabilidad del Estado por daños derivados de la administración de justicia y finalmente se realizará el análisis del caso concreto,

3. Del acervo probatorio.

Dentro del plenario, obran los siguientes medios de prueba relevantes:

-Registro civil de nacimiento N° 33115583 de Nicoll Milagros Alvarado Rivera en el que consta que es hija de Isaac Nicolás Alvarado Beltrán y Margoth Nidia Rivera Beltrán²¹.

-Registro civil de nacimiento N° 960713 de Frank Nicolás Alvarado Rivera en el que consta que es hijo de Isaac Nicolás Alvarado Beltrán y Margoth Nidia Rivera Beltrán²².

-Registro de matrimonio N° 1703252 en el que consta que los señores Isaac Nicolás Alvarado Beltrán y Margoth Nidia Rivera Beltrán contrajeron matrimonio el 05 de septiembre de 1991 en la Notaría Sexta²³.

²¹ Fl. 31 del C. 2

²² Fl. 29 del C. 2

²³ Fl. 30 del C. 2

-Copia de la resolución N° 000489 del **19 de febrero de 2009** expedida por la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional *“Por la cual se da cumplimiento a sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Tres Administrativo del Circuito de Bogotá – Sección Cuarta, de fecha 28-07-2008 y en consecuencia se revoca en todas sus partes la resolución N° 005279 del 21 de noviembre de 2007, con fundamento en el expediente Administrativo a nombre del señor Agente ® ALVARADO BELTRAN ISSAC NICOLAS, con CC N° 413280”*.

-Providencia del **19 de junio de 2009** proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión del Circuito Judicial de Bogotá dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho que incoó el señor Isaac Nicolás Alvarado Beltrán contra la Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, en la que resolvió²⁴:

“PRIMERO.- Declarar no probada la excepción de caducidad propuesta por el apoderado de la entidad demandada, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO.- Declarar la nulidad de la Resolución 02589 de octubre 22 de 2002 proferida por el Director General de la Policía Nacional mediante la cual se reiteró del servicio por disminución de la capacidad psicofísica al señor ISAAC NICOLAS ALVARADO BELTRAN, (...) quien ostentaba el grado de Intendente de la Policía Nacional.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior ordenar al Ministerio de Defensa Nacional – Policía Nacional, reintegrar al señor ISAAC NICOLAS ALVARADO BELTRAN, en el grado que ostentaba al momento del retiro y en un cargo en el que se pueda desempeñar conforme a la limitación física que tenga en el momento para el cual se haga efectiva la reincorporación a la entidad.

CUARTO.- Ordenar a la entidad demandada reconocer y pagar los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde cuando fue desvinculado y hasta cuando sea efectivamente reintegrado de conformidad con lo planteado en la parte motiva. Los valores aquí reconocidos deberán indexarse mes a mes por tratarse de prestaciones de tracto sucesivo.

QUINTO: Negar el pago de los perjuicios morales de acuerdo a los considerandos. (...).”

-Sentencia del **01 de julio de 2010** proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D mediante la cual resolvió el recurso de apelación presentada por el apoderado de la parte demandada contra la providencia del 19 de junio de 2009 proferida por el Juzgado Octavo Administrativo de Descongestión de Bogotá, en el sentido de²⁵:

“PRIMERO.- CONFIRMASE PARCIALMENTE la sentencia del diecinueve (19) de junio de 2009, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativa de Descongestión de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- MODIFCASE los numerales 3º y 4º de la sentencia del diecinueve (19) de junio de 2009, proferida por el Juzgado Octavo (08) Administrativo de Descongestión de Bogotá, y en su lugar se dispone:

²⁴ Fls. 2-12 del C. 2

²⁵ Fls. 14-24 del C. 2

“TERCERO. Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad y a título de restablecimiento del derecho, se ordena a la Nación – Ministerio de Defensa, a pagar a título indemnizatorio al señor Isaac Nicolás Alvarado Beltrán, identificado con la cédula de ciudadanía 413.280 de Tibacuy, la asignación básica y demás emolumentos devengados por el demandante al momento de su retiro, desde el momento de su retiro, (sic) esto es el 22 de octubre de 2002, hasta la fecha en que se le dio efectos fiscales al reconocimiento de la asignación de retiro por Resolución 489 de 19 de febrero de 2009, que a su vez fue aclarada mediante Resolución 828 de 4 de marzo de 2009”.

-Auto del **15 de septiembre de 2011** del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D mediante el cual negó la solicitud de corrección formuladas por el apoderado de la parte demandante²⁶.

-Constancia del **27 de julio de 2012** expedida por la Procuraduría 127 Judicial II Administrativa en la que se encuentra que el 01 de junio de 2012 la parte demandante radicó solicitud de conciliación y que el 19 de julio de 2012 se llevó a cabo dicha audiencia a la cual no se hizo presente la apoderada de la demanda²⁷.

Los anteriores medios probatorios serán valorados por la Sala para resolver los problemas jurídicos planteados en la impugnación presentada por la parte demandante.

4. Presupuestos para la configuración de la responsabilidad extracontractual del Estado.

Según lo prescrito en el artículo 90 de la Constitución, cláusula general de la responsabilidad extracontractual del Estado²⁸, este concepto tiene como fundamento la determinación de un daño antijurídico causado a un administrado, y la imputación del mismo a la administración pública²⁹ tanto por la acción, como por la omisión, bien sea bajo los criterios de falla en el servicio, daño especial, riesgo excepcional u otro.

En los anteriores términos, la responsabilidad extracontractual del Estado se puede configurar una vez se demuestre el daño antijurídico y la imputación (desde el ámbito fáctico y jurídico).

4.1 El daño.

²⁶ Fls. 26-28 del C. 2

²⁷ Fl. 33 del C. 2

²⁸ “3- Hasta la Constitución de 1991, no existía en la Constitución ni en la ley una cláusula general expresa sobre la responsabilidad patrimonial del Estado. Sin embargo, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y, en especial, del Consejo de

Estado encontraron en diversas normas de la constitución derogada –en especial en el artículo 16- los fundamentos constitucionales de esa responsabilidad estatal y plantearon, en particular en el campo extracontractual, la existencia de diversos regímenes de responsabilidad, como la falla en el servicio, el régimen de riesgo o el de daño especial. Por el contrario, la actual Constitución reconoce expresamente la responsabilidad patrimonial del Estado”. Corte Constitucional, sentencia C-864 de 2004, sentencia C-037 de 2003.

²⁹ Conforme a lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política “los elementos indispensables para imputar la responsabilidad al estado son: a) el daño antijurídico y b) la imputabilidad del Estado”. Sentencia de 21 de octubre de 1999, expedientes: 10948-11643. Es, pues “menester, que además de constatar la antijuridicidad del [daño], el juzgador elabore un juicio de imputabilidad que le permita encontrar un título jurídico distinto de la simple causalidad material que legitime la decisión; vale decir, ‘la imputatio juris’ además de la ‘imputatio facti’”.

El daño comprendido, desde la dogmática jurídica de la responsabilidad civil extracontractual³⁰ y del Estado impone considerar aquello que derivado de la actividad o de la inactividad de la administración pública no sea soportable i) bien porque es contrario a la Carta Política o a una norma legal, o ii) porque sea “irrazonable”³¹, en clave de los derechos e intereses constitucionalmente reconocidos.

En cuanto al daño antijurídico, la Corte Constitucional ha señalado 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”³².

Debe quedar claro que es un concepto que es constante en la jurisprudencia del Consejo de Estado, que debe ser objeto de adecuación y actualización a la luz de los principios del Estado Social de Derecho, ya que como lo señala el precedente de la Sala un *“Estado Social de Derecho y solidario y respetuoso de la dignidad de la persona humana, no puede causar daños antijurídicos y no indemnizarlos”³³*. Dicho daño tiene como características que sea cierto, presente o futuro, determinado o determinable³⁴, anormal³⁵ y que se trate de una situación jurídicamente protegida³⁶.

Es preciso advertir que en la sociedad moderna, el instituto de la responsabilidad extracontractual está llamado a adaptarse, de tal manera que se comprenda el alcance del riesgo de una manera evolutiva y no sujeta al modelo tradicional. Esto implica, para el propósito de definir el daño antijurídico, que la premisa que opera en la sociedad moderna es aquella según la cual a toda actividad le son inherentes o intrínsecos peligros de todo orden, cuyo desencadenamiento no llevará siempre a establecer o demostrar la producción de un daño antijurídico. Si esto es así, sólo aquellos eventos en los que se encuentre una amenaza

³⁰ “(…) el perjudicado a consecuencia del funcionamiento de un servicio público debe soportar el daño siempre que resulte (contrario a la letra o al espíritu de una norma legal o) simplemente irrazonable, conforme a la propia lógica de la responsabilidad patrimonial, que sea la Administración la que tenga que soportarlo”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”, en AFDUAM, No.4, 2000, p.185.

³¹ “(…) que lo razonable, en buena lógica de responsabilidad extracontractual, para las Administraciones públicas nunca puede ser hacerlas más responsables de lo que sea razonable para los entes jurídico-privados que desarrollan en su propio interés actividades análogas”. PANTALEON, Fernando. “Cómo repensar la responsabilidad civil extracontractual (También de las Administraciones públicas)”. ob., cit., p.186.

³² 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.

³³ Agregándose: “Para eludir el cumplimiento de sus deberes jurídicos no puede exigírsele al juez que, como no le alcanzan sus recursos fiscales, no le condene por ejemplo, por los atentados de la fuerza pública, contra la dignidad de la persona humana”. Sección Tercera, sentencia de 9 de febrero de 1995, expediente: 9550.

³⁴ Sección Tercera, sentencia de 19 de mayo de 2005, expediente 2001-01541 AG.

³⁵ “(…) por haber excedido los inconvenientes inherentes al funcionamiento del servicio”. Sección Tercera, sentencia de 14 de septiembre de 2000, expediente: 12166.

³⁶ Sección Tercera, sentencia de 2 de junio de 2005, expediente: 1999-02382 AG.

inminente, irreversible e irremediable permitirían, con la prueba correspondiente, afirmar la producción de un daño cierto, que afecta o genera un detrimento en derechos, bienes o intereses jurídicos, y que esperar a su concreción material, podría implicar la asunción de una situación más gravosa para la persona que la padece³⁷.

4.2 Imputación de la responsabilidad al Estado y fundamento del deber jurídico de reparar.

En cuanto a la imputación exige analizar dos esferas: a) el ámbito fáctico, y; b) la imputación jurídica, en la que se debe determinar la atribución conforme a un deber jurídico (que opera conforme a los distintos títulos de imputación consolidados en el precedente de la Sala: falla o falta en la prestación del servicio; daño especial; riesgo excepcional). Adicionalmente, resulta relevante tener en cuenta los aspectos de la teoría de la imputación objetiva de la responsabilidad patrimonial del Estado. Precisamente, en la jurisprudencia constitucional se sostiene, que la *“superioridad jerárquica de las normas constitucionales impide al legislador diseñar un sistema de responsabilidad subjetiva para el resarcimiento de los daños antijurídicos que son producto de tales relaciones sustanciales o materiales que se dan entre los entes públicos y los administrados. La responsabilidad objetiva en el terreno de esas relaciones sustanciales es un imperativo constitucional, no sólo por la norma expresa que así lo define, sino también porque los principios y valores que fundamentan la construcción del Estado según la cláusula social así lo exigen”*³⁸.

Sin duda, en la actualidad todo régimen de responsabilidad patrimonial del Estado exige la afirmación del principio de imputabilidad³⁹, según el cual, la indemnización del daño antijurídico cabe achacarla al Estado cuando haya el sustento fáctico y la atribución jurídica⁴⁰.

³⁷ "(...) el daño que se presenta a partir de la simple amenaza que permite inferir el agravamiento de la violación del derecho, sin que suponga su destrucción total, no se incluye en los estudios de la doctrina sobre el carácter cierto del perjuicio. Y sin embargo, esta situación también se expresa en el carácter cierto del perjuicio. La única diferencia radica en que la proyección en el futuro se hará a partir de la amenaza y hasta la lesión definitiva y no respecto de las consecuencias temporales de esta última. Por esta razón es necesario tener en cuenta esta nueva situación y hacer una proyección en el futuro partiendo de la amenaza del derecho que implicará un agravamiento de la lesión del mismo (...) Se parte, en acuerdo con C. THIBIERGE cuando expone las carencias actuales de la responsabilidad civil, de tener en cuenta "el desarrollo filosófico del principio de responsabilidad y la idea de una responsabilidad orientada hacia el futuro que le permitiría al derecho liberarse de la necesidad de un perjuicio consumado y de crear una responsabilidad sólo por la simple amenaza del daño, con la condición de que éste último sea suficientemente grave" (...) La alteración del goce pacífico de un derecho es un perjuicio cierto. Aunque se pudiese reprochar que la amenaza de un derecho es por definición contraria a su violación, y por consecuencia, es contraria (sic) a la noción de daño, se reitera que la mera amenaza de violación es de por sí un daño cierto y actual. En efecto, el sentido común indica que el uso alterado de un derecho no es un goce pleno y pacífico de este, precisamente porque supone que se encuentra disminuido (...) La necesidad de estudiar la amenaza de agravación del derecho en la certeza del daño. Los desarrollos de esta primera parte nos permiten concluir que la amenaza de daño pertenece al ámbito del régimen jurídico del daño y por ende de la responsabilidad civil. Excluirlo de la materia deja una parte esencial del daño sin estudio, permitiendo que se instauren concepciones en las cuales el derecho procesal limita el derecho sustancial". HENAO, Juan Carlos, "De la importancia de concebir la amenaza y el riesgo sobre derechos ambientales como daño cierto. Escrito a partir del derecho colombiano y del derecho francés", en VVAA, *Daño ambiental*, T.II, 1ª editorial, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2009, pp.194, 196 y 203.

³⁸ Corte Constitucional, sentencia C-043 de 2004.

³⁹ En los términos de Kant, dicha imputación se entiende: "Imputación (imputatio) en sentido moral es el juicio por medio del cual alguien es considerado como autor (causa libera) de una acción, que entonces se llama acto (factum) y está sometida a leyes; si el juicio lleva consigo a la vez las consecuencias jurídicas del acto, es una imputación judicial (imputatio iudiciaria), en caso contrario, sólo una imputación dictaminadora (imputatio diiudicatoria)". KANT, I. *La metafísica de las costumbres*. Madrid, Alianza, 1989, p.35. En nuestro precedente jurisprudencial constitucional se sostiene: "La jurisprudencia nacional ha recabado en ello al sentar la tesis de que la base de la responsabilidad

En cuanto a lo anterior, la tendencia de la responsabilidad del Estado en la actualidad está marcada por la imputación objetiva que *“parte de los límites de lo previsible por una persona prudente a la hora de adoptar las decisiones”*⁴¹. Luego, la contribución que nos ofrece la imputación objetiva, cuando hay lugar a su aplicación, es la de rechazar la simple averiguación descriptiva, instrumental y empírica de *“cuando un resultado lesivo es verdaderamente obra del autor de una determinada conducta”*⁴².

Esto es sin duda, un aporte dado por Larenz según el cual había necesidad de *“excluir del concepto de acción sus efectos imprevisibles, por entender que éstos no pueden considerarse obra del autor de la acción, sino obra del azar”*⁴³. Con lo anterior, se logra superar, definitivamente, en el juicio de responsabilidad, la aplicación tanto de la teoría de la equivalencia de condiciones, como de la causalidad adecuada, ofreciéndose como un correctivo de la causalidad, donde será determinante la magnitud del riesgo y su carácter permisible o no⁴⁴. Es más, se sostiene doctrinalmente *“que la responsabilidad objetiva puede llegar a tener, en algunos casos, mayor eficacia preventiva que la responsabilidad por culpa. ¿Por qué? Porque la responsabilidad objetiva, aunque no altere la diligencia adoptada en el ejercicio de la actividad (no afecte a la calidad de la actividad), sí incide en el nivel de la actividad (incide en la cantidad de actividad) del sujeto productor de daños, estimulando un menor volumen de actividad (el nivel óptimo) y, con ello, la causación de un número menor de daños”*⁴⁵.

patrimonial del Estado la constituye la imputabilidad del daño. En efecto, con fundamento en la jurisprudencia del Consejo de Estado, la Corte Constitucional ha sostenido que la responsabilidad patrimonial del Estado y de las demás personas jurídicas públicas se deriva de la imputabilidad del perjuicio a una de ellas, lo cual impide extenderla a la conducta de los particulares o a las acciones u omisiones que tengan lugar por fuera del ámbito de la administración pública”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴⁰ El “otro principio de responsabilidad patrimonial del Estado es el de imputabilidad. De conformidad con éste, la indemnización del daño antijurídico le corresponde al estado cuando exista título jurídico de atribución, es decir, cuando de la voluntad del constituyente o del legislador pueda deducirse que la acción u omisión de una autoridad pública compromete al Estado con sus resultados”. Corte Constitucional, sentencia C-254 de 2003.

⁴¹ “El Derecho se dirige a hombre y no a adivinos. Declarar típica toda acción que produzca un resultado dañoso, aun cuando éste fuese imprevisible, significaría que la ley no tiene en cuenta para nada la naturaleza de sus destinatarios; pues una característica del hombre es precisamente la de que no puede prever más que muy limitadamente las consecuencias condicionadas por sus actos. Vincular un juicio de valor negativo (el de antijuridicidad) a la producción de un resultado que el hombre prudente no puede prever sería desconocer la naturaleza de las cosas (más concretamente): la naturaleza del hombre”. GIMBERNAT ORDEIG, E. Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad. Madrid, 1990, pp.77 ss.

⁴² MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴³ LARENZ, K. “Hegelszurechnungslehre”, en MIR PUIG, Santiago. “Significado y alcance de la imputación objetiva en el derecho penal”, ob., cit., p.7.

⁴⁴ JAKOBS, G. La imputación objetiva en el derecho penal. Bogotá, Universidad Externado, 1994. Sin embargo, como lo sostiene el precedente de la Sala: “De conformidad con lo dispuesto por el artículo 90 de la Constitución Política, el Estado tiene el deber de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción u omisión de las autoridades públicas, norma que le sirve de fundamento al artículo 86 del Código Contencioso Administrativo... No obstante que la norma constitucional hace énfasis en la existencia del daño antijurídico como fuente del derecho a obtener la reparación de perjuicios siempre que el mismo le sea imputable a una entidad estatal, dejando de lado el análisis de la conducta productora del hecho dañoso y su calificación como culpable o no, ello no significa que la responsabilidad patrimonial del Estado se haya tornado objetiva en términos absolutos, puesto que subsisten los diferentes regímenes de imputación de responsabilidad al Estado que de tiempo atrás han elaborado tanto la doctrina como la jurisprudencia”. Sentencia de 24 de febrero de 2005, expediente: 14170.

⁴⁵ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema, ob., cit., p.171.

Dicha tendencia es la que marcó la jurisprudencia constitucional, pero ampliando la consideración de la imputación (desde la perspectiva de la imputación objetiva) a la posición de garante donde la exigencia del principio de proporcionalidad⁴⁶ es necesario para considerar si cabía la adopción de medidas razonables para prevenir la producción del daño antijurídico, y así se motivara el juicio de imputación. Dicho juicio, en este marco, obedece sin lugar a dudas a un ejercicio de la ponderación⁴⁷ que el juez está llamado a aplicar bajo la consideración de la utilización de la máxima *“Cuanto mayor sea el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro”*⁴⁸.

Esta formulación no debe suponer, una aplicación absoluta o ilimitada de la teoría de la imputación objetiva que lleve a un desbordamiento de los supuestos que pueden ser objeto de la acción de reparación directa, ni a convertir a la responsabilidad extracontractual del Estado como herramienta de aseguramiento universal⁴⁹, teniendo en cuenta que el riesgo, o su creación, no debe llevar a *“una responsabilidad objetiva global de la Administración, puesto que no puede considerarse (...) que su actuación [de la administración pública] sea siempre fuente*

⁴⁶ El principio de proporcionalidad se compone de tres sub- principios: el principio de idoneidad; el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto. Estos principios expresan la idea de optimización (...). En tanto que exigencias de optimización, los principios son normas que requieren que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, dadas sus posibilidades normativas y fácticas. Los principios de idoneidad y de necesidad se refieren a la optimización relativa a lo que es fácticamente posible por lo que expresan la idea de optimalidad de Pareto. El tercer subprincipio, el de proporcionalidad en sentido estricto, se refiere a la optimización respecto de las posibilidades normativas. Las posibilidades normativas vienen definidas, fundamentalmente, por la concurrencia de otros principios; de modo que el tercer sub principio podría formularse mediante la siguiente regla: Cuanto mayor ser el grado de la no satisfacción o del detrimento de un principio, mayor debe ser la importancia de satisfacción del otro. Esta regla puede denominarse: “ley de la ponderación”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62.

⁴⁷ La ley de la ponderación pone de manifiesto que ésta se puede fraccionarse en tres pasos. El primero consiste en establecer el grado de insatisfacción o de detrimento del primer principio; el segundo, consiste en establecer la importancia de la satisfacción del segundo principio, que compite con el primero y, finalmente, el tercer paso consiste en determinar si, por su importancia, la satisfacción del segundo principio justifica la no satisfacción del primero”. ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.64.

⁴⁸ ALEXY, Robert. “Teoría del discurso y derechos constitucionales”, en VASQUEZ, Rodolfo; ZIMMERLING, Ruth (Coords). Cátedra Ernesto Garzón Valdés., ob., cit., p.62. Sin embargo, se advierte que Habermas ha planteado objeciones a la ponderación: “... la aproximación de la ponderación priva de su poder normativo a los derechos constitucionales. Mediante la ponderación –afirma Habermas– los derechos son degradados a nivel de los objetivos, de las políticas y de los valores; y de este modo pierden la “estricta prioridad” característica de los “puntos de vista normativos”. HABERMAS, Jürgen. Between Facts and Norms, Trad. William Rehg, Cambridge, 1999, p.259. A lo que agrega: “... no hay criterios racionales para la ponderación: Y porque para ello faltan criterios racionales, la ponderación se efectúa de forma arbitraria o irreflexiva, según estándares y jerarquías a los que está acostumbrado”. Para concluir que: “La decisión de un tribunal es en sí misma un juicio de valor que refleja, de manera más o menos adecuada, una forma de vida que se articula en el marco de un orden de valores concreto. Pero este juicio ya no se relaciona con las alternativas de una decisión correcta o incorrecta”. HABERMAS, Jürgen. “Reply to Symposium Participants”, en ROSENFELD, Michel; ARATO, Andrew. Habermas on Law and Democracy. Los Angeles, Berkeley, 1998, p.430.

⁴⁹ La profesora BELADIEZ comparte sin reservas la preocupación por los excesos que desfiguran la institución, admite que con alguna frecuencia se producen <<resultados desproporcionados e injustos>> para la Administración e insiste en advertir que la responsabilidad objetiva no es un seguro universal que cubra todos los daños que se produzcan con ocasión de las múltiples y heterogéneas actividades que la Administración lleva cotidianamente a cabo para satisfacer los intereses generales”. LEGUINA VILLA, Jesús. “Prólogo”, en BELADIEZ ROJO, Margarita. Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos. Con particular referencia a los daños que ocasiona la ejecución de un contrato administrativo. Madrid, Tecnos, 1997, p.23.

de riesgos especiales⁵⁰, y que además debe obedecer a la cláusula del Estado Social de Derecho⁵¹.

Debe, sin duda, plantearse un juicio de imputación en el que demostrado el daño antijurídico, deba analizarse la atribución fáctica y jurídica en tres escenarios: peligro, amenaza y daño. En concreto, la atribución jurídica debe exigir la motivación razonada, sin fijar un solo título de imputación en el que deba delimitarse la responsabilidad extracontractual del Estado⁵², sino que cabe hacer el proceso de examinar si procede en primera medida la falla en el servicio sustentada en la vulneración de deberes normativos⁵³, que en muchas ocasiones no se reducen al ámbito negativo, sino que se expresan como deberes positivos en los que la procura o tutela eficaz de los derechos, bienes e intereses jurídicos es lo esencial para que se cumpla con la cláusula del Estado Social y Democrático de Derecho; en caso de no poder aplicarse dicha motivación, cabe examinar si procede en el daño especial, sustentado en la argumentación razonada de cómo (probatoriamente) se produjo la ruptura en el equilibrio de las cargas públicas; o, finalmente, si encuadra en el riesgo excepcional. De acuerdo con la jurisprudencia de la Sala Plena de la Sección Tercera *“(...) en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1.991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso en concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones tanto fácticas como jurídicas que den sustento a la decisión que habrá que adoptar. Por ello, la jurisdicción de lo contencioso administrativo ha dado cabida a la utilización de diversos “títulos de imputación” para la solución de los casos propuestos a su consideración, sin que esa circunstancia pueda entenderse como*

⁵⁰ MIR PUIGPELAT, Oriol. La responsabilidad patrimonial de la administración. Hacia un nuevo sistema., ob., cit., p.204.

⁵¹ “(...) el tema de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas ha sido abordado tradicionalmente desde la óptica de las garantías individuales. Se trata de una institución que protege al individuo frente a los daños causados por las Administraciones Públicas como consecuencia de la amplia actividad que éstas desarrollan. Pero, desde la perspectiva de la posición de la Administración, la responsabilidad está en el mismo centro de su concepción constitucional como derivación de la cláusula del Estado social de Derecho; derivación que, en hipótesis extrema, puede conllevar que los límites del sistema resarcitorio público estén condicionados por los propios límites del llamado Estado social de Derecho”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.308.

⁵² Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; de 23 de agosto de 2012, expediente: 23492.

⁵³ Merkl ya lo señaló: “El hombre jurídicamente puede hacer todo lo que no le sea prohibido expresamente por el derecho; el órgano, en fin de cuentas, el estado, puede hacer solamente aquello que expresamente el derecho le permite, esto es, lo que cae dentro de su competencia. En este aspecto el derecho administrativo se presenta como una suma de preceptos jurídicos que hacen posible que determinadas actividades humanas se atribuyan a los órganos administrativos y, en último extremo, al estado administrador u otros complejos orgánicos, como puntos finales de la atribución. El derecho administrativo no es sólo la *conditio sine qua non*, sino condijo per quam de la administración”. MERKL, Adolfo. Teoría general del derecho administrativo. México, Edinal, 1975, p.211. Para Martín Rebollo: “Un sistema de responsabilidad muy amplio presupone un estándar medio alto de calidad de los servicios. Y si eso no es así en la realidad puede ocurrir que el propio sistema de responsabilidad acabe siendo irreal porque no se aplique con todas sus consecuencias o se diluya en condenas a ojo, sin reglas fijas o casi con el único criterio de que las solicitudes indemnizatorias no «parezcan» excesivamente arbitrarias o desproporcionadas. Aunque, claro está, lo que sea proporcionado o no, en ausencia de referentes externos sobre cómo debe ser y actuar la Administración, acaba siendo también una decisión subjetiva. De ahí la conveniencia de la existencia de parámetros normativos que señalen cuál es el nivel, la pauta o la cota de calidad de los servicios, es decir, el elemento comparativo y de cotejo sobre cómo debe ser la Administración”. MARTÍN REBOLLO, Luis. “Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la administración.: Un balance y tres reflexiones”, ob., cit., p.311.

*la existencia de un mandato que imponga la obligación al juez de utilizar frente a determinadas situaciones fácticas –a manera de recetario- un específico título de imputación (...)*⁵⁴.

Así mismo, debe considerarse que la responsabilidad extracontractual no puede reducirse a su consideración como herramienta destinada solamente a la reparación, sino que debe contribuir con un efecto preventivo que permita la mejora o la optimización en la prestación, realización o ejecución de la actividad administrativa globalmente considerada.

5. La responsabilidad del Estado por daños derivados de la Administración de Justicia.

Los elementos de la responsabilidad del Estado que se vienen de comentar, han tenido un desarrollo particular en el ámbito específico de la responsabilidad del Estado por los daños derivados de los actos emanados de las autoridades judiciales, o por sus omisiones.

5.1 Régimen desde la óptica convencional

Ese desarrollo, desde la perspectiva convencional está consagrado en los artículos 1.1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos bajo la égida de la tutela judicial efectiva, y del acceso efectivo a la administración de justicia, que suponen que no solo deben existir los procedimientos y recursos, sino que los mismos tienen que mostrarse eficaces; de suerte que cualquier acto procesal de una autoridad jurisdiccional que vaya en contra de tal efectividad, o cualquiera omisión por parte de estas mismas autoridades que afecten a las personas intervinientes en un proceso judicial, en su derecho de defensa, generará responsabilidad del Estado frente a este particular.

La garantía de la tutela judicial efectiva vincula a los Tribunales internacionales, tanto en el orden universal, la Corte Internacional de Justicia y la Corte Penal Internacional; como en el orden regional, Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ello es así, pese a que se establece en principio una inmunidad diplomática y en sus votos, pero únicamente respecto de los miembros que conforman estos Tribunales; pero no de la institución misma, que está vinculada a un régimen de responsabilidad derivada de sus procedimientos y decisiones. De suerte que si en ejercicio de esta actividad judicial internacional se incurre en actos u omisiones que vulneren los elementos que conforman el acceso efectivo a la administración de justicia, el organismo tendrá que responder por los daños que de tales actos u omisiones se deriven⁵⁵.

5.2 Régimen de Responsabilidad de daños derivados de la actividad judicial en el ordenamiento Colombiano.

⁵⁴ “En consecuencia, el uso de tales títulos por parte del juez debe hallarse en consonancia con la realidad probatoria que se le ponga de presente en cada evento, de manera que la solución obtenida consulte realmente los principios constitucionales que rigen la materia de la responsabilidad extracontractual del Estado”. Sección Tercera, sentencias de 19 de abril de 2012, expediente: 21515; 23 de agosto de 2012, expediente 24392.

⁵⁵ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por el actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer- Carías de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015.

En el ámbito interno, a propósito de la responsabilidad del Estado por daños derivados de la actividad de las autoridades jurisdiccionales, se pueden identificar tres etapas claramente diferenciadas: Un primer periodo anterior a la expedición de la Constitución de 1991, en la que no existía esta responsabilidad bajo el argumento que las decisiones jurisdiccionales, al estar revestidas de la autoridad de cosa juzgada, cualquier omisión, error o anomalía en que incurrieran las autoridades judiciales al proferirlas, configuraba un riesgo que debía ser asumido por los coasociados.

Pese a lo anterior, y por influjo del ordenamiento convencional, artículo 10 de la Convención Americana de Derechos Humanos, por vía excepcional fue abriéndose paso la responsabilidad por error judicial y por defectuoso funcionamiento; entendiéndose que el primero se verificaba cuando se condenaba a una persona mediante sentencia que comportaba un error; y para configurar el segundo evento se precisó que una cosa es la intangibilidad de la cosa juzgada y otra diversa ciertos actos ejecutados por los jueces en orden a resolver los procesos, que solo requieren de la prudencia administrativa.

Una vez entra en vigencia la constitución de 1991, pueden advertirse dos épocas: una primera en que a la cláusula prevista por el artículo 90 de la Constitución se le dio una aplicación jurisprudencial en materia de daños derivados por la actividad judicial, en la que, en aplicación de las hipótesis previstas en el artículo 414 del entonces vigente código de procedimiento penal, se asoció como un mismo supuesto la privación injusta de la libertad y el error judicial⁵⁶; y un segundo periodo que comienza con la expedición de la ley 270 de 1996, normatividad que especificó como fundamentos de la responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional tres hipótesis: la privación injusta de la libertad, el error jurisdiccional y el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

De suerte que, observado en conjunto el ámbito convencional y la legislación colombiana, son cuatro los supuestos que generan la responsabilidad por la actividad judicial, los tres que se acaban de mencionar, a nivel interno; y el deficiente acceso a la administración de justicia, desde la perspectiva convencional.

Por cuanto en el sub judice se acusa al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D de haber incurrido en error judicial, al proferir una decisión incongruente pues la misma desconoció la finalidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, pues no decretó el reintegro del actor como consecuencia de la nulidad, sino por el contrario reconoció la asignación de retiro la cual el actor ya estaba disfrutando.

5.2.1 La responsabilidad al Estado por Error Jurisdiccional

⁵⁶ Una reseña de las decisiones del Consejo de Estado que contiene este sincretismo entre error y privación injusta de la libertad puede ser consultada en SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, cit. pág. 22.

El artículo 66 de la Ley 270 de 1996 define el error jurisdiccional como 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 esta Corporación lo ha definido como el error que se predica frente a las providencias judiciales por medio de las cuales se declara o se hace efectivo el derecho subjetivo, es decir, aquellas resoluciones judiciales mediante las cuales se interpreta y aplica el Derecho⁵⁷.

Asimismo, la Sala ha establecido que el error jurisdiccional como título de imputación de responsabilidad del Estado se presenta siempre que "*una providencia judicial en firme, y con independencia de si fue proferida con culpa o sin ella, pero que es equivocada porque no se ajusta a la realidad procesal o a la ley, se causa un daño antijurídico que debe ser reparado*"⁵⁸.

5.2.2.1 El daño antijurídico en el evento de error judicial

Se afirma que por error judicial "*ha de entenderse la lesión definitiva cierta, presente o futura, determinada o determinable, anormal a un derecho a un interés jurídicamente tutelado de una persona, cometido por una autoridad investida de facultad jurisdiccional, en su carácter de tal, en el curso de un proceso, y materializado a través de una providencia contraria a la ley que se encuentre en firme y que la víctima no está en el deber de soportar*"⁵⁹

5.2.2.2 La imputación del daño en los eventos de error judicial

Se debe precisar que dicho error requiere de ser cometido por una autoridad jurisdiccional y en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales; que ocurra dentro de un proceso judicial y se materialice en una providencia judicial; y que tenga la intensidad suficiente para que la providencia que lo contiene devenga contraria al ordenamiento jurídico.

Ahora bien, siendo el error una categoría proveniente de la teoría general del derecho es oportuno precisar que este se distingue de la ignorancia del funcionario judicial, en la medida en que en aquél se presenta un falseamiento de la realidad; mientras que en ésta se verifica la carencia absoluta de conocimiento sobre una determinada realidad⁶⁰

En este orden de ideas útil es determinar que dicho error puede ser de diversos tipos: un error de hecho, que implica una equivocada percepción respecto de las personas, con relación de la naturaleza de la decisión judicial, en cuanto al objeto de la decisión y a los motivos de la misma.

⁵⁷ *Ibídem*.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente: 16271.

⁵⁹ SANTOFIMIO GAMBOA, Jaime Orlando, Responsabilidad del Estado por la actividad judicial, Cuadernos de la Cátedra Allan R. Brewer- Carias de Derecho Administrativo Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2015, pág. 105

⁶⁰ *Ibídem*. Pág. 110 y ss.

De otra parte, el error puede ser derecho, el que se concreta en “cuatro modalidades específicas: violación directa del orden positivo; falsa interpretación del orden positivo; errónea interpretación del orden positivo; y violación por aplicación indebida del orden positivo”⁶¹

Adicionalmente, según el artículo 67 de la misma ley, para que proceda la responsabilidad patrimonial por el error jurisdiccional es necesario que concurren los siguientes requisitos⁶²: (i) que el afectado interponga los recursos de ley, y (ii) que la providencia contentiva del error se encuentre en firme⁶³.

En reiterada jurisprudencia, la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo ha establecido que las condiciones necesarias “para estructurar el error jurisdiccional que materializará la responsabilidad patrimonial del Estado (...) son las siguientes”⁶⁴:

“a) En primer lugar, del concepto mismo, es lógico inferir que el error jurisdiccional debe estar contenido en una providencia judicial que 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. (...)”

“b) Tal y como se deduce de pronunciamientos anteriores de esta Sección, 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 u otros similares.

“c) El error jurisdiccional debe producir un daño personal y cierto que tenga la naturaleza de antijurídico, esto es, que el titular no tenga la obligación jurídica de soportar. Con ello, entonces, se excluyen las decisiones que se mueven en la esfera de lo cuestionable o las sentencias que contienen interpretaciones válidas de los hechos o derechos.

“d) La equivocación del juez o magistrado debe incidir en la decisión judicial en firme, pues como bien lo sostiene la doctrina española: “el error comentado (judicial) incide exclusivamente en la potestad jurisdiccional que se materializa en la sentencia o resolución -auténtica declaración de voluntad del órgano que ostenta aquella-, siempre ha de consistir en aplicar la norma que a cada supuesto corresponde, el error ha de radicar en un equivocado enjuiciamiento o no aplicación a aquél de la solución únicamente querida por el legislador”⁶⁵⁶⁶.

⁶¹ Ibídem, pág. 115.

⁶² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 11 de mayo de 2011, expediente: 22322.

⁶³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 4 de Septiembre de 1997, expediente: 10285; 27 de abril de 2006, expediente: 14837; y 13 de agosto de 2008, expediente: 17412.

⁶⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 14837 y 23 de abril de 2008, expediente: 16271.

⁶⁵ Reyes Monterreal, José María. La Responsabilidad del Estado por Error y Anormal Funcionamiento de la Administración de Justicia. Editorial Colex. Madrid. 1995. Página 24.”

⁶⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 27 de abril de 2006, expediente: 14837.

Al respecto, es preciso resaltar que el juicio de responsabilidad del Estado por error jurisdiccional deberá realizarse en atención a las circunstancias del caso concreto, a partir de las cuales se determinará si la actuación judicial es contentiva de error alguno.

En reiterados pronunciamientos la Sala ha reconocido que en algunas oportunidades el juez sólo dispone de la “*única decisión correcta*” para resolver el asunto sometido a su conocimiento; no obstante, en otros escenarios, pueden existir distintas decisiones razonables⁶⁷. Así las cosas, en esta última hipótesis, el juicio de responsabilidad no puede reputar como daño antijurídico la consecuencia adversa a los intereses de una de las partes como consecuencia de la decisión judicial fundada en argumentos racionales⁶⁸. En este sentido, se ha sostenido que:

*“... el denominado “principio de unidad de respuesta correcta o de unidad de solución justa” de los enunciados jurídicos es, apenas, una aspiración de los mismos, la cual podrá, en veces, ser alcanzada, mientras que, en otras ocasiones, no acontecerá así. De ello se desprende que, ante un mismo caso, es jurídicamente posible la existencia de varias soluciones razonables —en cuanto correctamente justificadas— pero diferentes, incluso excluyentes o contradictorias. Tal consideración limita el ámbito dentro del cual puede estimarse que la decisión de un juez incurre en el multicitado error jurisdiccional, toda vez que la configuración de éste ha de tener en cuenta que en relación con un mismo punto de hecho, pueden darse varias interpretaciones o soluciones de Derecho, todas jurídicamente admisibles en cuanto correctamente justificadas. Entonces, sólo las decisiones carentes de este último elemento —una justificación o argumentación jurídicamente atendible— pueden considerarse incursas en error judicial”*⁶⁹.

Por último, la Subsección estima pertinente reiterar que si bien la Corte Constitucional en la sentencia de control de constitucionalidad de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia asimiló el concepto “*error jurisdiccional*” al de “*vía de hecho*”⁷⁰, dicha identificación semántica resulta impropia. Así, tratándose de la responsabilidad patrimonial del Estado por error jurisdiccional únicamente será determinante la contravención al ordenamiento jurídico contenida en una providencia judicial⁷¹, y no la conducta “*subjetiva, caprichosa y arbitraria*” del operador jurídico⁷².

⁶⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008 expediente: 17650.

⁶⁸ Alexy, Robert. *Teoría de la argumentación*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. 1997.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 2 de mayo de 2007, expediente: 15776 y 14 de agosto de 2008, expediente: 16594.

⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 1996. Al respecto, se señaló en esta providencia: “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. En otras palabras, considera esta Corporación que el error jurisdiccional debe enmarcarse dentro de los mismos presupuestos que la jurisprudencia, a propósito de la revisión de las acciones de tutela, ha definido como una “vía de hecho”»

⁷¹ En este sentido, puede consultarse: Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección tercera. Sentencia del 10 de mayo de 2001, expediente: 12719.

⁷² Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 23 de abril de 2008, expediente: 17650. “*Esta diferencia, resulta fundamental, para efectos de identificar de manera más clara los linderos de la responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, al descartar cualquier juicio de comportamiento subjetivo y centrar la atención en la decisión judicial que se cuestiona y su confrontación con el ordenamiento jurídico, especialmente con los derechos fundamentales que puedan resultar comprometidos.*”

6. Análisis del caso concreto

Para realizar el análisis del caso concreto la Sala en primer lugar verificará si se encuentra acreditado el daño antijurídico; si ello es así, posteriormente examinará si dicho daño es imputable a la Rama Judicial, por error jurisdiccional o cualquier acción u omisión que permita atribuirle falla del servicio de administración de justicia.

La parte actora hace consistir el daño en el quebranto económico y patrimonial, así como los perjuicios inmateriales que les ocasionó la providencia del **01 de julio de 2010** proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, pues en ella como consecuencia de la declaración de la nulidad del acto administrativo (Resolución 02589 de 22 de octubre de 2002), a título de restablecimiento del derecho, ordenó pagar como indemnización la asignación de retiro, cuando lo que debió ordenar era el reintegro del actor a la institución policial y el pago de los dineros dejados de percibir desde el momento de su retiro, esto es, desde el 22 de octubre de 2002 hasta el momento en que se hiciera efectivo su reintegro, tal como lo declaró el juez de primera instancia que conoció el proceso de nulidad y restablecimiento del derecho.

La Sala observa que en el sub judice no está acreditado el daño antijurídico, por lo que pasa a exponerse:

En primer lugar, encuentra la Sala que el artículo 85 de la Código Contencioso Administrativo (Decreto 01 de 1984), normativa vigente para la época de los hechos, establecía lo siguiente:

“Toda persona que se crea lesionada en un derecho amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo y se le restablezca en su derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. La misma acción tendrá quien pretenda que le modifiquen una obligación fiscal, o de otra clase, o la devolución de lo que pagó indebidamente”.

De lo anterior es claro que dicha norma permitía como consecuencia de la nulidad del acto administrativo, el restablecimiento del derecho o la reparación del daño, en aquellos casos en que ya el restablecimiento del derecho no es posible como consecuencia de la nulidad del acto administrativo, tal cosa ocurre cuando ha ejecutado el acto administrativo y no es posible volver las cosas al estado anterior.

Si bien es claro que en el caso objeto de estudio, el señor Alvarado Beltrán demandó la nulidad de la Resolución 02589 del 22 de octubre de 2002, acto administrativo expedido por el Director General de la Policía Nacional, mediante la cual se ordenó su retiro del servicio activo de la Policía Nacional, nulidad que se declaró porque el acto administrativo demandado había sido expedido bajo una falsa motivación, y como consecuencia de dicha nulidad solicitó que se ordenara el reintegro al servicio activo reubicándolo laboralmente en un cargo cuyas funciones

podiera desempeñar, pese a la incapacidad que le reconoció la junta médica laboral; también lo es que para el 19 de febrero de 2009 la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional ya le había reconocido la asignación de retiro, mediante Resolución 00489, la cual fue aclarada mediante Resolución 828 de 4 de marzo de 2009; todo ello en cumplimiento de una orden judicial emitida por el Juzgado 43 Administrativo del Circuito de Bogotá, el 28 de julio de 2008, en otro proceso que inició también el aquí demandante inició contra la Caja de Sueldos de Retiro de la Policía Nacional.

Por lo que si bien el Juzgado Octavo Administrativo de Bogotá declaró, en el proceso objeto de este medio de control, la nulidad de la resolución que retiró del servicio activo al señor Alvarado Beltrán, y como restablecimiento del derecho ordenó su reintegro; lo cierto es que dicha autoridad desconoció que para la fecha que dictó esa sentencia 19 de julio de 2009, el actor ya contaba con el reconocimiento de una asignación de retiro, a la cual accedió porque cumplía el requisito del tiempo cumplido; por ello no era procedente el reintegro, pues el demandante ya contaba con una asignación de retiro.

Con base en lo expuesto, se itera, el actor ya contaba con una asignación de retiro, la cual logró con base en una orden judicial, emitida en un proceso diverso al que dio origen a este medio control que aquí se resuelve. Por lo anterior, como lo declaró el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección D, es claro que no procedía la orden de reintegro, pues esto hubiese conllevado a que en el momento de devolverle el cargo, se le reconociera los salarios y prestaciones dejados de percibir durante el periodo que estuvo desvinculado y, de manera paralela, siguiera recibiendo la asignación de retiro, lo que conllevaba a que se desconociera la prohibición constitucional establecida en el artículo 128 de la Constitución Política, la cual reza que está prohibida la doble asignación del tesoro público.

Es claro para la Sala que lo que determinó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección, Subsección D, en el numeral tercero fue ordenar el pago de la asignación básica, entiéndase salario, junto con los demás emolumentos; desde la fecha de retiro, 24 de octubre de 2002 hasta que la fecha en que la Caja de Sueldos de la Policía le reconoció su asignación de retiro, el 19 de febrero de 2009, esto a título de reparación del daño. El reintegro solicitado no era procedente, toda vez que el aquí demandante ya había admitido su retiro y en tal virtud recibía una asignación mensual.

Por lo expuesto, es claro para la Sala que en la decisión demandada como causante del daño, se realizó por parte del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, un análisis juicioso, en el que advirtió que el actor ya tenía reconocido un derecho como lo era la asignación de retiro, y lo que procedía dentro de ese proceso era el restablecimiento mediante el reconocimiento de los salarios dejados de percibir, pero únicamente por el periodo transcurrido entre su desvinculación por incapacidad laboral, y la fecha en que se le empezó a reconocer asignación

mensual de retiro. Por lo que la autoridad judicial accionada no incurrió en error jurisdiccional, pues, contrario a lo esgrimido por el demandante, se encuentra que la decisión es razonada, ajustada a la realidad fáctica y probatoria aportada la demanda; asimismo, es precisa, clara y congruente con los hechos y las pretensiones aducidos en el libelo, así como en las demás oportunidades procesales.

Por último, la Sala considera que la diferencia de criterios dentro de un mismo proceso por el Juez de primera instancia y el del segunda instancia, por sí solos no configuran un error judicial, además, de los medios probatorios allegados a este medio de control no se puede inferir que la decisión que se cuestiona hubiese sido arbitraria, caprichosa o violatoria al debido proceso, por lo que la Sala confirmará la providencia proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, que negó las pretensiones de la demanda.

7. Condena en costas

Conforme con lo anterior, y teniendo en cuenta que para determinar la cuantía de las agencias en derecho deben aplicarse las tarifas establecidas por el Consejo Superior de la Judicatura y que si aquellas establecen solamente un mínimo o un máximo, se tendrá en cuenta la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado que litigó, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder al máximo de dichas tarifas, procede la Sala a liquidar las costas a imponer.

Así las cosas, se procede a dar aplicación a un test de proporcionalidad para la fijación de las agencias en derecho, el cual tiene una división tripartita a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido. Para los efectos de esta providencia se trata de un test de razonamiento judicial que comporta la conjugación de estos tres escenarios a fin de tasar una condena, de manera que cuando la conducta motivadora de la imposición de las agencias en derecho constituya una vulneración de mayor entidad a la administración de justicia se aplicará la sanción pecuniaria más estricta posible. Así:

	Idoneidad	Necesidad	Proporcionalidad en estricto sentido
Exigencias fácticas	Se refiere a la existencia fáctica de una afectación a un interés legítimamente tutelado por el ordenamiento jurídico, que para el caso de las agencias en derecho lo constituye la afectación que se	El criterio jurídico de la necesidad en el test de proporcionalidad comporta una valoración de grado o intensidad. Comoquiera que al abordar este escenario se parte del supuesto de que existe una afectación, el ejercicio valorativo en esta instancia se contrae a precisar el grado de intensidad de esa afectación, en donde acabe distinguir tres supuestos de intensidad:	El último supuesto del escenario del test de proporcionalidad es el correspondiente a la tasación que se le debe asignar a cada uno de los niveles de afectación a la administración de justicia, esto es, en los niveles leve, grave y gravísima a la administración de

	causó al acceso a la administración de justicia. Debe advertirse que la satisfacción del primer supuesto del test se encuentra en la respectiva sentencia que desató la controversia pues, el legislador previó que es en dicha oportunidad en que el Juez puede pronunciarse sobre la imposición o no de la condena en costas.	a) Afectación leve a la administración de justicia. Se configura cuando el fundamento de la afectación supone un simple desconocimiento de aspectos elementales de la formación jurídica. b) Afectación grave a la administración de justicia. Se constituye por la realización de reiteradas conductas dilatorias del proceso y que obstruyen el transcurrir del proceso judicial y las diligencias respectivas. c) Afectación gravísima a la administración de justicia, en donde, además del anterior supuesto, se presentan perjuicios a terceros.	justicia. a) Afectación leve. Esta tasación va hasta el 1,66% del valor de las pretensiones de la demanda. b) Afectación grave. A este escenario corresponderá una condena entre 1,67% y 3,32%. c) Por último la configuración del tercer supuesto de intensidad, el gravísimo, comportará una tasación que oscilará entre el 3,33% y el 5%.
--	---	---	--

Empero lo anterior no resulta suficiente para determinar la tasación de la condena a imponer, pues, el Acuerdo 2222 de 10 de diciembre de 2003, de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, concede un margen de movilidad dentro del cual el Juez debe fijar la condena por concepto de agencias en derecho, y que en el caso de procesos en segunda instancia corresponde *“Hasta el cinco por ciento (5%) del valor de las pretensiones reconocidas o negadas en la sentencia”*.

Ahora, atendiendo a los 3 criterios referidos y a la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por la accionante a lo largo del proceso, la Sala considera que la conducta de la parte demandada será suficientemente remediada en el escenario de la idoneidad, por cuanto se evidenció la inexistencia del daño alegado, lo que hace que la actuación del impugnante resulte temeraria, al no existir un fundamento razonable para interponer el recurso, por manera que se fijarán las agencias en derecho en un 1% del monto de las pretensiones de la demanda las cuales se establecieron en los siguientes términos: como la cuantía fijada por los demandantes de las pretensiones equivalía a Mil Trescientos ochenta y seis millones de pesos (\$1.386.000.000.00), la Sala condenará en costas al recurrente en esta instancia, y en consecuencia lo condena a pagar por concepto de agencias en derecho una suma equivalente a Trece Millones Ochocientos Sesenta Mil de pesos (\$13.860.000.00).

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, en Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sub-sección C, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMESE la sentencia del 15 de mayo de 2013, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección "A", pero por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas al recurrente y por consiguiente al pago de la suma equivalente de \$13.860.000,00, por concepto de agencias en derecho, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Los demás rubros integrantes de las costas liquídense por secretaría si se encontraren probados.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen.

Cópiese, notifíquese y publíquese,

GUILLERMO SÁNCHEZ LUQUE

Magistrado

**Aclaración de Voto Cfr. Rad. 36146-15 #1, Rad. 35796-16 #2 y #3, Rad. 34158-15 #3,
Rad.38082-17; Rad. 51138/16#2**

JAIME ENRIQUE NAVAS RODRÍGUEZ

Magistrado

JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

Presidente