CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA – SUBSECCIÓN “B”

Consejero Ponente: Danilo Rojas Betancourth

Bogotá D.C 28 de mayo de 2015

Radicación: 25000-23-26-000-2002-02226-01

Actor: Gabriel Perdomo Saiz

Demandado: Nación-Rama Judicial

Expediente: 26.693

Naturaleza: Acción de reparación directa

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada contra la sentencia de 20 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca-Sección Tercera, Subsección “A”, por medio de la cual negó las pretensiones de la demanda. La sentencia será revocada.

SÍNTESIS DEL CASO

Gabriel Perdomo Saiz impulsó un proceso ordinario contra el Banco Cooperativo de Colombia “Bancoop” con el ánimo de que se declarara responsable, civil y contractualmente, por los perjuicios materiales y morales irrogados al no haber sido indemnizado por la pérdida de un vehículo de su propiedad, debido a que Bancoop no mantuvo vigente la póliza de seguros. Dichas pretensiones no prosperaron en primera y segunda instancia; sobre esta última, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, el actor interpuso recurso de casación que fue

concedido por la instancia y luego inadmitido por la Corte Suprema de Justicia inaplicando, por vía de excepción de inconstitucionalidad, el artículo 372.2 del C.P.C. al considerar inconstitucional que sea la decisión de un inferior quien determine la procedibilidad de la casación. La inadmisión del recurso de casación fue impugnada por error judicial y/o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en reparación directa.

ANTECEDENTES

I. Lo que se demanda

1. Mediante demanda presentada el 1 de noviembre de 2002, Gabriel Perdomo Saiz, actuando a través de apoderado judicial y en ejercicio de la acción de reparación directa prevista en el artículo 86 del C. C. A., solicitó que se declarara responsable a la Nación-Rama Judicial-por error judicial y/o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia (art. 67 de la Ley 270 de 1996) en virtud de la inadmisión del recurso de casación previamente concedido por el inferior con base en un dictamen pericial aclarado.

2. La inadmisión del recurso extraordinario de casación por la Corte Suprema de Justicia tuvo como fundamento: i) que en el artículo 366 del C.P.C. se consagra la cuantía que determina la procedibilidad del recurso *“según el valor actual de la resolución desfavorable al recurrente”* lo que significa que, *“el interés para recurrir deviene del quantum del agravio que la sentencia proferida por el ad-quem le irroga al censor, el cual se debe establecer en el momento en que se causa”* es decir *“cuando se profiere el pronunciamiento que lo determina”* (f. 5, c.ppal). Razonamiento con el cual rechazó el dictamen pericial con relación a la cuantía y la valoración del daño moral como *quantum* del agravio que determina la competencia, al considerar que el daño moral no puede tasarse y sólo el juez puede determinarlo, por ende debe excluirse de la cuantía que da lugar a la procedibilidad de los recursos; y ii) la inaplicación por razones de inconstitucionalidad del artículo 372.2. del C.P.C. en el que expresamente se

consagra que “No podrá declararse inadmisibile el recurso por razón de la cuantía” bajo el fundamento de que dicha disposición desconoce en forma flagrante el principio de independencia funcional de los distintos grados de la administración de justicia establecidos en los artículos 228 y 230 de la Constitución, así como la cláusula del Estado social de derecho, lo que supondría “observar sumisión y respeto por equivocada que sea, a la decisión del inferior sobre la concesión del recurso de casación” (f. 6, c.ppl.).

3. Como reparación del daño por él sufrido, solicitó que se diera prosperidad a las siguientes pretensiones:

1. Que el ESTADO- NACIÓN-RAMA JUDICIAL, es administrativamente responsable por los daños antijurídicos, materiales y morales causados al aquí demandante, Sr. GABRIEL PERDOMO SAIZ, de las condiciones civiles antes anotadas en razón de la Honorable Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, haber incurrido en ERROR JURISDICCIONAL Y EN DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, al proferir las providencias contrarias a la ley, de fechas 14 de septiembre y 27 de octubre del año 2.000, dictadas en el curso del trámite del Recurso Extraordinario de casación Contentivo en el Expediente No. 9033-97.

2. Que como consecuencia de lo anterior se condene a la parte demandada, el ESTADO- NACIÓN-RAMA JUDICIAL, a pagar la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios antijurídicos, materiales y morales ocasionados a mi representado GABRIEL PERDOMO SAIZ, los cuales se discriminan así: Por daños y perjuicios materiales; la suma de SETENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL TREINTA Y OCHO PESOS MONEDAS CORRIENTE (\$76.368.038.00). Se dispondrá que para la liquidación y pago efectivo de dicha suma, se procederá a hacer su indexación o reajuste monetario según los índices de poder adquisitivo de la moneda a la fecha cuando se verifique el pago, según datos que suministre el DANE. Por daños y perjuicios morales; el equivalente a DOS MIL (2.000) gramos de oro en dinero en efectivo. Se dispondrá que la liquidación y pago de dicha suma, a la fecha en la que se verifique el pago, será según certificación del valor gramo oro fino expedida por el Banco de la República. Lo cual solicito.

3. Que las autoridades a quienes corresponda la ejecución de la sentencia, le dará cumplimiento en el término de los TREINTA (30) días siguientes a la fecha de su comunicación de conformidad con los artículos 176, 177 y 178 del Decreto 01 de 1984.

4. Que se pague a los demandantes los intereses que genere la sentencia desde la fecha de su ejecutoria hasta cuando se produzca su efectivo cumplimiento. Se pagará intereses monetarios desde el momento de la ejecutoria (sic) (f. 3-4, c. 2).

4. Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora argumentó que presentó demanda ordinaria contra “Bancoop” el 20 de mayo de 1997 que correspondió al Juzgado 11 Civil del Circuito, la cual fue denegada, y una vez apelada ante el Tribunal Superior de Bogotá, confirmada el 22 de febrero del 2000.

5. La parte actora interpuso recurso extraordinario de casación, invocando un justiprecio para recurrir de \$76 368 038 y luego concedido el 11 de julio del 2000 al ser atendido el dictamen pericial presentado. El interés para recurrir en casación era superior al mínimo legal establecido para el momento en que se interpuso el recurso.

6. Al llegar a la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema, mediante providencia de 14 de septiembre de 2000, el trámite del recurso fue inadmitido *“desconociendo el valor del daño moral legalmente justificado mediante dictamen pericial aclarado, así como tenido en cuenta, en su oportunidad procesal por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá”* (c.ppal. f.5), providencia que fue impugnada mediante el recurso de reposición y confirmada el 27 de octubre de 2000.

7. La inadmisión de la casación por la cuantía para recurrir se aparta de *“la jurisprudencia simultánea y contraria de la Corte”* (f. 7, c.ppal.), por cuanto ese mismo día (27 de octubre de 2000) tomó una decisión distinta en el proceso de Claudia Ingrid Pinzón contra la Compañía de Seguros Bolívar (exp. 11001310328-1994-14978-02), mediante auto de Sala que resolvió una súplica contra el que admitió el recurso de casación, *“teniendo en cuenta el valor de los perjuicios morales justipreciados para determinar el interés para recurrir”*. En el mismo proceso resolvió previamente una queja (enero 20 de 2000), en el sentido de conceder el recurso, señalando que *“definido está por esta corporación, que en la búsqueda del valor del interés para recurrir en casación, el sentenciador debe tener en cuenta todas y cada una de las cosas que, pretendidas en la litis por la parte respectiva, no le han sido concedidas, y que, por lo mismo, constituyen la sumatoria del perjuicio que le irroga la sentencia recurrida. Por ende, esa labor*

ha de cumplirse con absoluta independencia de si tales cosas tienen o no asidero jurídico, pues lo que es objeto de avalúo es la aspiración perdida, con fundamento o sin él, porque distinto es aspirar a tener derecho” (f. 7, c.ppal.).

8. Existen muchas normas que limitan la competencia de las distintas autoridades judiciales *“sin que por ello se las pueda tachar de inconstitucionales, porque las normas que fijan la competencia son completamente necesarias para la organización judicial del país, en orden a establecer las funciones y atribuciones de cada entidad”* (f. 12, c. ppal.). Por tanto, al inaplicar el artículo 372.2., la Corte Suprema de Justicia vulneró los artículos 29, 228 y 229 de la Carta que garantizan el derecho de acceso a la justicia y defensa, bajo el pretexto de una presunta usurpación de la función jurisdiccional del Tribunal a la Corte, basada en el artículo 235 constitucional que *“en nada es incompatible con la norma en cita”* (f. 9, c. ppal.) y causó un perjuicio moral consistente en el dolor, angustia, incertidumbre a la parte, por impedirle agotar la última oportunidad con la que contaba para hacer valer sus derechos, lo que le generó un perjuicio irremediable.

9. Adicionalmente la Corte omitió observar y considerar lo dispuesto en el art. 370 del C.P.C. que consagra que si el interés para recurrir en casación no aparece determinado, el Tribunal dispondrá que se justiprecie por un perito, teniendo en cuenta todas las pretensiones denegadas, siendo el correspondiente dictamen inobjetable. Procedimiento legal que fue observado por el Tribunal ya que si los perjuicios morales son una de las pretensiones de la demanda, deben ser, considerados por el perito, función que corresponde al juez (f.9, c.ppal.).

II. Trámite procesal

10. La Nación–Rama Judicial-Consejo Superior de la Judicatura presentó **contestación de la demanda**, en cuyo escrito expresó su oposición a las pretensiones formuladas por el actor, por considerar que: i) El artículo 90 superior exige que la decisión que se alega sea antijurídica, es decir, que el administrado no tenga la obligación legal de soportar y para que se configure el

error judicial la conducta debe ser abiertamente contraria a derecho, situación que no se da en este caso “*puesto que la Honorable Corte Suprema de Justicia sustentó con criterios respetables de esa alta Corporación de la Justicia Ordinaria su decisión, y no se pueden tildar en ningún momento que estas actuaciones fueron ilegales (...)*” (sic) (f. 31, c. ppal.); ii) la Corte Suprema justificó su negativa a dar trámite al recurso basada en la excepción de inconstitucionalidad que adjudicó al artículo 372.2. por ofender la autoridad del máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, bajo el siguiente argumento: “*Desde luego que la calificación que sobre la procedencia del recurso hizo el Tribunal, al considerar que (...) de conformidad con el dictamen pericial presentado se desprende que el interés para recurrir en casación es superior al mínimo legal establecido para el momento en que se interpuso el recurso (...) no vincula a la Corte dada la manifiesta inconstitucionalidad del inciso 2º del artículo 372 del C. de P. Civil.*” que señala que “*No podrá declararse inadmisibles el recurso por razón de la cuantía*”, lo cual es incompatible con la Constitución “*al primer golpe de vista y de una simple confrontación del texto mencionado con los principios constitucionales que gobiernan la administración de justicia*” (f. 32, c. ppal.). La no vinculatoriedad de la decisión del inferior frente a su superior, pese al mandato legal, tiene asidero en que para la Corte ocurre que la cuantía puede ser “*insuficiente*”, “*arbitraria*”, o un “*capricho*” del perito que se aparta de la actualidad y de la realidad económica (f. 32, c. ppal); iii) esta acción es improcedente por cuanto la Corte Suprema de Justicia es la máxima autoridad de la justicia ordinaria y sus decisiones de derecho no pueden ser controvertidas o analizadas por corporaciones de inferior jerarquía como es el Tribunal Superior, tal como lo determinó la Corte Constitucional en la sentencia C-037/96 al hacer el estudio de legalidad del artículo 74 de la Ley 270 de 1996 estatutaria de administración de justicia, por último y en consonancia con lo anterior solicitó; iv) se declare la excepción de inepta demanda (f. 34, c. ppal).

11. El 20 de noviembre de 2003, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección A, emitió **sentencia** de primera instancia, en la que declaró no probada la excepción de inepta demanda y acto seguido negó las pretensiones de la demanda, con los siguientes fundamentos: i) en forma

confusa el apoderado de la demandada dice encontrar configurada la excepción de inepta demanda, cuando de su contenido se infiere que se trata de un problema de competencia y no de improcedencia de la acción, por tanto la acción incoada es la idónea para debatir la relación jurídica sustancial que ha sido planteada, de conformidad a lo dispuesto por el artículo 73 de la Ley 270 de 1996. A lo que debe agregarse que la exequibilidad de los artículos 66 y 74 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia estuvo condicionada a que en su interpretación se considerase lo establecido en el artículo 90 superior, a cuyo tenor se determina que *“el Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas”*, premisa que cobija a los magistrados de altas cortes, al ostentar la calidad allí señalada y que determina la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa para conocer por error jurisdiccional, cualquiera sea la autoridad a la que se le endilgue la responsabilidad y de acuerdo con las reglas comunes de distribución de competencia entre el Consejo de Estado y los tribunales administrativos. De igual modo el *a quo* señaló que al analizar esta posible responsabilidad no es cierto que *“se interfiera en la decisiones en derecho que profieran las altas cortes o cualquier otro funcionario judicial; pues no debe perderse de vista que la acción no está encaminada a variar la decisión proferida, por el contrario, las providencias dictadas quedan incólumes”* (f. 106, c. 1). En orden a determinar el daño y su imputación, el Tribunal señaló:

(...) en el caso concreto no se vislumbra la existencia por parte alguna de error jurisdiccional ya que las providencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia ni fueron contrarias a derecho ni fueron fruto de apreciaciones subjetivas o caprichosas.

En efecto, la responsabilidad que se endilga y que surge de la no aplicación del precepto legal, se hizo en uso de la facultad que la misma constitución entrega al juez para que por vía de excepción, proteja el ordenamiento constitucional existente, que sobra decir la decisión estuvo lo suficientemente fundada y, además, con un asidero jurídico racional, objetivo y lógico.

No es válida la afirmación que una providencia es contraria a la ley cuando se inaplica un precepto legal porque el juez considera que la norma pugna con la Constitución. Existe una notable diferencia entre inaplicar por inconstitucional una norma y emitir decisión contraria al ordenamiento legal o Constitucional; como surge a primera vista la inaplicación tiene su origen en un mandato constitucional que valga decir, en el caso concreto los magistrados de la Corte Suprema de Justicia consideraron del caso no dar aplicación al precepto legal del artículo 372 inciso 2º del C. de P.C., por existir, a su juicio, evidente pugna entre ésta y la norma superior, en una decisión que se encuentra

debidamente motivada donde se expresaron claramente las razones por las cuales se considera que el precepto inaplicado infringe a primera vista en forma palmaria la norma superior de estirpe constitucional, en ejercicio de una facultad otorgada por la misma carta que impone una primacía sobre cualquier disposición de orden inferior, de suerte que su observancia en un caso concreto como el que genera la demanda, en manera alguna, dadas las razones expuestas en la providencia, puede considerarse como una actuación caprichosa o arbitraria de la Alta Corporación y tampoco que su ejercicio, por sí y ante sí, dé lugar a una decisión contraria a la ley a la Constitución, si se tiene en cuenta que se funda en la última, para que, se pudiera generar un error jurisdiccional en los términos concebidos por la ley 270 de 1996.

Desde luego tiene razón el demandante en que la Corte Suprema no aplicó una norma que goza de total vigencia, pues de estar derogada, subrogada, abrogada o haber sido declarada inexecutable, no existiría en el ordenamiento jurídico y, por ende, se tornaría innecesario aplicar el control Constitucional por vía de excepción. Surge en forma nítida que la Corte Suprema de Justicia en ningún momento violó la independencia funcional del Tribunal de instancia, pues al no dar aplicación al precepto legal que restringía la facultad de analizar los actos previos a la admisión del recurso extraordinario, el efecto inmediato y por demás natural es el entrar a analizar como superior jerárquico las providencias dictadas previas al trámite, pero reitera la Sala, la actuación es totalmente válida, pues se hizo bajo el amparo de una norma Constitucional, que consagra la vía exceptiva para inaplicar una norma considerada violatoria del ordenamiento superior (f. 109, c.1).

12. La parte demandante interpuso en tiempo **recurso de apelación** contra la sentencia antes reseñada (f. 114-115, c. 1). Al sustentar dicho recurso, el apelante solicitó que la decisión de primera instancia fuera revocada y que, en su lugar, se accediesen a las pretensiones de la demanda. Reiteró los hechos y pretensiones de la demanda e insistió en que con la inaplicación del artículo 370 del C.P.C., la Corte Suprema vulneró *“una garantía de derecho de acción llamado hoy de acceso a la justicia y no una afrenta para el titular de la jurisdicción”* (f. 124, c. 1), y desconoció que la concesión del recurso de casación por el Tribunal es autónoma y definitiva, *“significo que lo anterior es simplemente el desconocimiento de la ley y la usurpación de las funciones atribuidas por ella al Tribunal de Instancia”* (f. 124, c. 1). Adicionalmente, sostuvo que los artículos 370 y ss. no han sido derogados legalmente, son normas que limitan la competencia y deben observarse por todas las autoridades judiciales, así como los artículos 228, 229 y 230 de la Constitución. Por último arguyó que el *a quo* *“no hizo un estudio ponderado de las pruebas aportadas al proceso, que demuestran el error jurisdiccional y los daños antijurídicos causados (...)”* (f. 124-125, c. 1).

13. En el momento procesal correspondiente¹, la parte actora presentó alegatos de conclusión, en los que reiteró los argumentos de la demanda y solicitó confirmar la sentencia del *a quo* (f. 83-84, c.1).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

I. Competencia

14. Por ser competente, procede la Sala a decidir en segunda instancia² el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, el 20 de noviembre de 2003.

II. Los hechos probados

15. El 17 de mayo de 1997, actuando mediante apoderado judicial, Gabriel Perdomo Saiz interpuso demanda ordinaria de mayor cuantía contra el Banco Cooperativo de Colombia “*Bancoop*”, reclamando perjuicios materiales y morales por el no pago de la indemnización por el hurto del vehículo de su propiedad, al omitir mantener vigente la póliza de seguros que amparaba por todo riesgo, la pérdida total del vehículo. Demanda que por reparto le correspondió al Juzgado

¹ Mediante auto notificado el 4 de febrero de 2005 (f. 130, c. 1), se corrió traslado a las partes y al Ministerio Público para que alegaran de conclusión.

² La Ley 270 de 1996 desarrolló la responsabilidad del Estado en los eventos de error jurisdiccional, defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y privación injusta de la libertad y fijó la competencia funcional para conocer de tales asuntos en primera instancia, en cabeza de los tribunales administrativos y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, sin que sea relevante consideración alguna relacionada con la cuantía. Para tal efecto puede consultarse el auto proferido por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo el 9 de septiembre de 2008, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, expediente 11001-03-26-000-2008-00009-00, actor: Luz Elena Muñoz y otros.

11 Civil del Circuito de Bogotá, D.C. (copia auténtica de la demanda³, f. 64-66, c. pruebas).

16. La primera instancia del proceso civil acogió las excepciones propuestas por la demandada, negó las pretensiones de la demanda y condenó al demandante a sufragar costas procesales en sentencia de 26 de agosto de 1999, providencia que fue apelada y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil en sentencia de 22 de febrero de 2000 (copia auténtica del auto de inadmisión de la casación, f. 18-19, c. pruebas).

17. El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, Sala Civil de Decisión concedió el recurso extraordinario de casación interpuesto por la parte demandante, al apreciar que:

(...) de conformidad con el dictamen pericial presentado, se desprende que el interés para recurrir en casación es superior al mínimo legal establecido para el momento que se interpuso el recurso, y por reunir los requisitos legales (...). (copia auténtica del auto de 12 de julio de 2000, f. 67, c. pruebas).

18. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia inadmitió el recurso de casación interpuesto por Gabriel Perdomo Saiz (auto del 14 de septiembre de 2000, copia auténtica, f. 17-28, c. pruebas).

19. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia decidió no reponer el recurso interpuesto por la parte demandante contra el auto de 14 de septiembre de 2000 (auto del 27 de octubre de 2000, copia auténtica, f- 29-36, c. pruebas).

20. Al resolver un recurso de queja interpuesto por la demandante en el marco del proceso en el que actuaban como partes Claudia Ingrid Pinzón Galvis en la calidad de demandante y la Compañía de Seguros Bolívar S.A., como parte demandada (expediente n.º 7897), la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia

³ Certificación original del secretario del Juzgado Once Civil del Circuito de Bogotá, D.C. de fecha 4 de junio de 2003 en la que consta que "las anteriores copias fotostáticas constantes en ocho folios son auténticas, las que fueron tomadas del proceso ordinario de Gabriel Perdomo Saiz contra Bancoop" (f. 60-66, c. pruebas).

ordenó al Tribunal Superior de Bogotá “la complementación del dictamen pericial del justiprecio del valor del interés de la recurrente en casación, conforme a la parte motiva”, en la que expresó:

Definido está por esta Corporación, que en la búsqueda del valor del interés para recurrir en casación, el sentenciador debe tener en cuenta todas y cada una de las cosas que, pretendidas en la litis por la parte respectiva, no le han sido concedidas, y que, por lo mismo, constituyen la sumatoria del perjuicio que le irroga la sentencia recurrida. Por ende, esa labor ha de cumplirse con absoluta independencia de si tales cosas tienen o no asidero jurídico, pues lo que es objeto de avalúo es la aspiración perdida, con fundamento o sin él, porque distinto es aspirar a tener derecho; o como dijo la Sala en otra ocasión: “cuando el sentenciador se da a la tarea de averiguar el perjuicio del recurrente en casación, solamente debe averiguarlo en el entendido de que por lo pronto el gravamen es hipotético o presunto” (auto de mayo 5/93), vale decir, mirando únicamente su aspiración denegada y olvidándose de la juricidad de sus pedimentos.

De modo que en este caso el ad quem se equivocó al impedir que el auxiliar complementara su dictamen, con el argumento de que esa estimación es del exclusivo resorte del juzgador, confundiendo la aspiración de la demandante al reconocimiento y pago de daños morales, con el derecho que a ellos pueda tener o no. Si dentro de sus pretensiones denegadas está la del equivalente a 1000 gramos de oro por ese concepto, el mismo hace parte del perjuicio que por lo pronto deriva de la sentencia impugnada.

Adicional reproche le cabe al tribunal el ignorar, contra toda evidencia, la existencia y efectos de la apelación adhesiva, utilizado luego para reforzar el equivocado criterio de excluir la pretensión de daños morales de la suma que determinará si hay opción al recurso extraordinario (...) (f. 5, c. pruebas).

21. Los perjuicios materiales causados al demandante por concepto de daño emergente actualizado fueron tasados en \$67 033 383 y por concepto de lucro cesante en \$24 046 997, para un total de \$91 080 380 (dictamen pericial presentado por César Rodríguez Rojas y Carlos Alfonso Álvarez Ruíz, rendido el 14 de julio de 2003 f. 1-18, y corregido en los errores mecanográficos el 1 de agosto de 2003, c. pruebas 3, f. 59, c. ppl.).

III. Problema jurídico

22. Procede la Sala a determinar si en el presente caso se estructura responsabilidad administrativa en cabeza de la entidad demandada –Nación-Rama Judicial del Poder Público-, como consecuencia de la inadmisión del recurso extraordinario de casación, por parte de la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, una vez concedido por el Tribunal, alegando razones de cuantía. La Sala analizará si la inaplicación, mediante la excepción de inconstitucionalidad, del artículo 372, inciso 2º, del C.P.C. y su consecuencia, constituye o no un daño antijurídico en el marco del error judicial, teniendo en cuenta además, que la norma inaplicada fue declarada exequible con posterioridad por la Corte Constitucional.

IV. Análisis de la Sala

23. Como respecto del daño no se presenta controversia, la Sala centrará su análisis en la imputabilidad del mismo, teniendo en cuenta la normatividad y jurisprudencia vigente sobre el tema.

24. En efecto, la Sala encuentra probado el hecho de que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia inadmitió el recurso extraordinario de casación que en forma previa había concedido el Tribunal y confirmó su decisión al no reponerlo. Dicha postura, le impidió a la parte actora acudir a la corporación que encabeza la jurisdicción ordinaria y acceder a la administración de justicia, comoquiera que tras esa decisión, se agotaban los recursos a su disposición para revisar la sentencia de segunda instancia, lo que configura el **daño** alegado por la parte actora.

25. En cuanto a la imputación del daño a la entidad demandada, tal como lo consideró la parte actora, la Sala observa que se trata del **error judicial**, que se encuentra regulado en el art. 65 de la Ley 270 de 1996, en el que para su producción se requiere: i) que se trate de una providencia judicial en firme; en este caso el auto que resolvió el recurso de reposición se encuentra ejecutoriado

y, ii) que previamente se hayan agotado todos los recursos ordinarios de los que dispone la parte. En efecto, el recurso de reposición interpuesto contra el auto de inadmisión agotó los recursos disponibles en la jurisdicción⁴.

26. La norma citada, vigente al momento en que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia profirió el auto que motiva esta acción de reparación directa, establece que la responsabilidad patrimonial del Estado puede resultar comprometida por el llamado “*error jurisdiccional*”⁵, el cual fue definido en el artículo 66 ibídem 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*”. Al revisar la constitucionalidad de este artículo, la Corte Constitucional consideró que no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la Rama Judicial, a menos de que se configure una de las causales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales o vía de hecho judicial, por lo que condicionó su exequibilidad:

Sentadas las precedentes consideraciones, conviene preguntarse: ¿Respecto de las providencias proferidas por las altas corporaciones que hacen parte de la rama judicial, cuál es la autoridad llamada a definir los casos en que existe un error jurisdiccional? Sobre el particular, entiende la Corte que la Constitución ha determinado un órgano límite o una autoridad máxima dentro de cada jurisdicción; así, para la jurisdicción constitucional se ha previsto a la Corte Constitucional (art. 241 C.P.), para la ordinaria a la Corte Suprema de Justicia (art. 234 C.P.), para la contencioso administrativa al Consejo de Estado (art. 237 C.P.) y para la jurisdiccional disciplinaria a la correspondiente sala del Consejo Superior de la Judicatura (art. 257 C.P.). Dentro de las atribuciones que la Carta le confiere a cada una de esas corporaciones, quizás la característica más importante es que sus providencias, a través de las cuales se resuelve en última instancia el asunto bajo examen, se unifica la jurisprudencia y se definen los criterios jurídicos aplicables frente a casos similares. En otras palabras, dichas decisiones, una vez agotados todos los procedimientos y recursos que la

⁴ No sobra recordar que la Sala solo exige el agotamiento de “los medios ordinarios de impugnación de las providencias, es decir, aquellos que no sólo permiten el examen limitado de la decisión con el objeto de corregir los errores de toda clase, tanto de hecho como jurídicos, sino que pueden interponerse sin sujeción a las rígidas causales que operan para los extraordinarios, los que adicionalmente requieren para su trámite la presentación de una demanda”. Sentencia de 14 de agosto de 2008, exp. 16594, C.P. Mauricio Fajardo. En el mismo sentido, véase sentencia de 22 de noviembre de 2001, exp. 13164, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

⁵ De acuerdo con lo previsto en esta norma, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y la privación injusta de la libertad también son fuente de responsabilidad estatal.

ley contempla para cada proceso judicial, se tornan en autónomas, independientes, definitivas, determinantes y, además, se convierten en el último pronunciamiento dentro de la respectiva jurisdicción. Lo anterior, por lo demás, no obedece a razón distinta que la de garantizar la seguridad jurídica a los asociados mediante la certeza de que los procesos judiciales han llegado a su etapa final y no pueden ser revividos jurídicamente por cualquier otra autoridad de la rama judicial o de otra rama del poder público. En virtud de lo anterior, la Corte juzga que la exequibilidad del presente artículo debe condicionarse a que no es posible reclamar por la actuación de las altas corporaciones de la rama judicial, una responsabilidad del Estado a propósito del error jurisdiccional, pues ello equivaldría a reconocer que por encima de los órganos límite se encuentran otros órganos superiores, con lo cual, se insiste, se comprometería en forma grave uno de los pilares esenciales de todo Estado de derecho, cual es la seguridad jurídica. Por lo demás, cabe anotar que es materia de ley ordinaria la definición del órgano competente y del procedimiento a seguir respecto de la responsabilidad proveniente del error en que incurran las demás autoridades judiciales pertenecientes a esta rama del poder público. Por otra parte, conviene aclarar que la argumentación expuesta no significa que el juez de tutela y la Corte Constitucional, en ejercicio de la atribución contenida en el artículo 86 superior, no pueda revisar las providencias proferidas por cualquier autoridad judicial, en aquellos casos en que al presentarse una “vía de hecho”, en los términos que han sido definidos en la Sentencia C-543 de 1992 y demás jurisprudencia de esta Corporación, se amenace o se vulnere un derecho constitucional fundamental. Nótese que en este caso se trata de una facultad de origen constitucional, que no implica la resolución de fondo del conflicto jurídico contenido en la providencia bajo revisión, ni se enmarca dentro del análisis de la responsabilidad patrimonial del Estado -como es el caso del artículo que se examina-. Se trata simplemente del reconocimiento de que el juez, al igual que cualquier otra autoridad pública, se encuentra comprometido con el respeto y la protección de los derechos fundamentales de los asociados dentro de la órbita constitucional; por ende, en caso de que una actuación judicial, incluso aquellas contenidas en una providencia, vulnere un derecho, será posible su amparo a través de la acción de tutela, sin perjuicio de la definición de las demás responsabilidades en los términos que han sido descritos en esta sentencia⁶.

27. Sin embargo, en la sentencia del 4 de septiembre de 1997⁷, la Sección Tercera del Consejo de Estado se apartó de la determinación adoptada por la Corte Constitucional con fundamento en que los principios y valores que rigen la función jurisdiccional no se vulneran con la posibilidad de que el Estado

⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-037/96, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

⁷ Exp. 10285, C.P. Ricardo Hoyos Duque. Allí se precisó que “sólo excepcionalmente será admisible la responsabilidad patrimonial del Estado derivada del error judicial cometido por las altas corporaciones de justicia y demás tribunales y juzgados en los eventos en que éste sea absolutamente evidente y no se requiera realizar ninguna labor hermenéutica para hallarlo configurado”.

responda por los errores en que incurran las altas cortes. Esta posición fue reiterada en sentencia del 5 de diciembre de 2007, en los siguientes términos⁸:

De conformidad con lo expuesto, la Sala concluye que el Estado, a través de las acciones y omisiones de sus altas cortes, también incurre en error judicial determinante de su responsabilidad patrimonial del Estado, por varias razones:

- Porque el artículo 90 de la Constitución no hace distinciones.

Como se indicó precedentemente, la constitución establece que todas las autoridades que ejercen función pública, pueden determinar con sus acciones u omisiones la responsabilidad del Estado.

-Porque no atenta contra el principio de seguridad jurídica.

El juicio es el de la responsabilidad del Estado y no comporta la reapertura del proceso definido en la providencia cuestionada. Tiene por objeto la verificación del derecho o interés lesionado y de la imputación del mismo al Estado, con fundamento en lo cual habrá de declararse la misma y de disponerse la reparación de los perjuicios causados. El juicio de responsabilidad recae sobre la actuación del juez en ejercicio de sus funciones y sobre la configuración del daño; no comporta el renacimiento de un proceso ya terminado. Así también porque la decisión del juez contencioso administrativo no comprende la modificación o alteración de lo dispuesto en el juicio materia de la providencia acusada.

- Porque las altas cortes no son infalibles.

Así se deduce de la consagración legal de recursos extraordinarios y de lo expuesto por la Corte Constitucional al conocer de las tutelas contra providencias judiciales proferidas por las altas cortes.

- Porque el Consejo de Estado es el tribunal supremo de lo contencioso administrativo⁹ y como corporación judicial competente para juzgar la responsabilidad del Estado, no está limitado por la investidura del juez que incurre en error judicial.

28. La referida postura de la Corte Constitucional respecto de la procedencia de un juicio de responsabilidad del Estado por las acciones u omisiones de sus altos dignatarios fue modificada en sentencia C-038 del 1 de febrero de 2006 por medio de la cual se pronunció sobre la constitucionalidad del artículo 86 del Código Contencioso Administrativo modificado por la Ley 446 de 1998. En esta

⁸ Exp. 15128, C.P. Ramiro Saavedra Becerra.

⁹ [47] Artículo 237, núm. 1.

oportunidad, al revisar los cargos que propuso el accionante con fundamento en que dicha norma no comprendía la responsabilidad del Estado por el hecho del legislador, afirmó:

(...) tal como lo ha entendido el Consejo de Estado, la disposición constitucional que regula la materia establece la obligación de reparar los daños antijurídicos provenientes de cualquier autoridad pública. En efecto, como se ha reiterado el precepto simplemente establece dos requisitos para que opere la responsabilidad patrimonial estatal, a saber, que haya un daño antijurídico y que éste sea imputable a una acción u omisión de una autoridad pública, sin hacer distinciones en cuanto al causante del daño.

Señaló además que pretender que la responsabilidad patrimonial del Estado sólo se predica respecto de las acciones y omisiones de algunos de sus poderes, “sería abiertamente inconstitucional desde la perspectiva del Estado Social de Derecho y de los principios y valores que rigen nuestro ordenamiento constitucional tales como la solidaridad, la igualdad, la justicia material y la supremacía de la Constitución. Principios que cristalizaron en el ordenamiento jurídico colombiano y que encontraron una de sus expresiones en la disposición constitucional en comento”¹⁰.

29. En conclusión, la Sala reitera que nada se opone a que la responsabilidad patrimonial del Estado pueda declararse con fundamento en el error jurisdiccional de las altas corporaciones de la Rama Judicial.

30. Las dificultades que envuelve el análisis del error judicial han sido advertidas al reconocer los límites en su determinación, cuando, de lo que se trata es de cuestionar la aceptación que pueda tener la interpretación de un texto normativo por uno o varios jueces, así:

Con todo, determinar la existencia de un error judicial comporta en muchos casos un juicio difícil, pues si bien el parámetro para definir el error es la norma jurídica aplicable al caso, no siempre ésta arroja resultados hermenéuticos unificados, con lo cual distintos operadores jurídicos pueden aplicar la misma norma a partir de entendimientos diferentes, con resultados igualmente dispares. Y ello podría trivializar la idea de que existan errores judiciales, para decir que lo constatable son simplemente interpretaciones normativas o de hechos, de modo diferentes, merced a distintos y válidos entendimientos de lo jurídico.

Este asunto de la banalización del error judicial adquiere un carácter superlativo si se tienen en cuenta no solo los distintos métodos de

¹⁰ [48] Expediente No. D-5839; actor: Félix Hoyos Lemus. MP: Humberto Antonio Sierra Porto.

interpretación jurídica existentes –que llevan a juicios concretos distintos–, sino también la variedad de concepciones del derecho que circulan en el mundo académico y que tienen gran incidencia en cuestiones prácticas como las judiciales. Si según alguna versión del realismo jurídico el derecho es lo que diga el juez y para el iuspositivismo existen varias respuestas correctas en derecho, entonces la pregunta por el error judicial puede quedar en entredicho, pues en el primer caso no sería posible juzgar a quién estipula el derecho y en el segundo el intérprete siempre quedaría justificado porque básicamente escogió una de las posibilidades hermenéuticas de las varias que ofrece la norma.

Para darle sentido y justificación a una norma como el artículo 65 de la Ley 270 de 1996 que ve materializado el error judicial “a través de una providencia contraria a la ley”, la concepción del derecho que mejor explica el fenómeno es el iusnaturalismo en su versión moderna iusracionalista que apuesta por la corrección de las decisiones jurídicas sobre la base de una argumentación razonada. Como es sabido, la tesis de la única respuesta correcta desarrollada por la concepción iusracionalista del derecho, con Dworkin a la cabeza¹¹, tiene como su variante más influyente la propuesta de Alexy sobre la respuesta correcta como idea regulativa, la que a su turno es un desarrollo de su tesis filosófica sobre moral correcta¹². En palabras de Alexy:

“En todo caso, está claro que en la realidad no existe ningún procedimiento que permita, con una seguridad intersubjetivamente necesaria llegar en cada caso a una única respuesta correcta. Esto último no obliga, sin embargo, a renunciar a la idea de única respuesta correcta sino que únicamente da ocasión para determinar su estatus con más precisión. El punto decisivo aquí es que los respectivos participantes en un discurso jurídico, si sus afirmaciones y fundamentaciones han de tener un pleno sentido, deben, independientemente de si existe o no una única respuesta correcta, elevar la pretensión de que su respuesta es la única correcta. Esto significa que deben presuponer la única respuesta correcta como idea regulativa. La idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta”¹³.

De modo que a diferencia de la corrección sustancial a la que sería capaz de llegar el juez Hércules de Dworkin, en Alexy se propone una corrección como idea regulativa y a la que es posible llegar en un escenario ideal de diálogo, a partir del cumplimiento de las reglas y formas de la argumentación jurídica, teniendo en cuenta que ésta no es más de un caso

¹¹ [9] En “Los casos difíciles”, Ronald Dworkin defendió la tesis de la única respuesta correcta, para lo cual creó al juez Hércules capaz de hallarla (en *Los derechos en serio*, pp. 147 a 208, trad. del inglés de Marta Guastavino, Barcelona, Ariel, 1984).

¹² [10] En “validez del derecho”, una vez justificada la relación derecho y moral, Robert Alexy concluye afirmando la moral correcta como una idea regulativa (ver *Concepto y validez del derecho*, Barcelona, Ariel, 1994).

¹³ [11] Robert Alexy, *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*, traducción de Manuel Atienza, y Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 5, Alicante, 1988, cit., p. 151 y ss.

especial de la argumentación general, caracterizada por la racionalidad, esto es, por el uso de la razón práctica¹⁴.

En suma, mejor que otras concepciones del derecho, la iusracionalista permite justificar la existencia y sentido de normas sobre el error judicial y explicar adecuadamente las propiedades mismas de éste fenómeno jurídico en el que eventualmente pueden incurrir las autoridades judiciales, independientemente de su nivel jerárquico¹⁵.

31. Como en el **caso concreto** la Corte Suprema de Justicia inaplicó una norma por estimarla inconstitucional y alrededor de tal decisión se pretende configurar el error judicial, la Sala estima pertinente examinar las exigencias de este medio de control constitucional y su cumplimiento por la corporación demandada.

32. La **excepción de inconstitucionalidad** es un mecanismo de control de constitucionalidad informal, reglado jurisprudencialmente, que se encuentra vinculado a la cláusula de supremacía constitucional consagrada en el artículo 4.º superior, que se constata cuando se precisa emplear una norma legal o de inferior jerarquía y se advierte su ostensible e indudable oposición (incompatibilidad) a algún mandato constitucional, lo que autoriza la inaplicación de la norma al caso concreto. El artículo 4.º establece:

¹⁴ [12] *Robert Alexy, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, traducción de M. Atienza e I. Espejo, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, pp. 302-303. Sobre el aporte de la teoría jurídica a la reflexión sobre el error judicial, la Sala ha dicho: "(...) 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 (...). Por tanto, sólo las decisiones judiciales que –sin necesidad de que constituyan una vía de hecho, que determinaría la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales- resulten contrarias a Derecho por carecer de una justificación coherente, razonable, jurídicamente atendible, que las provea de aceptabilidad, pueden ser válidamente catalogadas como incursas en error jurisdiccional (...). Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 2 de mayo de 2007, exp. 15576. En el mismo sentido véanse las sentencias de noviembre 30 de 2006, exp. 18059, C.P. Alir Eduardo Hernández; 11 de mayo de 2011, exp. 22322, C.P. Ruth Stella Correa Palacio y 14 de agosto de 2008, exp. 16594, C.P. Mauricio Fajardo.*

¹⁵ Sentencia de 22 de noviembre de 2012, exp. 24.258, C.P. Danilo Rojas Betancourth, reiterada en la sentencia de 20 de febrero de 2014, exp. 26990, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

Es deber de los nacionales y de los extranjeros en Colombia acatar la Constitución y las leyes, y respetar y obedecer a las autoridades.

33. Se trata de un control no formal por cuanto su origen proviene de la célebre decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, bajo el liderazgo de su presidente, el juez John Marshall, en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803, por el cual se inaplicó por primera vez una ley de carácter federal, al ser considerada vulneradora de la Constitución. Se trató de una decisión jurídica que, además de apaciguar hábilmente un aprieto político¹⁶, abrió la puerta a la configuración del control de constitucionalidad bajo el modelo del *judicial review of legislation*, también conocido como control *difuso y concreto* de constitucionalidad.

¹⁶ El caso envuelve la transición del gobierno de John Adams, federalista, a Thomas Jefferson, antifederalista y la designación que los días previos a la asunción del nuevo gobierno haría de un amplio número de jueces que dada la premura no alcanzó a notificar. Ante ello, el nuevo gobierno de Jefferson se abstuvo de hacer las comunicaciones requeridas. Uno de ellos William Marbury, reclamó que se expidiese un *writ of mandamus* contra el nuevo secretario de Estado, James Madison, quien había reemplazado al mismo Marshall, para que le ordenara hacer efectivo su nombramiento como juez. “*Antes que nada Marshall sabía que Jefferson, recién llegado al poder y con amplio respaldo popular, iba a desobedecer sus instrucciones de nombrar juez a Marbury. De ahí que Marshall optara por rechazar la petición de mandamus (con lo cual se aseguraba el respaldo de Jefferson a la sentencia), pero a través de una fundamentación políticamente mucho más incisiva y conveniente: en ella iba a quedar asentado el derecho de los jueces a negar validez a las leyes nacionales que se interpretasen contrarias a la Constitución*”. GARGARELLA, Roberto, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Ariel, 1996, pp. 47. Si bien son varios los antecedentes inmediatos que contribuyeron, junto con “*El Federalista*” (Hamilton 78), a cimentar la idea de que los jueces tenían la potestad de inaplicar leyes estatales y federales, tales como *Chilsholm v. Georgia* (1793), *Kemper v. Hawkins* (1793) *Vanhorne’s Lessee v. Dorrance* (1795) o *Hylton v. United States* (1796), lo cierto es que respecto a las leyes federales, *Marbury v. Madison* se convertiría en el primer pronunciamiento judicial por el cual la Corte Suprema de Justicia estadounidense lo haría. En la narrativa de Larry D. Kramer: “*Ya había quedado claro por la mayoría de los debates en el congreso y en los casos como Hylton v. United States y el Caso Hayburn que la mayoría pensaba que la potestad existía, incluso respecto de las leyes federales. Por ello, el juez de la Corte Chase, podía observar tres años antes de Marbury, en Cooper v. Telfair, que “(d)e hecho, es opinión general de los jueces, expresamente admitida por este tribunal, y por algunos de los jueces de la Corte que se han manifestado, individualmente en los Circuitos, que la Corte Suprema puede declarar inconstitucional, y por tanto inválida, una ley del Congreso”. Pero rápidamente agregaba, “no hay ninguna decisión de la Corte Suprema al respecto”. Marbury fue la primera decisión, y por ello fue importante tan sólo por eso*”. En: *Constitucionalismo popular y control de constitucionalidad*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 150.

34. La falta de desarrollo legal de la excepción de inconstitucionalidad ha llevado a que aspectos como quiénes son los competentes, en quién recae la legitimidad por activa, el término para su resolución, el carácter temporal de sus efectos, etc., hayan tenido que ser solventados por la jurisprudencia constitucional, por cuanto se asume que para su implementación basta con consagrar el principio de supremacía normativa de la Constitución.

35. En Colombia, la introducción de la excepción se produjo por vía de interpretación desde las primeras constituciones y así se ha mantenido hasta la fecha. Con el propósito de precisar en mayor medida el alcance y límites de este control, la Corte Constitucional ha establecido ciertos parámetros para su funcionamiento:

El artículo 4º de la Constitución consagra, con mayor amplitud que el derogado artículo 215 de la codificación anterior, la aplicación preferente de las reglas constitucionales sobre cualquier otra norma jurídica. Ello tiene lugar en casos concretos y con efectos únicamente referidos a éstos, cuando quiera que se establezca la incompatibilidad entre la norma de que se trata y la preceptiva constitucional. Aquí no está de por medio la definición por vía general acerca del ajuste de un precepto a la Constitución -lo cual es propio de la providencia que adopte el tribunal competente al decidir sobre el proceso iniciado como consecuencia de acción pública- sino la aplicación de una norma legal o de otro orden a un caso singular.

Para que la aplicación de la ley y demás disposiciones integrantes del ordenamiento jurídico no quede librada a la voluntad, el deseo o la conveniencia del funcionario a quien compete hacerlo, debe preservarse el principio que establece una presunción de constitucionalidad. Esta, desde luego, es desvirtuable por vía general mediante el ejercicio de las aludidas competencias de control constitucional y, en el caso concreto, merced a lo dispuesto en el artículo 4º de la Constitución, haciendo prevalecer los preceptos fundamentales mediante la inaplicación de las normas inferiores que con ellos resultan incompatibles.

Subraya la Corte el concepto de incompatibilidad como elemento esencial para que la inaplicación sea procedente, ya que, de no existir, el funcionario llamado a aplicar la ley no puede argumentar la inconstitucionalidad de la norma para evadir su cumplimiento.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua define la incompatibilidad en términos generales como "repugnancia que tiene una cosa para unirse con otra, o de dos o más personas entre sí".

En el sentido jurídico que aquí busca relievase, son incompatibles dos normas que, dada su mutua contradicción, no pueden imperar ni aplicarse

*al mismo tiempo, razón por la cual una debe ceder ante la otra; en la materia que se estudia, tal concepto corresponde a una oposición tan **grave** entre la disposición de inferior jerarquía y el ordenamiento constitucional que aquella y éste no puedan regir en forma simultánea. Así las cosas, el antagonismo entre los dos extremos de la proposición ha de ser tan **ostensible** que salte a la vista del intérprete, haciendo superflua cualquier elaboración jurídica que busque establecer o demostrar que existe.*

*De lo cual se concluye que, en tales casos, si no hay una oposición **flagrante** con los mandatos de la Carta, habrá de estarse a lo que resuelva con efectos "erga omnes" el juez de constitucionalidad según las reglas expuestas.*

Fluye de lo anterior con toda claridad que una cosa es la norma -para cuyo anodamiento es imprescindible el ejercicio de la acción pública y el proceso correspondiente- y otra bien distinta su aplicación a un caso concreto, la cual puede dejar de producirse -apenas en ese asunto- si existe la aludida incompatibilidad entre el precepto de que se trata y los mandatos constitucionales¹⁷.

36. La definición acerca de si existe o no la incompatibilidad entre la norma inferior y las fundamentales debe producirse en el caso específico, singular, concreto, y en relación con las personas involucradas en el mismo, sin que pueda exceder ese preciso marco jurídico. Se habla entonces de un efecto *inter partes*, o circunscrito a quienes tienen interés en el caso¹⁸. Y la norma inaplicada debe serlo en virtud de la flagrante, grave, grosera, ostensible afrenta a la Constitución, que por ello no afecta su vigencia general, y produce efectos en el asunto particular del que se trata.

37. Con la introducción de la acción de tutela (art. 86 superior) en la Constitución de 1991, la excepción de inconstitucionalidad tomó una nueva funcionalidad como herramienta neurálgica en la protección de los derechos fundamentales, de tal modo que la facultad de los jueces y autoridades administrativas de inaplicar las normas inferiores que son incompatibles con la Constitución pasó a ser un deber, que en caso de omitirse da lugar a un defecto sustancial o material por fundamentar la decisión en normas inexistentes o inconstitucionales o que

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia T-614/92, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁸ Sin perjuicio de los efectos "inter pares" aplicado por la Corte Constitucional en casos excepcionales, como sucedió con la inaplicación que en repetidas ocasiones hizo dicho tribunal del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000. Véanse, entre otros, los autos 085, 087, 089, 094 de 2000 y 071 de 2001.

presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión, a lo que se suma la violación directa de la Constitución por inaplicación de la excepción de constitucionalidad y por ende, ambas son causales de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales¹⁹:

La jurisprudencia constitucional ha definido que “la excepción de inconstitucionalidad es una facultad o posibilidad (o si se quiere, una herramienta) de los operadores jurídicos, en tanto no tiene que ser alegada o interpuesta como una acción; pero se configura igualmente como un deber en tanto las autoridades no pueden dejar de hacer uso de ella en los eventos en que detecten una clara contradicción entre la disposición aplicable a un caso concreto y las normas constitucionales”. En consecuencia, esta herramienta se usa con el fin de proteger, en un caso concreto y con efecto inter partes, los derechos fundamentales que se vean en riesgo por la aplicación de una norma de inferior jerarquía y que, de forma clara y evidente, contraría las normas contenidas dentro de la Constitución Política²⁰.

38. Dado que la inaplicación de las normas por razones constitucionales también es susceptible de ser revisada mediante la acción de cumplimiento²¹, se ha

¹⁹ Desde su primigenia jurisprudencia la Corte Constitucional señaló que la acción de tutela no era el mecanismo idóneo para determinar la constitucionalidad o no de normas, comoquiera que en nuestro ordenamiento se consagró a la acción pública de inconstitucionalidad, como control abstracto y con efectos erga omnes; “no obstante lo anterior, el juez de tutela puede, si encuentra que la aplicación de una norma desconoce derechos de rango fundamental, analizar la posibilidad de inaplicar la norma que se cree contraria a los derechos y garantías constitucionales, haciendo uso de la excepción de inconstitucionalidad”. Corte Constitucional, sentencia T-318/99, M.P. Jorge Arango Mejía. Posteriormente se enfatizó en el deber del juez de inaplicar las normas inconstitucionales, so pena de incurrir en una de las causales de procedibilidad de la tutela contra providencias. Así, en la sentencia T-441/03, la Corte Constitucional señaló lo siguiente: “Finalmente se tienen las situaciones en las cuales se incurre en violación directa de la Constitución y de los derechos fundamentales de alguna de las partes. Se trata de las hipótesis en las cuales la decisión se apoya en la interpretación de una disposición en contra de la Constitución, y aquellas en las cuales el funcionario judicial se abstiene de aplicar la excepción de inconstitucionalidad cuando la violación de la Constitución resulta manifiesta y la negativa de resolver el punto ante una solicitud expresa por alguna de las partes en el proceso”.

²⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-132/13, M.P. Alexei Julio Estrada.

²¹ La Ley 393 de 1997 “por la cual se desarrolla el artículo 87 de la Constitución Política” establece en su artículo 20: “Excepción de inconstitucionalidad. Cuando el incumplimiento de norma con fuerza de Ley o Acto Administrativo sea proveniente del ejercicio de la excepción de inconstitucionalidad, el Juez de cumplimiento deberá resolver el asunto en la sentencia. Lo anterior sin perjuicio de que el Juez la aplique oficiosamente.//Parágrafo. El incumplido no podrá alegar la excepción de inconstitucionalidad sobre normas que hayan sido objeto de análisis de exequibilidad por el Consejo de Estado o la Corte Constitucional, según sea el caso”. Artículo declarado EXEQUIBLE, ‘sólo en los términos de la sentencia’ por la Corte Constitucional, mediante sentencia [C-600/98](#), M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Posición reiterada en la sentencia [C-492/00](#), M.P. Alejandro Martínez Caballero, en donde la Corte Constitucional

precisado perfilar aún más en qué circunstancias es procedente su uso, de tal modo que su viabilidad depende de que no la preceda una decisión de control abstracto de constitucionalidad que ya haya resuelto las dudas sobre la exequibilidad de la norma²², y adicionalmente: “ 5. La Corte Constitucional ha establecido como criterios que han de ser tenidos en cuenta para inaplicar normas, los siguientes: (1) que el contenido normativo de la disposición sea evidentemente contrario a la Constitución, y (2) que la norma claramente comprometa derechos fundamentales.”²³²⁴

39. Si bien es cierto que la decisión de inaplicar un precepto o no, recae en la autonomía de cada juez y/o tribunal, los cuales gozan de un importante margen

declaró estarse a lo resuelto en la sentencia C-600/98. Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante sentencia [C-893/99](#), M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²² “La excepción de inconstitucionalidad surge como el mecanismo judicial viable para inaplicar ese precepto a un caso particular, en virtud, justamente, de la especificidad de las condiciones de ese preciso asunto. Por el contrario, de ya existir un pronunciamiento judicial de carácter abstracto y concreto y con efectos erga omnes, la aplicación de tal excepción de inconstitucionalidad se hace inviable por los efectos que dicha decisión genera, con lo cual cualquier providencia judicial, incluidas las de las acciones de tutela deberán acompasarse a la luz de la sentencia de control abstracto que ya se hubiere dictado”. Corte Constitucional, sentencia T-103/10.

²³ [1] En la sentencia C-119 de 2008 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra), al analizar la exequibilidad de la decisión del legislador de conceder facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para resolver algunos conflictos suscitados con ocasión de la prestación de los servicios de salud (artículo 41 de la Ley 1122 de 2007), la Corte advirtió que los funcionarios de la Superintendencia, en ejercicio de sus funciones judiciales, están obligados a usar la excepción de inconstitucionalidad y no pueden dejar de aplicar la Constitución o de garantizar el goce efectivo de un derecho constitucional fundamental, so pretexto de aplicar de manera preferente normas legislativas o administrativas contrarias a la Constitución. Por medio de los Autos 251 de 2008 y 237 de 2008, la Corte ha establecido que frente algunos obstáculos creados por normas legales para diseñar oportunamente los programas de protección del goce efectivo de los derechos de los desplazados, el Gobierno está en la obligación de aplicar la excepción de inconstitucionalidad con miras a dar cumplimiento estricto a las órdenes de la Corte Constitucional. De otra parte, en la sentencia T-522 de 2001 (MP Manuel José Cepeda Espinosa) y en el Auto 071/01, (MP Manuel José Cepeda Espinosa), la Corte estableció los criterios que los jueces han de tener para inaplicar normas que son abiertamente contrarias a la Constitución. Dijo la Corte en la sentencia que las “condiciones que impiden a un funcionario judicial omitir, de forma absoluta, un análisis de la constitucionalidad de la norma y pronunciarse sobre su inaplicabilidad [...] son: (1) el contenido normativo de la disposición es evidentemente contrario a la Constitución, porque la Corte Constitucional así lo declaró; (2) la norma claramente compromete derechos fundamentales; y (3) se solicitó de manera expresa al funcionario judicial que la norma fuera inaplicada y se aportó como elemento de juicio una sentencia de constitucionalidad de la Corte que excluyó del ordenamiento jurídico el mismo sentido normativo de la disposición que sería aplicada para decidir en el caso concreto. Los funcionarios judiciales no pueden ser indiferentes ante esta situación, ya que es su deber aplicar de manera preferente la Carta Fundamental.” Respecto de la excepción de inconstitucionalidad, ver también la sentencia T-150 de 1996, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

²⁴ Auto 035/09, M.P. Manuel José Cepeda.

de discrecionalidad para interpretar el ordenamiento jurídico y para disentir respecto a la decisión de los otros jueces y/o tribunales²⁵, también lo es que dicho procedimiento de inaplicación no está exento de la satisfacción de una serie de requisitos de procedibilidad que buscan limitar dicha discrecionalidad con el fin de garantizar la imparcialidad y razonabilidad de la decisión.

40. En suma, si bien en un sistema de control de constitucionalidad mixto o integral, como el nuestro, está permitida la inaplicación de normas contrarias a la

²⁵ En efecto el sistema jurídico puede tolerar un grado de incertidumbre sobre qué es el derecho y resolver qué dicen los jueces sobre ello puede tomar un tiempo para ajustarse según la interpretación que, poco a poco, sea decantada por las altas cortes. Un ejemplo es la disimilitud sobre la interpretación del Decreto 1382 de 1991 que inicialmente llevó a los jueces a inaplicarlo por considerar, como lo hizo la Corte Constitucional, que las normas que determinan la competencia en materia de tutela son los artículos 86 de la Carta Política y 37 del Decreto 2591 de 1991. Mientras que el Decreto 1382 de 2000 establece las *“reglas para el reparto de la acción de tutela”* y no las que definen la competencia de los despachos judiciales, pues por su inferioridad jerárquica frente a las otras disposiciones, no podía modificarlas. Ante esta situación, el Gobierno Nacional, mediante Decreto 404 de marzo 14 de 2001, decidió suspender por un año su vigencia, *“en espera de que el Consejo de Estado resuelva en forma definitiva sobre la legalidad del mismo”*. En julio de 2002, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado declaró la nulidad del *“inciso cuarto del numeral primero del artículo 1º del Decreto 1382 de 2000”* y del *“inciso segundo del artículo 3º”* del mismo, denegando los demás cargos de las demandas a que se contraían los expedientes radicados en esa corporación. Corte Constitucional A022-12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En ese sentido, la Corte Constitucional ha precisado que *“la observancia del mencionado acto administrativo en manera alguna puede servir de fundamento para que los jueces o corporaciones que ejercen jurisdicción constitucional se declaren incompetentes para conocer de una acción de tutela, puesto que las reglas en él contenidas son meramente de reparto. Una interpretación en sentido contrario, transforma sin justificación válida el término constitucional de diez (10) días, (...), lesionándose de esa manera la garantía de la efectividad (art. 2 C.P.) de los derechos constitucionales al acceso a la administración de justicia (art. 229 ibídem) y al debido proceso de los accionantes (art. 29 ibídem)”*. Auto 230 de 2006, reiterado por el auto 340 de 2006, entre otros. Ver también Corte Constitucional, A-202/07, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Por su parte el Consejo de Estado ha considerado que el Decreto 1382 de 2000 se expidió en ejercicio de la facultad reglamentaria del Presidente, y en lo atinente a las disposiciones relacionadas con el trámite y competencia para conocer las acción de tutela contra las altas corporaciones judiciales, y cuando la misma puede ser conocida por despachos judiciales del mismo nivel y especialidad, ello constituye un desarrollo lógico de los principios de respeto a la jerarquía y desconcentración de la Administración de Justicia. Ver sentencia del 18 de julio de 2002, Sección Primera, C.P. Camilo Arciniegas Andrade, rad. 11001-03-24-000-2000-6414-01(6414-6424-6447-6452-6453-6522-6523-6693-6714-7057), actores: Franky Urrego Ortiz y otros. Posición reiterada entre otras por la Sección Segunda, Subsección “b”, sentencia de 16 de diciembre de 2009, rad. 08001-23-31-000-2009-00780-01(AC), C.P. Gerardo Arenas Monsalve, actor: Dalmiro de Jesús García Henríquez.

Constitución, ésta no puede hacerse de cualquier forma, pues la jurisprudencia ha consagrado una serie de exigencias para justificar su procedencia, las que al ser desconocidas pueden dar lugar a declarar la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial, si el resultado de tal ejercicio es la vulneración de derechos fundamentales o el sacrificio de principios y valores constitucionales de mayor peso de los que pretende proteger. Con ello se maximiza el argumento democrático y el principio de legalidad que le dan fuerza al acatamiento de las normas positivas vigentes. Una síntesis de las exigencias jurisprudenciales que, en desarrollo del artículo 4º constitucional, se han establecido son las siguientes:

i) Su carácter temporal o de respeto al principio de cosa juzgada relativa, que no es otro que la imposibilidad de inaplicar normas cuando las mismas hayan sido objetivo de control por parte de los órganos competentes –v.g. Corte Constitucional y Consejo de Estado- y se haya declarado su exequibilidad con cargos similares a los que el operador señala. Cuando el funcionario se encuentra con una certeza sobre la constitucionalidad de la norma en tanto la Corte ya se pronunció al respecto, la justificación de la inaplicación resulta difícil de sostener por cuanto pesan sobre ella los efectos de cosa juzgada constitucional y el argumento democrático, salvo que se esté ante cargos nuevos aún no analizados por dicha Corporación.

ii) La ostensible contradicción entre la norma constitucional y la legal o reglamentaria, lo que pone de presente que no debe ser cualquier aparente contradicción la que motive la excepción de inconstitucionalidad.

iii) La aplicación del efecto útil de las normas y el principio de conservación del derecho, como una consecuencia de la exigencia anterior, de modo que ante distintas posibilidades hermenéuticas, en la que al menos una es constitucional, ésta debe hacerse valer como la interpretación conforme a la Constitución.

iv) La carga de la argumentación, que impone dar cuenta de las razones constitucionales que justifican la inaplicación de la norma.

v) La protección de un derecho fundamental, de un principio o valor Superior pues constituye la principal función de los servidores públicos y la razón de ser del control judicial.

41. Estas exigencias muestran entonces el camino normativo que deben tener en cuenta las autoridades que se encuentren en el escenario de inaplicación de normas. La omisión de alguna de ellas, como se indicó, puede llevar a la declaratoria de responsabilidad por error judicial. Al realizar este examen, es importante tener en cuenta el grado de incidencia de cada exigencia y de su conjunto, así como las particularidades del caso. Así, el primer evento, en el que la responsabilidad parece más ostensible, es el del incumplimiento del carácter temporal de la inaplicación (principio de cosa juzgada relativa), pues en tal situación no solo se desafía al principio democrático, al principio de legalidad y a la presunción de constitucionalidad de las normas, sino también al argumento judicial por antonomasia que es aquel proferido por el órgano competente –v.g. Corte Constitucional o Consejo de Estado- que llevó a considerar ajustada la norma al ordenamiento superior.

42. Bien miradas, las exigencias ii) a iv) son en realidad una sola: la constatación de la ostensible contradicción normativa (ii), que debe ser suficientemente argumentada (iv), teniendo en cuenta el efecto útil y la conservación del derecho (iii). Es este sin duda el escenario más difícil a efectos de determinar la responsabilidad extracontractual del Estado por error judicial.

43. Aquí son válidas las preguntas que en ocasión anterior ya se hizo la Sala acerca de la banalización del error judicial²⁶. Recuérdese que según la concepción positivista del derecho, como cualquier interpretación es correcta –en determinadas circunstancias institucionales-, entonces no habría error; y habría

²⁶ Sentencia de 22 de noviembre de 2012, exp. 24.258, C.P. Danilo Rojas Betancourth, reiterada en la sentencia de 20 de febrero de 2014, exp. 26990, C.P. Danilo Rojas Betancourth.

que agregar que máxime si dicha interpretación es hecha por un órgano de cierre en materia hermenéutica –p.e. la Corte en ejercicio del control abstracto de constitucionalidad-. Conforme a la doctrina sentada entonces por el Consejo de Estado –y adoptando en cambio una concepción no positivista del derecho-, es necesario examinar la razonabilidad del argumento expuesto a efectos de determinar si hubo o no error judicial. Para lo que aquí habrá de resolverse, debe decirse que la “providencia contraria a la ley” exigida por el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, es aquella que no constató primero ni justificó luego, la contradicción flagrante entre la Constitución y la ley aplicable.

44. Esta distinción entre constatación de la contradicción y la justificación de la misma es importante, pues puede presentarse una típica petición de principio y con ello una justificación solo aparente. Así, puede afirmarse la existencia de la contradicción y obviar la justificación de la misma, como también puede darse por evidente la contradicción y a continuación realizar una amplia argumentación para justificar la “evidencia” que, precisamente, pueda no existir. Ambos escenarios son indeseables, pues dado el carácter restrictivo de la inaplicación de normas por estimarlas inconstitucionales –la regla es su aplicación por la fuerza del principio de legalidad y la presunción de constitucionalidad-, es necesario evidenciar la contradicción normativa y también dar cuenta de las tantas razones de ese hallazgo.

45. No menos importante es la última de las limitantes sintetizadas: la protección de los derechos, pues no es posible concebir la inaplicación de normas para neutralizar la aplicación o eficacia de los derechos o para mermarle contenido a alguno en particular. De hecho, el control abstracto de constitucionalidad suele graduar la exigencia o libertad al legislador en función del tipo de restricción que una determinada ley haya impuesto a un particular derecho; v.g. hay más libertad de configuración legislativa y en consecuencia el control es más laxo cuando se limitan competencias en la estructura burocrática de la administración; y es muy estricto cuando la limitación afecta directamente un derecho fundamental.

46. En el **caso concreto**, en el auto de 14 de septiembre de 2000 la Sala Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, adujo razones de incompatibilidad entre el entonces vigente artículo 372, inciso 2.º, del C.P.C.²⁷ y los artículos 234, 228 y 230 superiores. Las normas confrontadas establecen:

<p>Artículo 372 del C.P.C. (modificado por el artículo 1º, numeral 187 del Decreto 2282 de 1989).</p>	<p>Artículo 234, 228 y 230 constitucionales.</p>
<p>ARTÍCULO 372. Repartido el expediente, se decidirá sobre la admisibilidad del recurso. El auto que lo admita lo dictará el ponente; el que lo niegue, la sala la cual ordenará se devuelva al tribunal o juzgado que lo remitió. Será inadmisibile el recurso por no ser procedente de conformidad con el artículo 366 y cuando no se hayan expedido las copias en el término a que se refiere el artículo 371.</p> <p>No podrá declararse inadmisibile el recurso por razón de la cuantía. Cuando en virtud del recurso de queja la sala conceda el de casación, se aplicará por el inferior en lo pertinente el artículo 371, a partir de la</p>	<p>ARTICULO 234. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y se compondrá del número impar de magistrados que determine la ley. Esta dividirá la Corte en salas, señalará a cada una de ellas los asuntos que deba conocer separadamente y determinará aquellos en que deba intervenir la Corte en pleno.</p> <p>ARTICULO 228. La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con</p>

²⁷ El texto original del Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil, establecía: “**ARTÍCULO 372. ADMISIÓN DEL RECURSO.** Repartido el expediente, la sala decidirá sobre la admisibilidad del recurso, y si lo declara inadmisibile, ordenará que se devuelva al tribunal respectivo. No podrá declararse inadmisibile el recurso por razón de la cuantía.

Quando en virtud del recurso de queja la Corte conceda el de casación, no habrá lugar al trámite previsto en el inciso anterior.

Si la sentencia no está suscrita por todos los magistrados que debieron intervenir en ella, o aparece acordada con un número de votos distinto del exigido por la ley, la Corte al proveer sobre la admisibilidad del recurso ordenará la devolución del proceso al tribunal, para que se completen las firmas o se dicte de nuevo, según el caso.

La omisión de la firma del secretario, no impedirá el trámite del recurso.

Lo dispuesto en este artículo se aplicará, en lo pertinente, al recurso de casación per saltum”.

Inicialmente el artículo fue modificado por el artículo 1º, numeral 187 del Decreto 2282 de 1989 (vigente para el momento de los hechos), luego adicionado por el Decreto 3930 de 2008 que introdujo el siguiente inciso: “Procederá el rechazo in límine del recurso de casación por parte del magistrado sustanciador cuando exista carencia manifiesta de fundamento de la pretensión casacional o defectos de forma o de técnica que hagan imposible su examen de fondo”. Inciso que sería declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-071-09, M.P. Mauricio González Cuervo.

Por último, el artículo fue derogado por el literal c) del artículo 626 de la Ley 1564 de 2012 que comenzó a regir a partir del 1o. de enero de 2014, en los términos del numeral 6) del artículo 627.

<p><i>notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior. Si la sentencia no está suscrita por el número de magistrados que la ley exige, la sala ordenará devolver el proceso al tribunal para que proceda como se dispone en el artículo 358. Lo dispuesto en este artículo se aplicará, en lo pertinente, al recurso de casación per saltum.</i></p>	<p><i>diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.</i></p> <p>ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.</p> <p><i>La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.</i></p>
--	--

47. Como primera medida, observa la Sala que, de la simple confrontación entre la literalidad de los artículos citados no salta a la vista, ni irrumpe, una vulneración grosera, flagrante, grave ni ostensible de la norma inferior contra las superiores. Aspecto que como ya se anotó, constituye un requisito esencial de procedibilidad de la excepción de inconstitucional. Así las cosas, es pertinente, como segunda medida, entrar a analizar la motivación que presentó la Corte Suprema de Justicia, en el auto cuestionado. Para dar soporte a la excepción de inconstitucionalidad y la inaplicación del artículo 372, inciso 2º, la Corte expuso tres razones centrales: i) la jerarquía funcional que ostenta dicha Corporación como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, ii) la independencia de la rama judicial frente a las otras ramas del poder público y de los jueces al interior de la misma, y iii) la violación del principio de legalidad. En palabras de la Corte Suprema:

Según el artículo 234 de la Constitución Política, la Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria y dentro de sus atribuciones se encuentra la de servir de "tribunal de casación" (artículo 235, numeral 1º, ibídem) para cuyo efecto se ordenó el recurso de casación. Esta potestad, desde luego, no debe entenderse limitada a los fines que la propia ley asigna a ese medio extraordinario de impugnación, en tanto está llamado a reparar el agravio inferido por la sentencia a la ley y restablecer los derechos conculcados a las partes, así como a unificar la jurisprudencia nacional (artículo 365 del Código de Procedimiento Civil), sino que su campo de acción también se extiende a los actos preparatorios a ese propósito, como es lo referente a la admisión del recurso y a la calificación de la demanda presentada para sustentarlo.

7.-Siendo, entonces, trascendente al objeto de la casación los actos preparatorios, es innegable que a partir de su interposición, la autoridad judicial de instancia ejerce un control previo y formal de los requisitos

exigidos en la ley para su procedencia. Sin embargo, ese control convertido en camisa de fuerza para el “tribunal de casación”, como lo dispone el inc. 2º del artículo 372 del C. de P. Civil, vulnera flagrantemente el principio de independencia funcional en los distintos grados de la administración de justicia establecido por los artículos 228 y 230 de la Constitución Política y a la par el de la jerarquía funcional referido antes.

En efecto, si la Corte Suprema de Justicia es el “máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, prima facie dejaría de serlo cuando una autoridad judicial que en la estructura de la rama judicial se encuentra en un grado inferior, resultara imponiendo, sin más, el trámite de un recurso. En este evento la Corte, contrario a la Constitución, tendría que observar sumisión y respeto, por equivocada que sea, a la decisión del inferior sobre la concesión del recurso de casación, no obstante ser el “tribunal de casación”, es decir, el de la especialidad. (...)

El principio de la independencia judicial es uno de los pilares básicos de la administración de justicia y del propio Estado Social de Derecho. Este principio busca evitar que las decisiones judiciales sean el resultado de mandatos o presiones ejercidas sobre el funcionario que las adopta, no sólo de las otras ramas del poder público, sino de la misma rama judicial (Corte Constitucional, sentencia C-037 de 1996). Significa esto que el ejercicio de las funciones judiciales sólo deben estar atadas al imperio de la ley, sin que puedan depender de “ningún otro poder superior, ni de vínculos jerárquicos, aún dentro del ámbito del mismo orden judicial” (Liebman, Enrico Tulio. Manual de Derecho procesal Civil, E.J. E.A., Buenos Aires, 1980, pág. 7).

Pero así como los “superiores jerárquicos” no pueden imponer a sus inferiores el sentido de las decisiones judiciales, el mismo principio debe ser observado respecto de éstos hacia aquéllos. Esto implica que si una norma legal lo autoriza, como la que impone a la Corte la ponderación que realice el juez de instancia sobre el justiprecio para recurrir en casación, su incompatibilidad con la Constitución es claramente manifiesta.

Ahora, si el interés económico para recurrir en casación es el determinado en la ley, pues ella es la encargada de definir la competencia, también se atenta contra el principio de legalidad (art. 29 de la C.P.), cuando como lo consagra el inc. 2º del art. 372 de C. de P. Civil, indefectiblemente la Corte tiene que admitir el recurso de casación, no obstante la presencia de “factores distintos”, no legales, “como acontece cuando la cuantía es insuficiente y no obstante se conceda, ora cuando obedece a la arbitrariedad o al capricho del perito, tal cual sucede en los casos en que desborda el objeto del dictamen, como cuando apartándose de la actualidad y con ella de la “realidad económica” “de la cuestión de mérito desfavorable al recurrente”, emite conceptos extraños a las pretensiones de la demanda o a las condenas impuestas” (auto No. 050 de 15 de marzo de 2000).

48. Para la Corte hubo entonces una vulneración flagrante de los principios de independencia y jerarquía funcional, pues el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria “dejaría de serlo cuando una autoridad judicial que en la estructura de la rama judicial se encuentra en un grado inferior, resultara imponiendo, sin más, el trámite de un recurso”. Este argumento, sin embargo, presenta dos problemas relativos a las exigencias de la excepción de inconstitucionalidad, conforme a lo

anteriormente expuesto: la imposibilidad de que la Corte Suprema inadmita el recurso de casación no proviene de una decisión autárquica del inferior funcional, sino de un mandato legal. Lo que hace el tribunal de instancia no es otra cosa que cumplir la ley y con ello tramitar el recurso. No es, como señala la Corte, una imposición “*sin más*” que se le quiera hacer al máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria.

49. De otro lado, para la Sala no es nada evidente la violación de la independencia judicial ni la jerarquía funcional de la Corte Suprema, si el legislador establece una prohibición de admisibilidad del recurso extraordinario de casación, máxime si en este campo, como ya se indicó, el legislador goza de un amplio margen de configuración de los mandatos constitucionales.

50. Adicionalmente la Corte Suprema considera inaplicable el mandato legal de marras, por estimar que viola el principio de legalidad al advertir “*la presencia de factores distintos, no legales*”, dentro de los que enumera dos: cuantía insuficiente y arbitrariedad del perito encargado del justiprecio. Tampoco aquí se ve una flagrante violación del principio de legalidad, pues la libertad de configuración del legislador en materia de competencia y procedimientos, es ampliamente reconocida en la jurisprudencia constitucional.

51. La Sala no ve con claridad que los llamados por la Corte “*factores distintos no legales*” sean la evidencia de la contradicción entre la norma de prohibición de inadmisión del recurso de casación en razón de la cuantía y el principio de legalidad. De hecho, los dos “factores” indicados por la Corte –cuantía insuficiente y arbitrariedad del perito-, se tornan irrelevantes frente al mandato legal de prohibición, pues de lo que se trata es de que la cuantía no cuenta para desestimar el recurso. Si p.e. un perito es arbitrario, para el caso vale tanto como si no lo es, pues en ambos eventos el recurso no se debe inadmitir. Distinto es que el perito pueda ser objeto de otro tipo de consecuencias jurídicas. Igualmente, si la cuantía de un caso es insuficiente, da igual que no lo sea pues,

se repite, en ambos casos procede el recurso si es interpuesto. De manera que las limitaciones al recurso de casación correrán por otras vías y no por la cuantía.

52. Que la Corte Suprema extraña no poder realizar el control que hasta entonces realizaba –esto es, hasta la introducción del inciso 2 del artículo 372 del CPC- para efectos de decantar los recursos de casación interpuestos, no es argumento suficiente frente a la potestad del legislador de modificar las reglas de admisión de un recurso extraordinario como la casación. Ya se dijo que el rigor del examen constitucional se encuentra asociado a la intromisión que el legislador pueda hacer a un derecho fundamental, de modo que cuando ello ocurra ostensiblemente, la inaplicación de la norma legal se torna un deber, según se explicó.

53. Pero ello es precisamente lo que se echa de menos en el presente caso. A los argumentos ya expuestos que dejan ver la falta de evidencia de una genuina contradicción entre la prohibición de inadmitir el recurso de casación por causa de la cuantía y los principios constitucionales de independencia judicial, jerarquía funcional o principio de legalidad, se agregan a continuación otros no menos importante en el contexto de exigencias de la inaplicación de normas jurídicas. Se trata de aquella que impone la excepción de inconstitucionalidad para garantizar la protección de un derecho fundamental y solo para ello.

54. Lo que llevó a la Corte Suprema a inaplicar la norma, según quedó claro, fueron esencialmente razones institucionales, importantes eso sí, asociadas a la independencia y autonomía judicial. Incluso el apoyo en el principio de legalidad puede leerse como un argumento llamado a reforzar la idea institucional de defensa del papel de la Corte en el trámite del recurso de casación. Pero ello también muestra que no hay en la argumentación de la Corte, una sola razón orientada a la defensa de un derecho fundamental cuya violación evidencie la afectación de alguna persona. Tampoco existe una convención fuerte, ni

doctrinaria ni jurisprudencial que permita atribuirle esa condición de derecho fundamental a la independencia y a la jerarquía funcional. Es posible que pueda otorgársele tal propiedad en condiciones especiales, pero lo cierto es que la Corte invoca con ellos no exactamente la protección de un derecho subjetivo, sino la defensa del papel de la Corporación como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria. Lo propio ocurre con el principio de legalidad, del cual sí devienen derechos propiamente dichos como los consagrados en el artículo 29 constitucional. Tampoco aquí se ve el interés de proteger a persona alguna, sino a la Corte.

55. La Sala tiene claro que la defensa de las instituciones no es un propósito baladí en términos democráticos, ni está desprotegido constitucionalmente; por ello hacen bien los órganos en propiciar y realizar ejercicios efectivos de protección. Sin embargo, cuando de por medio eventualmente se encuentren derechos fundamentales cuya violación pueda afectar personas, se impone una ponderación en estricto sentido a efectos de determinar si lo que debe prevalecer es la protección institucional o el derecho fundamental en juego.

56. No parece necesario hacer un ejercicio racional exhaustivo para hacer notar que el propósito que se puede atribuir al legislador para establecer la prohibición de inadmitir el recurso de casación por razón de la cuantía no fue otro que facilitar el más alto grado de justicia al que un ciudadano puede aspirar –el de un cuerpo colegiado y calificado como la Corte Suprema de Justicia-. Sin duda que se trata de un fin legítimo y constitucionalmente permitido que fortalece el derecho de acceso a la administración de justicia. Si bien pueden existir otras formas de incentivar ese acceso a la justicia, la minusvalía de la cuantía es menos onerosa que la limitación de otro tipo de requisitos como la naturaleza del asunto.

57. La disputa principal está entonces entre el derecho de acceso a la justicia que justifica la prohibición legal establecida y la independencia judicial, la

jerarquía funcional y el principio de legalidad citados por la Corte Suprema como apoyo de la inaplicación normativa. Para la Sala la sola constatación de que el derecho de acceso a la justicia evoque la protección de una persona –aquella que se ve beneficiada por el hecho de poder acudir en casación sin consideración de la cuantía de su caso-, muestra un mayor peso o una mayor ventaja frente a los demás derechos en juego, pues como ya se indicó, los mismos no pretenden la protección de derechos subjetivos sino instituciones, lo que a la postre muestra las ventajas constitucionales de hacer prevalecer el primero de los derechos enunciados en las circunstancias del caso²⁸.

58. El derecho de acceso a la jurisdicción (art. 229 superior), materializa el valor de la justicia, hace efectivo el deber del Estado de administrarla y garantiza el cumplimiento de los principios, derechos y deberes constitucionales. Con la creación de barreras u obstáculos en el acceso de los ciudadanos al agotamiento del proceso y de los recursos previstos por la ley, se afectan un cúmulo de derechos engranados en el principio y derecho a la tutela judicial efectiva, como son la igualdad ante los tribunales (art.13); la defensa en el proceso (art.29); la imparcialidad e independencia de los tribunales; la efectividad de los derechos (arts. 2° y 228), los cuales pretenden garantizar la existencia de canales para la resolución pacífica e imparcial de los conflictos, por las vías de la legalidad en forma pronta, oportuna y eficaz. Con relación al derecho fundamental de acceso a la justicia, la jurisprudencia constitucional ha señalado,

En efecto, “el derecho fundamental de acceso a la justicia no se satisface si el juez deja de pronunciarse sobre el asunto sometido a su decisión, quedando éste imprejuizado”²⁹, en tanto que consiste en permitirle a los particulares acudir al Estado, como único titular del monopolio de la administración de justicia, para resolver los conflictos particulares o la defensa del ordenamiento jurídico. Por consiguiente, la jurisprudencia constitucional³⁰ ha considerado que se viola el

²⁸ En los párrafos precedentes podrá reconocerse la típica aplicación del test de proporcionalidad. Una síntesis actualizada y crítica de esta contribución de Robert Alexy, examinada a luz de distintos casos, puede verse en “A vueltas con la ponderación”, Manuel Atienza, en *Interpretación Constitucional*, Bogotá, Universidad Libre, 2012, pp. 159 a 181.

²⁹ [13] *Sentencia T-231/94. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Reiterada en la sentencia T-954 de 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil.*

³⁰ [14] *En este tema, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias C-426/02, C-1177/05, C-1194/05, C-1083/05, T-030/05, T-909/06 y T-1222/04.*

derecho de acceso a la administración de justicia y por esa razón puede ser protegido por vía de tutela cuando la ley, la reglamentación, los jueces o sus decisiones, entre otros casos: i) impidan que se profiera una decisión de fondo, ii) cuando establecen trabas irrazonables para acudir a la justicia, iii) no observen los términos procesales sin justificación al respecto, iv) no existieran instrumentos procesales que le permitan a los afectados acudir al Estado para resolver sus conflictos y, v) autoricen conflictos indefinidos, esto es, cuando no respeten la cosa juzgada ni la definición última de un conflicto.³¹

59. No sobra hacer notar que para llegar a la conclusión a la que finalmente arribó la Sala Civil y Agraria, realizó un análisis hermenéutico que puso en cuestión no solamente el inciso 2º del artículo 372 del C.P.C. sino que comprometió las reglas establecidas por el legislador para la concesión y admisibilidad del recurso extraordinario de casación como medio de impugnación de las sentencias, en tanto también afectaba la aplicación del artículo 369 que consagra la competencia, oportunidad y legitimación para interponer el recurso³², el artículo 370 que determina el justiprecio del interés para recurrir y la concesión del recurso³³, y el artículo 371 que regula sus efectos³⁴, es decir, con

³¹ Corte Constitucional, sentencia T-766/08, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

³² “Artículo 369. OPORTUNIDAD Y LEGITIMACION PARA INTERPONER EL RECURSO. Modificado por el artículo 1, numeral 184 del Decreto 2282 de 1989. El recurso podrá interponerse en el acto de la notificación personal de la sentencia, o por escrito presentado ante el tribunal dentro de los cinco días siguientes al de la notificación de aquélla. Sin embargo, cuando se haya pedido oportunamente adición, corrección o aclaración de la sentencia, o éstas se hicieren de oficio, el término se contará desde el día siguiente al de la notificación de la respectiva providencia.

No podrá interponer el recurso quien no apeló de la sentencia de primer grado, ni adhirió a la apelación de la otra parte, cuando la del tribunal haya sido exclusivamente confirmatoria de aquélla”.

³³ “ARTÍCULO 370. JUSTIPRECIO DEL INTERÉS PARA RECURRIR Y CONCESIÓN DEL RECURSO. Modificado por el artículo 1, numeral 185 del Decreto 2282 de 1989. Cuando sea necesario tener en cuenta el valor del interés para recurrir y éste no aparezca determinado, antes de resolver sobre la procedencia del recurso el tribunal dispondrá que aquél se justiprecie por un perito, dentro del término que le señale y a costa del recurrente. Si por culpa de éste no se practica el dictamen, se declarará desierto el recurso y ejecutoriada la sentencia. El dictamen no es objetable. Denegado el recurso por el tribunal o declarado desierto, el interesado podrá recurrir en queja ante la Corte.

Interpuesto el recurso en tiempo y por parte legitimada, el tribunal lo concederá en sala de decisión si fuere procedente, y dispondrá el envío del expediente a la Corte una vez ejecutoriada el auto que lo otorgue y efectuadas las diligencias para el cumplimiento de la sentencia”.

³⁴ “ARTÍCULO 371. EFECTOS DEL RECURSO. Modificado el Decreto 2282 de 1989. La concesión del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla, salvo en los siguientes casos: Cuando verse exclusivamente sobre el estado civil de las personas; cuando se trate de sentencia meramente declarativa; y cuando haya sido recurrida por ambas partes.

su decisión, la Corte Suprema de Justicia cuestionó las aristas principales de todo el instituto del recurso extraordinario de casación.

60. La conclusión –ley de la colisión, en el escenario de la ponderación– entonces puede formularse así: *la evaluación de la inaplicación o no de normas que se consideren inconstitucionales, debe vigilar que su procedencia no vulnere derechos fundamentales subjetivos involucrados, pues ante tal evidencia, se impone el principio de legalidad y con ello el cumplimiento de la norma legal que, entonces, debe entenderse con mayor protección constitucional. Así, cuando el legislador establece una prohibición que fortalece el acceso a la administración de justicia, el escrutinio constitucional que por vía de excepción se puede hacer a la misma, debe ser estricto –precisamente por la protección constitucional que acompaña la disposición legal-, de forma que no es cualquier contradicción*

El registro de la sentencia, la cancelación de las medidas cautelares y la liquidación de costas, sólo se harán cuando quede ejecutoriada la sentencia del tribunal o la de la Corte que la sustituya.

En el auto que conceda el recurso se ordenará que el recurrente suministre, en el término de tres días a partir de su ejecutoria, lo necesario para que se expidan las copias que el tribunal determine y que deban enviarse al juez de primera instancia para que proceda al cumplimiento de la sentencia, so pena de que el tribunal declare desierto el recurso. Para estos efectos se tendrá en cuenta lo dispuesto en los incisos tercero y cuarto del artículo 356.

Si el tribunal no ordenó las copias y el recurrente las considera necesarias, éste deberá solicitar su expedición para lo cual suministrará lo indispensable.

Sin embargo, en el término para interponer el recurso podrá el recurrente solicitar que se suspenda el cumplimiento de la sentencia, ofreciendo caución para responder por los perjuicios que dicha suspensión cause a la parte contraria incluyendo los frutos civiles y naturales que puedan percibirse durante aquélla. El monto y la naturaleza de la caución serán fijados por el tribunal en el auto que conceda el recurso, y ésta deberá constituirse dentro de los diez días siguientes a la notificación de aquél, so pena de que se declare desierto el recurso.

El tribunal ordenará cancelar la caución en el auto de obediencia a lo resuelto por la Corte, cuando ésta haya casado la sentencia. De lo contrario, aquélla seguirá respondiendo por los mencionados perjuicios, los cuales se liquidarán y aprobarán ante el juez de primera instancia en un mismo incidente. La solicitud deberá formularse dentro de los sesenta días siguientes al de la notificación del auto de obediencia a lo resuelto por el superior.

Corresponderá al magistrado ponente calificar la caución prestada; si la considera suficiente decretará en el mismo auto la suspensión del cumplimiento de la sentencia, y en caso contrario la denegará. En el último evento, el término para suministrar lo necesario con el fin de expedir las copias será de tres días, a partir de la notificación de dicho auto.

El recurrente podrá, al interponer el recurso, limitarlo a determinadas decisiones de la sentencia del tribunal, en cuyo caso podrá solicitar que se ordene el cumplimiento de las demás por el juez de primera instancia, siempre que no sean consecuencia de aquéllas y que la otra parte no haya recurrido en casación. Con estas mismas salvedades, si se manifiesta que con el recurso se persigue lograr más de lo concedido en la sentencia del tribunal, podrá pedirse el cumplimiento de lo reconocido en ésta. En ambos casos, se deberá suministrar lo necesario para las copias que se requieran para dicho cumplimiento, dentro del término indicado en el primer inciso, so pena de que se niegue éste”.

normativa la que ha de constatarse para realizar su inaplicación, sino una particularmente evidente; y la justificación de tal inaplicación debe igualmente encontrar asidero en principios y derechos que muestren un mayor peso que aquellos que pretende soslayar, lo que no se ve en el caso concreto, pues ni la independencia judicial, ni la jerarquía funcional, ni el particular entendimiento que se dio al principio de legalidad, muestran mejores credenciales de protección de derechos fundamentales que el derecho de acceso a la administración de justicia en este asunto.

61. No sobra recordar que la norma aquí examinada –el inciso 2 del artículo 372 del CPC–, fue objeto de pronunciamiento por la Corte Constitucional en donde se expusieron las mismas razones de la inaplicación indicadas por la Corte Suprema de Justicia, mediante la demanda instaurada contra el inciso 2º del artículo 372 del C.P.C. en acción pública de inconstitucionalidad. En efecto, dentro de los argumentos de la demanda se señaló que por auto de 14 de septiembre de 2000, la Corte Suprema ya había inaplicado el artículo en mención. La Corte Constitucional zanjó la discusión declarando exequible el mencionado inciso al no encontrar vulneración alguna del principio de independencia judicial ni de la jerarquía funcional de la Corte Suprema como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria. Señaló la Corporación en la sentencia C-716 de 2003:

Para la Corte Constitucional, el legislador realizó un juicio valorativo atendiendo la relevancia y finalidad del recurso extraordinario de casación, del cual concluyó que correspondía a los jueces de instancia la concesión del recurso sin que le esté dado a la Corte Suprema inadmitirlo por razón del interés para recurrir, pues, se repite, el legislador consideró acudiendo a criterios como la eficacia y eficiencia en la administración de justicia, que ese punto llegara definido a esa Corporación. Siendo ello así, las apreciaciones del Congreso de la República en esa materia no pueden ser desconocidas por el juez constitucional, solamente con fundamento en la mala aplicación que en casos particulares se haya realizado por parte de los tribunales.

Aducir, como se hace en la demanda, que la norma acusada desconoce la “institucionalidad” de la Corte Suprema de Justicia, no es una afirmación que pueda tener relevancia desde el punto de vista constitucional. Si el legislador en procura de racionalizar la distribución del trabajo al interior de la administración de justicia, confió en los jueces de instancia la concesión del recurso de casación, no por ello desconoció a la Corte Suprema de Justicia

como máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria, pues es a ella a quien compete desde la admisión hasta la decisión del recurso. Se trata de una situación que por lo demás no es nueva en el derecho procesal civil colombiano, pues desde el Código Judicial (Ley 105 de 1931, art. 529 in fine), a la Corte Suprema le estaba vedado la inadmisión del recurso por razón de la cuantía.

Así las cosas, el legislador al hacer uso de su atribución para regular los requisitos para la procedencia del recurso de casación, no desconoció los mandatos constitucionales, ni los principios que orientan la administración de justicia como la independencia y autonomía que debe orientar a los jueces de la República y, mucho menos la autoridad que como máximo tribunal en la jurisdicción ordinaria ejerce la Corte Suprema. Solamente, atendiendo criterios de eficiencia y eficacia, sustrajo a esa Corporación de la valoración de un factor objetivo, como es la cuantía del interés para recurrir en casación, que en algunas oportunidades requiere la designación de peritos y la práctica de pruebas y, dispuso que se tratara de un asunto previamente definido por los tribunales antes de llegar a esa Corporación³⁵.

62. Como se ve, el argumento de inaplicación de la Corte Suprema de Justicia fue desestimado por la Corte Constitucional. Ello no quiere decir que las razones de la excepción de inconstitucionalidad se conviertan en la muestra del actuar arbitrario generador de una sanción penal o disciplinaria. No. Un argumento que justifica la inaplicación no se convierte en arbitrario porque el encargado del control abstracto declare la norma ajustada a derecho. Simplemente no encuentra evidente la contradicción normativa propuesta y con ello maximiza la conservación del derecho –como debe ser-.

63. Este particular escenario, entonces, no debe llevar a concluir que la declaratoria de constitucionalidad o legalidad de una norma obligue necesariamente al Estado a indemnizar a quienes soportaron las consecuencias de una inaplicación normativa anterior. Las razones esgrimidas por el órgano competente del control abstracto pueden ser un criterio más para tomar en cuenta en el análisis de responsabilidad extracontractual, pero lo decisivo es determinar si con los argumentos de la inaplicación se incurrió o no en el error judicial, en los términos ya explicados de razonabilidad. Puede ocurrir entonces el caso que ambos argumentos, el de la inaplicación como el de la

³⁵ Corte Constitucional, sentencia C-716-03, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

inconstitucionalidad, a pesar de no coincidir en el resultado, sean razonables en sus respectivos ámbitos de aplicación; solo que, conforme al arreglo institucional de competencias de control normativo que rige el derecho colombiano, debe prevalecer el último de ellos para imponer así con autoridad la imposibilidad de seguir inaplicando una norma. Pero se insiste, no necesariamente, la no coincidencia del argumento del control con el de la inaplicación, generan *per se* responsabilidad extracontractual por error judicial. Para el juez de la responsabilidad, ambos caen en el ámbito del examen por la vía de lo razonable.

64. Si la Corte v.g. declara inconstitucional la norma inaplicada, no es que automáticamente desaparezca la opción de estudiar un error judicial de altas cortes, sino que la razonabilidad del argumento de la inaplicación se ve reforzado por aquel esgrimido en la providencia del control abstracto, lo que sin duda favorece la aspiración de corrección de la decisión y con ello la devaluación de la pretensión de haberse incurrido en error judicial.

65. Si en cambio la Corte declara la constitucionalidad, esto es, con autoridad indica que no hay contradicción; la consecuencia de ello para la inaplicación, se repite, es que no se pueda seguir haciendo uso de la figura, no que los argumentos de la inaplicación son entonces errores judiciales, pues ello equivaldría, equivocadamente, a que esta causal de responsabilidad extracontractual requiere una providencia que así lo indique explícita o implícitamente, lo que entonces habría p.e. que predicar, por analogía, de todas aquellas providencias que son revocadas por el superior funcional. No. Esta falta de coincidencia argumentativa y decisoria, ya se ha dicho, simplemente habilita el examen de razonabilidad del argumento de la inaplicación, tal como se ha hecho en esta providencia.

66. Lo señalado y concluido hasta ahora por la Sala, no debe considerarse como un desestímulo a la inaplicación de normas, pues como ya se dijo, el mismo es una obligación jurídica impuesta por norma constitucional –artículo 4- que debe

operar entonces aún de manera oficiosa cuando las condiciones así lo requieran. Lo que se hace es llamar la atención, siempre sobre la base de la fuerza y bondades del argumento democrático, el principio de legalidad y la presunción de constitucionalidad, que debe ser aplicado tomando en consideración las exigencias jurisprudenciales decantadas precisamente por los órganos judiciales que suelen tener a cargo el control abstracto de las normas –Corte Constitucional y Consejo de Estado-.

67. En suma: hay error judicial del tipo exigido en el artículo 65 de la Ley 270 de 1996, cuando se inaplica una norma –o lo que es lo mismo, cuando se aplica la excepción de inconstitucionalidad- sin los requisitos exigidos normativa y jurisprudencialmente, en especial los de contradicción ostensible y propósito de protección de derechos fundamentales, sin perjuicio de la ponderación constitucional que deba realizarse. En el caso concreto la Sala estima que fue lo ocurrido en la decisión de la Corte Suprema de Justicia que inaplicó el inciso 2 del artículo 372 del CPC, pues conforme a lo explicado, se desconocieron las exigencias de la inaplicación de normas, con detrimento de los derechos del aquí demandante.

68. La Sala encuentra que en el *subjudice* la Corte Suprema de Justicia motivó su decisión de inaplicar el artículo 372-2 del C.P.C. con un cúmulo de razones con las que buscó justificar su decisión, por lo cual no se trató de una decisión arbitraria. Sin embargo, al no satisfacer los requisitos de procedibilidad para poner en marcha la excepción de inconstitucionalidad ocasionó un daño antijurídico al demandante que le es imputable a la Nación en cabeza de la Rama Judicial, subsumible en el supuesto normativo del error judicial, en tanto la Corte Suprema de Justicia vulneró los derechos fundamentales de acceso a la justicia y de tutela judicial efectiva del actor, razones por las cuales la sentencia del *a quo* será revocada.

V. Indemnización de perjuicios

69. El apelante único estimó en setenta y seis millones de pesos (\$76'000.000.00) el perjuicio material causado, y por perjuicios morales el equivalente a dos mil gramos oro (2.000 gr.).

70. En punto al monto de la reparación por el daño causado por error judicial, es necesario advertir que no tendría que coincidir, necesariamente, con el equivalente a la pretensión formulada y no resuelta en el proceso de que se trata –para el caso, el valor de los bienes demandados en responsabilidad contractual-. Se trata sí de reparar la **pérdida de oportunidad**, real y cierta de contar con una decisión judicial acertada, para el caso acceder al recurso extraordinario de casación y por esta vía a un pronunciamiento que, eventualmente, podría haber culminado con la declaratoria de incumplimiento contractual y la consecuente reparación. En otras palabras, la indemnización no puede ser distinta a la truncada probabilidad de éxito.

71. Indemnización que habrá de medir la probabilidad sin inmiscuirse en la competencia no ejercida por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, de donde la decisión adoptada por esta no habrá de cambiar. Esto es así porque el juez de la reparación no opera como instancia, así deba pronunciarse sobre la decisión con miras a evaluar el daño y disponer la reparación.

72. Medición esta que no cuenta con parámetros fijos, en cuanto factores no conocidos y por lo mismo imposibles de valorar habrían sido determinantes, entre estos la técnica utilizada para la presentación del recurso al igual que la actividad de la parte contraria, entre otros aspectos. Lo que hace imperativo recurrir a la equidad, para indemnizar la pérdida imputable a la Rama Judicial referida al error en que incurrió la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, afectando la oportunidad del actor de recurrir en casación, para lo cual la Sala tendrá en cuenta tres aspectos: i) el monto de lo pretendido en casación debidamente actualizado -\$76.368.038- (base indemnizatoria), ii) la efectiva oportunidad perdida –acceso a la administración de justicia- y iii) la expectativa cierta del recurrente en casación para que su pretensión fuera atendida –norma

que impedía a la Corte rechazar el recurso extraordinario por razón de la cuantía-. La Sala observa, además, que no se aportó el contrato de seguros para acreditar el interés en la reclamación. En todo caso, la indemnización que debe hacerse no responde ni tendría que responder a lo pretendido en casación. En esas condiciones, la Sala estima justo reconocer al demandante el diez por ciento (10%) del valor actualizado de lo pretendido en casación.

Para actualizar la suma señalada, la Sala dará aplicación a la siguiente fórmula:

$$Ra = R \frac{I. \text{Final}}{I. \text{Inicial}}$$

En donde:

Ra = renta actualizada

R = renta histórica

I Final = Índice de precios al consumidor del mes anterior a la expedición de la sentencia

I Inicial = Índice de precios al consumidor de la fecha en la que se inadmitió el recurso de casación (septiembre de 2000)

$$Ra = \$76\,368\,038 \times \frac{121,63 \text{ (mayo 2015)}}{61,41 \text{ (septiembre de 2000)}} = \$151\,256\,220$$

El 10% de la suma actualizada son quince millones ciento veinticinco mil seiscientos veintidós pesos (\$15 125 622). Esto es lo que se le reconocerá al demandante a título de indemnización por la pérdida de oportunidad.

VI. Costas

73. El artículo 55 de la Ley 446 de 1998 establece que se condenará en costas a

la parte que hubiere actuado en forma temeraria. En el presente caso la Sala no observa comportamiento temerario en las actuaciones procesales de las partes dentro del proceso, razón por la cual no se condenará en costas.

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

FALLA

REVOCAR la sentencia del 20 de noviembre de 2003 proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Tercera, Subsección “A”, y en su lugar disponer:

Primero. Declárese administrativamente responsable a la NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL conforme a las consideraciones expuestas en esta sentencia.

Segundo. Como consecuencia de la anterior declaración, condénese a la NACIÓN-DIRECCIÓN EJECUTIVA DE LA ADMINISTRACIÓN JUDICIAL, a pagar a Gabriel Perdomo Saiz, la suma de quince millones ciento veinticinco mil seiscientos veintidós pesos (\$15 125 622) por concepto de indemnización de perjuicios.

Tercero. Niéguese las demás pretensiones de la demanda.

Cuarto. Sin condena en costas.

Quinto. Por secretaría EXPÍDANSE copias con destino a las partes, con las precisiones del artículo 115 del Código de Procedimiento Civil, las cuales se entregarán a quien acredite estar actuando como apoderado judicial dentro del

proceso.

Sexto. Ejecutoriada la presente sentencia, DEVUÉLVASE el expediente al tribunal de primera instancia para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

STELLA CONTO DIAZ DEL CASTILLO
Presidenta de la Sala

DANILO ROJAS BETANCOURTH
Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO