



1107

**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN C**

Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 08001-23-31-000-1999-01959-01 (26.998)
Demandante: Jorge Luis Pabón Apicella
Demandado: Nación -Rama Judicial, Dirección Ejecutiva de
Administración Judicial-
Asunto: Acción de reparación directa

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia del 6 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, en la que se declaró probada la excepción de caducidad de la acción y se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

1. En escrito presentado el 15 de junio de 1999, el abogado Jorge Luis Pabón Apicella -actuando en causa propia-, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación -Rama Judicial Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, por las fallas presentadas en el proceso ejecutivo hipotecario, interpuesto por el Banco del Comercio -que posteriormente se integró con el Banco de Bogotá-, en contra de Victoria Batarce viuda de Mualin, ante el Juzgado 10° Civil del Circuito de Barranquilla y en segunda instancia ante el Tribunal Superior de Barranquilla, y que afectaron el patrimonio del actor quien actuó en el referido proceso en calidad de apoderado de la parte demandante.



26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

En consecuencia, solicitó que se condenara a la demandada a pagar los perjuicios materiales, consistentes en los honorarios profesionales pactados con su cliente y las agencias en derecho que le fueron cedidas en su favor, a las que se hubiera hecho acreedor con la decisión correcta que, adujo, debió adoptar el fallo definitivo. También solicitó 1.000 gramos de oro por concepto de perjuicios morales, así como la actualización de la condena y los intereses legales de rigor. Finalmente, deprecó el pago de las costas del proceso.

2. En apoyatura de sus pretensiones, narró los siguientes hechos:

El Juzgado 10 Civil del Circuito de Barranquilla y el Tribunal Superior de Barranquilla conocieron en primera y segunda instancia, respectivamente, del proceso ejecutivo hipotecario seguido por el Banco del Comercio –hoy fusionado con el Banco de Bogotá-, en contra de la señora Victoria Batarce Viuda de Mualin, proceso al que el actor asistió en calidad de defensor de la demandada.

El auto admisorio se profirió en 1980, actuación que –explicó-, constituye un franco error judicial, comoquiera que para entonces el *a-quo* debía exigir con la presentación de la demanda los títulos hipotecario y ejecutivo; sin embargo, aun constituyendo presupuesto procesal para poder dirigir la demanda únicamente en contra del actual propietario sin necesidad de llamar a los deudores, estos documentos no fueron aportados.

De esa manera, aseguró que el título aportado consistió en la escritura pública No. 1890 del 10 de julio de 1980 -perteneciente a la notaria Quinta de Barranquilla-, contentiva del contrato de hipoteca que se pretendía hacer valer y la escritura pública aclaratoria No. 2859 del 16 de octubre de 1980; sin embargo, lo que allí se determina como bien hipotecado es un bien raíz, individualizado por sus linderos y número de matrícula inmobiliaria, cuando realmente el bien a que aludían había sido objeto de desenglobe y se trataba ahora de dos predios, razón por la que se



26.998

Jorge Luis Pabón Apicella

debe colegir que el contrato de hipoteca se realizó respecto de un bien inexistente. Ello demuestra que se ignoró la irregularidad de los documentos presentados como título hipotecario y ejecutivo, lo que constituye una conducta dolosa del operador jurídico.

En efecto, alegó que los vicios de que adolece el título aportado conllevan a su inexistencia, y en ausencia del título no se puede considerar que la obligación alegada fuera clara, expresa ni actualmente exigible; dicho de otra forma, no se le puede atribuir fuerza ejecutiva a un título incompleto, que carece de claridad y que por ende no constituye plena prueba de la obligación. Además, acusó de inexistente el negocio jurídico debido a la ausencia de solemnidades sustanciales exigidas por la ley en su celebración.

Insistió en que el Código Civil dispone que la cosa sobre la que recae el contrato debe estar determinada y que el contrato de hipoteca carece de ese elemento esencial. Agregó que siendo la matrícula inmobiliaria el elemento idóneo para individualizar el bien, se debió suscribir el contrato respecto de los bienes desglobados, ya que su celebración ocurrió con posterioridad a ese trámite. De igual manera ocurre con la cédula o registro catastral, factor de identificación que también está ausente.

Aseguró que para la fecha del auto admisorio la escritura contentiva de la aclaración presentaba varias falencias, entre ellas que no indicaba los títulos de adquisición, que ya no era uno sólo sino dos —es decir, las partes en que se había dividido el inmueble—. Tampoco resalta los números de matrícula inmobiliaria de las divisiones del predio ni las cédulas catastrales del mismo. Además de ello, por tratarse de una escritura de aclaración-corrección, por sí misma no podía cambiar el objeto contractual, cambiando de uno a dos predios. De hecho para darle validez jurídica a la hipoteca mal celebrada, las partes debieron ratificarla de manera expresa, situación que no se presentó.



26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

Sostuvo que la inexistencia no requiere de declaración judicial para constituirse, sino que el juez se limita a reconocer su presencia y ello implica que el acto no nació a la vida jurídica ni modificó nada en su ámbito, no produjo efectos jurídicos.

En estos términos, insistió en que no es posible adelantar el cobro ejecutivo sin título hipotecario existente, y su tramitación adolece de nulidad insaneable, toda vez que se siguió un procedimiento diferente al que realmente correspondía.

Alegó, además, que bajo dichas circunstancias la demanda debió dirigirse en contra de los titulares de la obligación -a quienes no se les permitió actuar en el proceso-, irregularidad que es constitutiva de nulidad procesal insaneable, ya que el juez pretermitió las instancias procesales y de defensa, teniendo la obligación de declarar la nulidad oficiosamente en el proceso.

Añadió que los funcionarios públicos están sometidos a lo que estrictamente les permite la ley, principio constitucional que el juez vulneró con la decisión y con la omisión de declarar la nulidad procesal, lo que era su deber, razón por la cual el fallo también se ve afectado por la nulidad insaneable; esta conducta, que no sólo viola la ley procesal sino que además es constitutiva de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia y error judicial, resultó lesiva del patrimonio y derechos del demandante.

Resaltó que el presupuesto procesal de haber interpuesto los recursos de ley se cumplió oportunamente, por lo cual el fallador no encuentra excusa para haber faltado al deber de declarar oficiosamente la nulidad insaneable, sin pasar por alto que encontrándose el proceso en curso al momento de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991, el mismo debe obedecer a sus principios, uno de los cuales consagra que la prueba obtenida con violación del debido proceso es nula de pleno derecho, sanción que resulta oponible a cualquier norma de origen legal y exige su



5
2000035

26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

aplicación directa, máxime ante los evidentes vicios de que adolecía el título que finalmente se hizo valer en detrimento de las normas constitucionales al respecto.

El carácter prevalente, insaneable y de aplicación inmediata y directa atribuido a la nulidad consagrada constitucionalmente constituye su declaración oficiosa en deber ineluctable del juez, que en este caso particular no sólo faltó a esa obligación sino que ignoró los incidentes de nulidad propuestos por iniciativa de la parte vulnerada, otorgándole, por el contrario, validez a la prueba obtenida en detrimento del debido proceso.

La señora Victoria Batarce viuda de Mualín, cedió expresa y totalmente, en favor del apoderado -doctor Jorge Luis Pabón Apicella-, las agencias en derecho que llegaren a ser liquidadas en el proceso ejecutivo hipotecario en cuestión.

Finalmente, sostuvo que el error judicial materializado en la vía de hecho de los jueces que conocieron del proceso no sólo representaron un perjuicio económico para el actor, sino que además se le causó una lesión a su prestigio y buen nombre, así como a su reputación profesional.

3. Aunque la demanda fue admitida el 24 de marzo de 2000 -el mismo día que quien actúa en su propia causa presentó una adición para incorporar una prueba al libelo-, la verdad es que la admisión se notificó el 4 de abril siguiente sin tener consideración de ese hecho, y posteriormente tampoco hubo pronunciamiento judicial al respecto. El proceso se notificó en debida forma y se fijó en lista por el término de 10 días hábiles.

La demandada allegó oportunamente la contestación, en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, contestando a los hechos que el auto admisorio de la demanda y el mandamiento ejecutivo se encuentran ejecutoriados, y gozaron de las oportunidades procesales para ser impugnado en el debido término.



26.998

Jorge Luis Pabón Apicella

Insiste en que desde el principio la garantía hipotecaria cumplió con las condiciones de ser un título valor con la obligación clara, expresa y actualmente y exigible, además de haberse concluido desde el 16 de marzo de 1998, sin ninguna actuación atribuida al proceso ejecutivo que surtir.

Contrapuso que el juzgador observó las normas procesales y sus actuaciones se encuentran amparadas por la presunción de legalidad, que fue ratificada por el tribunal *ad-quem*; además, se pregunta cómo es posible que durante todas las oportunidades procesales solo hasta agotadas las instancias el apoderado alegue la nulidad del auto admisorio de la demanda, proferido hace más de 17 años.

Insistió en que, aún a pesar de las irregularidades presentadas por los títulos, la oportunidad para atacarlos era dentro del proceso que ya finalizó, y aseguró que el actor tenía a su cargo la labor de defender los derechos de la demandada y todos los incidentes de nulidad propuestos fueron resueltos en la oportunidad precisa.

Alegó que la obligación del abogado es de medio y no de resultado, y que en todo caso las agencias en derecho fueron liquidadas a favor de la demandada.

Aseveró que la actuación judicial no propició ningún daño, puesto que la demandada tuvo la oportunidad de haber pagado la obligación antes de que se efectuara el remate de sus bienes. Agregó que el operador jurídico sometió la decisión a su libre raciocinio después del análisis de las pruebas, lo que por sí sólo no puede ser calificado como un error de la administración de justicia.

Como excepciones propuso, en consecuencia, la caducidad de la acción, conoquiera que el error que se acusa se deriva del auto de admisión de la demanda, proferido el 9 de marzo de 1983, auto que fue confirmado 13 años después por la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla.



26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

7
100336

Así mismo, de manera innominada -puesto que no aparece constancia de la persona que pudo ser responsable por la decisión-, llamó en garantía al funcionario que presuntamente causó el perjuicio solicitado, reservándose el derecho de repetir en su contra de demostrarse alguna responsabilidad de parte de la administración.

El actor contestó a la excepción propuesta aduciendo que la nulidad que se propone es de origen constitucional, y que se encuentra consagrada como prevalente, insaneable, que opera de pleno derecho y debe ser reconocida oficiosamente. Insistió en que la prueba obtenida con violación del debido proceso debe ser excluida de la valoración, de conformidad con la cláusula de exclusión contenida en la Carta Política.

Sostuvo que el proceso en primera instancia no culminó el 16 de marzo de 1998 con la entrega de las copias de las actuaciones para hacer efectivo el pago de los gravámenes sobre los inmuebles; en efecto, como para la fecha se estaba tramitando el último recurso de apelación sobre el auto que rechazaba de plano el segundo incidente de nulidad propuesto en octubre de 1996, la última oportunidad que el *a-quo* tenía para reconocer la nulidad insaneable que afectaba el proceso era precisamente el auto en que abordara esa decisión. Teniendo en cuenta que el mismo sólo fue resuelto el 12 de mayo de 1999, quiere decir que la demanda se interpuso apenas transcurridos un par de meses desde el inicio del término para la configuración de la caducidad.

4. Mediante auto del 15 de febrero de 2002, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes; una vez practicadas, en proveído del 3 de junio de 2003 se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y se ordenó el traslado especial a solicitud del Ministerio Público. No se llevó a cabo audiencia de conciliación.



26.998

Jorge Luis Pabón Apicella

En escrito oportunamente presentado, la parte demandante inició su intervención solicitando expresamente el estudio de fondo del caso y el análisis exhaustivo de las pruebas allegadas al proceso e insistiendo en la obligatoriedad del precedente para los jueces –así como de justificar adecuadamente cuando del mismo se apartan-, además de la obligación de obrar de conformidad con lo que les indica expresamente la ley, en armonía con el principio de seguridad jurídica. Solicitó el amparo del principio de confianza legítima en la actividad del Estado así como de la garantía constitucional del debido proceso. Expuso que el fin esencial del Estado es garantizar la efectividad de los derechos de los administrados y asegurar la vigencia de un orden justo mediante la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal.

Insistió en que el título hipotecario constituía presupuesto procesal para que se configurara la demanda en debida forma y se respetara el debido proceso, por lo que en su ausencia nunca se entablo la relación jurídica-procesal. Explicó que no se puede hablar de un título ejecutivo cuando no se encuentran claramente establecidos los linderos del bien a que alude, comoquiera que el mismo debe estar plenamente identificado, de allí que a falta de ese elemento esencial genera la inexistencia del negocio jurídico. También adujo que no podía vincularse legalmente al proceso a la demandada puesto que además de la Constitución, también se violan tratados internacionales sobre la plenitud de las formas procesales, el principio de legalidad y la competencia –como el Pacto de San José, ratificado por Colombia-, sin dejar de resaltar que sin título ejecutivo la competencia del juez y la capacidad para ser parte se ven afectadas, lo que debió conducir a una sentencia inhibitoria.

Ante la falta de idoneidad de la demanda, el juez tenía la obligación de evaluar preliminarmente los presupuestos procesales indispensables para la integración de la litis y ante la ausencia de requisitos haber proferido el rechazo de la misma pues era su deber declararlos de oficio.



9
000237

26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

Denunció la conducta antijurídica de los jueces que conocieron del proceso, puesto que desde la admisión de la demanda incurrieron en una auténtica vía de hecho al vincular ilegalmente al proceso a la señora Victoria Batarce viuda de Mualin, incurriendo y patrocinando el error judicial cuya declaración se deprecia. La actuación en contra de la ley se observa manifiesta y se materializa en las sentencias de primera y segunda instancia, así como en el remate de los bienes supuestamente hipotecados, por lo que solicitó la exclusión perentoria del ordenamiento jurídico de esa conducta de la administración de justicia -dolosa o gravemente culposa-, con el fin de conjurar la vulneración de sus derechos ocasionada con el sistemático incumplimiento de parte de los jueces, de su deber de control oficioso sobre los presupuestos procesales. Pero además, por haberse tramitado la demanda por proceso diferente al que corresponde, toda vez que ante la ausencia de título hipotecario correspondía adelantar un proceso ejecutivo singular -en el que debían ser llamados los libradores del pagaré, es decir, Elías y Ricardo Jorge Mualin Batarce-, circunstancia que conlleva como consecuencia la nulidad insaneable; su ausencia en el proceso, además, constituye la falta de integración del litis consorcio necesario, en detrimento, una vez más, del debido proceso.

En esos términos, acusó el título hipotecario que sirvió para el proceso ejecutivo de prueba ilegal, que debió de ser rechazada debido a las ostensibles fallas que presentaba.

Sostuvo que el proceso hipotecario ejecutivo sólo habría terminado con el pago, del cual obra constancia que se produjo el 16 de marzo de 1998, pero aun así, el proceso finalizó realmente con la ejecutoria del auto que confirmó el rechazo de plano del segundo incidente de nulidad propuesto, es decir, el 12 de mayo de 1999, última oportunidad que tuvo la Administración de Justicia para enmendar el error en que incurrieron y que tanto se les advirtió, mediante el cual vulneraron,



26.998

Jorge Luis Pabón Apicella

no sólo los derechos de la demandante sino también del apoderado que representó sus intereses durante el proceso, que a raíz del resultado sufrió un detrimento económico consistente en los honorarios profesionales pactados y las agencias en derecho que dejó de recibir.

A su tiempo, el delegado del Ministerio Público consideró que al momento de presentación de la demanda no se había configurado la caducidad de la acción, por lo que pidió que la excepción no prosperara.

Por otro lado, aseguró que la prueba principal del caso la constituye el proceso ejecutivo hipotecario que no fue aportado al proceso, ausencia ante la cual no es posible analizar el error judicial que se acusa. Por tanto, la responsabilidad extracontractual podrá ser declarada con fundamento en las pruebas fehacientes que sustenten los hechos de la demanda y produzcan plena convicción para producir una decisión, no basta con exponer los hechos si no se aporta la manera de demostrarlos. Así las cosas, aseguró que el demandante incumplió con la carga probatoria, razón por la que deprecó la negación de las pretensiones de la demanda.

La parte demandada guardó silencio.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El *a-quo* en sentencia del 6 de noviembre de 2003, previo al estudio de fondo del caso, destacó la necesidad de evaluar las excepciones propuestas por la parte demandada, siendo la primera de ellas la caducidad de la acción. Para tal efecto, analizó los argumentos esbozados por las partes: así, mientras el demandante consideró que la caducidad debía contar a partir del último momento que tuvo el juez para declarar la nulidad -es decir, el auto que confirmó el rechazo de plano



26.998

Jorge Luis Pabón Apicella

del segundo incidente propuesto-, la demandada argumentó que el auto admisorio atacado fue proferido en 1983 –fecha desde la que corrió el término-, razón por la que la oportunidad para demandar su nulidad se encontraba más que vencido.

Sin embargo, la conclusión se aleja de las dos posiciones, para establecer que el término de caducidad se debe contar a partir de la firmeza que adquiera la sentencia mediante la cual se ordene seguir adelante la ejecución, se ordene practicar la liquidación del crédito y se condene en costas al ejecutado, con la cual el proceso ejecutivo termina normalmente. A continuación, advirtiendo que al expediente no se allegó copia del proceso civil *sub examine* para identificar las fechas puntuales en que se profirió esa decisión y su ejecutoria, a partir de un certificado expedido por el Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla en el que se hace constar que la liquidación del crédito se llevó a cabo el 1 de octubre de 1993, coligió como punto de partida para contar la caducidad esta fecha, comoquiera que el trámite que incorpora no se podía cumplir sin la ejecutoria de la sentencia de segunda instancia; de esta manera, declaró entonces la caducidad de la acción y negó las pretensiones de la demanda, pues a la fecha de su interposición -15 de junio de 1999-, los dos años de plazo se encontraban vencidos hace mucho tiempo.

III. TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA

Inconforme con la decisión, oportunamente la parte demandante interpuso en su contra recurso de apelación, el que sustento argumentando una nueva omisión atribuible al Tribunal Administrativo, al no integrar al expediente las copias del proceso ejecutivo hipotecario remitidas por el Juzgado Civil 10 del Circuito de Barranquilla, copias que él mismo pagó para su expedición y fueron allegadas en copia auténtica –procedimiento del que aseguró existe prueba-, integrando el acervo probatorio en el expediente, situación que obligaba al fallador a todas las



26.998

Jorge Luis Pabón Apicella

maniobras del caso para asegurar la valoración de las mismas; por tanto la omisión de evaluación de la prueba necesaria constituye una conducta discriminatoria y que impide el acceso a la administración de justicia.

En esa medida, solicitó nuevamente que se ordenara la práctica de la prueba, con el propósito de garantizar el debido proceso y el derecho a la igualdad.

En cuanto a la caducidad, negó que el fenómeno se hubiera presentado, toda vez que la ejecutoria de las sentencias no se puede configurar *contra legem*, por lo cual, ante la vulneración sufrida con las omisiones que se denuncian mal puede asegurarse que en ausencia de la debida formación de la relación jurídica procesal ocurran fenómenos que sólo se pueden presentar en su adecuado desarrollo. Agregó que no se puede hablar de providencias judiciales cuando el operador judicial actuó mediante una vía de hecho. Señaló que ante las causales evidenciadas se interpuso, en dos ocasiones, incidente de nulidad, el último de los cuales lo resolvió el Tribunal Superior de Barranquilla en segunda instancia el 12 de mayo de 1999, lo que indica sin equívocos que el término de caducidad se debe empezar a contar desde su notificación. Entonces –se pregunta-, por qué contar el término para la caducidad desde fecha anterior a la de la actuación que configura el fin del proceso, que –por disposición constitucional-, es la última oportunidad para declarar la nulidad consagrada en su artículo 29.

Insistió en que la demanda se tramitó por un procedimiento diferente al que le correspondía, habida cuenta de la ausencia de título hipotecario, lo que redundaba en la ausencia de competencia del juez para proferir el fallo, de lo cual se colige, además, que dichas actuaciones nunca surgieron a la vida jurídica; tampoco se permite concluir que fue conformado el litisconsorcio necesario por pasiva, debido a que –ante la falta de título hipotecario, pues el allegado versa sobre un bien inexistente- quienes podían ser demandados por la acción ejecutiva simple no fueron llamados al proceso.



6200239

26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

Afirmó que la demanda se fundamentó en dos títulos, uno ejecutivo y otro hipotecario, ambos presupuestos procesales indispensables; aun así, a pesar de los defectos de que adolecía este último, el juez no se abstuvo de librar la admisión de la demanda y el mandamiento de pago cuando lo esperado era el rechazo del título -lo que ya de por sí vulnera el debido proceso- o, en todo caso, al momento de proferir sentencia, esta debió ser de carácter inhibitorio, lo cual tampoco ocurrió, determinando ambos eventos la vulneración del debido proceso. De la misma forma se refirió a los autos que rechazaron los incidentes de nulidad.

Agregó que las sentencias de instancia y la orden de remate carecen de poder vinculatorio, de valor de cosa juzgada y constituyen una vía de hecho. Reiteró que es deber del juez verificar los presupuestos procesales, comoquiera que, se encuentra legalmente establecido, se trata de material objeto de análisis previo a proferir la admisión de la demanda.

Paralelo al escrito de apelación, el demandante presentó solicitud de reconstrucción del proceso en relación con las actuaciones procesales de los agentes judiciales en el proceso ejecutivo hipotecario ventilado. Así mismo, solicitó requerir nuevamente al Juzgado Décimo Civil del Circuito de Barranquilla para que aportara copia de las piezas procesales relacionadas con ese proceso. De esta solicitud desistió posteriormente, habida cuenta del reconocimiento escrito del error acontecido en la Secretaría del Tribunal Administrativo del Atlántico, en razón del cual se extraviaron las copias expedidas por el juzgado Décimo Civil del Circuito, pero que una vez advertido se corrigió integrándolas debidamente al expediente.

El recurso se concedió el 13 de febrero de 2004 y se admitió el 10 de mayo de la misma anualidad; así mismo, el 10 de junio siguiente se corrió traslado para las



26.998

Jorge Luis Pabón Apicella

alegaciones finales de las partes y se dejó a disposición del Ministerio Público el traslado del expediente para rendir su concepto.

Durante el traslado para alegar de conclusión, el demandante reiteró sus argumentos, mientras la parte demandada y el Ministerio Público guardaron silencio

Encontrándose el proceso para fallo, se presentó el extravío de los cuadernos anexos del expediente, razón por la cual fue necesario requerir al demandante para que presentara la solicitud de reconstrucción parcial, en respuesta de la cual se surtió el trámite legal respectivo y se continuó con el proceso. Se advierte que mediante auto del 13 de agosto de 2014 los cuadernos extraviados fueron integrados al expediente, una vez fueron allegados a este despacho de conformidad con el traslado ordenado en el auto del 11 de julio de 2014, expedido por el despacho del Consejero Hernán Andrade Rincón, por lo cual toda la gestión adelantada para la reconstrucción del mismo fue dejada sin efectos.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia del 6 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, para lo cual será necesario ajustarse al siguiente derrotero: 1) Análisis de la legitimación en la causa por activa, el daño y su carácter personal, 2) Estudio de excepciones y análisis probatorio y 3) Caso concreto y conclusiones.

1. El daño y su carácter personal

La legitimación en la causa constituye un presupuesto procesal para obtener decisión de fondo. En otros términos, la ausencia de este requisito enerva la



10000240

26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. Por consiguiente, la legitimación material en la causa alude a la participación real de las personas en el hecho o acto jurídico que origina la presentación de la demanda, independientemente de que éstas no hayan demandado o que hayan sido demandadas¹. De allí que la falta de legitimación material en la causa, por activa o por pasiva, no enerve la pretensión procesal en su contenido, como sí lo hace una excepción de fondo, toda vez que, como lo ha precisado la Sala:

"(...) la excepción de fondo se caracteriza por la potencialidad que tiene, si se prueba el hecho modificativo o extintivo de la pretensión procesal que propone el demandado o advierte el juzgador (art. 164 C.C.A) para extinguir parcial o totalmente la súplica procesal.

"La excepción de fondo supone, en principio, el previo derecho del demandante que a posteriori se recorta por un hecho nuevo y probado —**modificativo o extintivo del derecho constitutivo del demandante**— que tumba la prosperidad total o parcial de la pretensión, como ya se dijo.

"La legitimación material en la causa activa y pasiva, es una condición anterior y necesaria, entre otras, para dictar sentencia de mérito favorable, al demandante o al demandado"² (negritas del original).

En ese orden de ideas, la legitimación en la causa por activa supone la verificación de que quien demanda tenga la titularidad para reclamar el interés jurídico que se debate en el proceso y, por lo tanto, sin importar si son o no procedentes las pretensiones formuladas —lo que supondrá efectuar un análisis de fondo de la controversia a la luz del derecho sustancial— sí sea el llamado a discutir su procedencia dentro del trámite judicial.

En consecuencia, la legitimación en la causa no se identifica con la titularidad del derecho sustancial sino con ser la persona que por activa o por pasiva es la llamada a discutir la misma en el proceso³.

¹ Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 31 de octubre de 2007, exp. 13503.

² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 20 de septiembre de 2001, exp. 10973.



26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

En el asunto *sub examine* al demandante le asiste legitimación en la causa por activa para demandar la reparación de los daños causados como consecuencia del presunto error judicial en que incurrieron en primera y segunda instancia – respectivamente-, el Juzgado 10 Civil del Circuito de Barranquilla y el Tribunal Superior de Barranquilla, al admitir la demanda, librar mandamiento de pago, desconocer las falencias del título hipotecario en que se apoyó el cobro ejecutivo y proferir orden de remate de los bienes de la demandada Victoria Batarce viuda de Mualín; ello, teniendo en cuenta que sus mandatarios le confirieron poder para representarlos en ese proceso, pactándose un precio de honorarios consistente en varios pagos parciales de dinero en efectivo, un porcentaje más sobre los perjuicios que se ordenaran pagar al final del pleito y, sobre todo, el endoso de las agencias en derecho; y también que el fallo terminó siendo desfavorable a la demandada y por ende al demandante en este proceso, puesto que no logró obtener las ganancias esperadas por su ejercicio profesional.

En efecto, en el contrato de prestación de servicios, denominado por las partes “de honorarios profesionales”, dejaron escrito:

“(...) Los clientes pagarán la suma de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$2'500.000) PARA QUE EL ABOGADO Jorge Luis Pabón Apicella:

a) Intervenga como apoderado especial en el proceso EJECUTIVO CON TÍTULO HIPOTECARIO del BANCO DE COMERCIO contra VICTORIA BATARCE VIUDA DE MUALÍN, que se adelanta en el JUZGADO DÉCIMO CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA (...) y en defensa de los intereses y derechos de la señora VICTORIA BATARVE VIUDA DE MUALIN.

(...)

³ “[E]n los procesos contenciosos la legitimación en la causa consiste, respecto del demandante, en ser la persona que de conformidad con la ley sustancial está legitimada para que por sentencia de fondo o mérito se resuelva si existe o no el derecho o la relación jurídica sustancial pretendida en la demanda, y respecto del demandado, en ser la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a dicha pretensión del demandante...” DEVIS Echandía, Hernando “Teoría General del Proceso”, Ed. Universidad, Buenos Aires, 2004, pág. 260.



1000241

26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

En el evento de que el Dr. PABÓN APICELLA, respecto de lo anterior, directa o indirectamente, logre el triunfo, la inafectación (total o parcial) del bien inmueble "SAN JUAN DE DIOS", embargado o trabado como dos (2) sectores o zonas en el proceso ejecutivo hipotecario referido, o su liberación (total o parcial) de la persecución que el Banco del Comercio hace en el citado ejecutivo, los clientes pagarán como honorarios profesionales del abogado la suma de dinero equivalente al valor comercial real y efectivo que al momento del pago tenga el CINCO POR CIENTO (5%) del área o extensión inafectada o liberada, sin bajar de la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$30'000.000). Respecto de lo que aparece en el literal b), el triunfo del doctor PABÓN APICELLA significará el pago, como honorarios profesionales, del DIEZ POR CIENTO de la indemnización que se declare a favor y si ella no supera los seis cientos millones de pesos moneda legal colombiana; el NUEVE POR CIENTO si no supera los setecientos millones de pesos; el OCHO POR CIENTO si no supera los ochocientos millones de pesos; el SIETE POR CIENTO si no supera los novecientos millones de pesos; el SEIS POR CIENTO si no supera los mil millones de pesos y el CINCO POR CIENTO si supera los mil millones de pesos. El pago de los honorarios en la forma estipulada se hará también si el triunfo liberación, inafectación fuera logrado en CASACIÓN (Corte Suprema de Justicia), así no haya actuado el Dr. Jorge Luis Pabón Apicella como abogado en el recurso extraordinario. En caso de cualquier arreglo, transacción, acuerdo o avenimiento, los clientes los clientes pagarán al abogado los honorarios aquí pactados.

(...)

El pago de los honorarios por triunfo, liberación, inafectación, podrán hacerlo los clientes en TIERRA de ese predio "SAN JUAN DE DIOS"; es decir, con un sector de tal bien inmueble (...). Para el pago total de estos honorarios, los clientes dispondrán de un plazo de QUINCE DÍAS HÁBILES a partir de la ejecutoria de la providencia que cause, produzca o implique el triunfo, desembargo, liberación o inafectación (...)" (fl. 32 del cdno. No. 1) (Negrillas y subrayas fuera del texto original).

Así mismo, a folio 31 se constató el escrito otorgado el 23 de agosto de 1996, mediante el cual los apoderados generales de la señora Victoria Batarce Viuda de Mualín le cedieron al abogado Jorge Luis Pabón Apicella las agencias en derecho que en virtud del proceso se llegasen a generar.



26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

Sin embargo, como jurisprudencialmente se tiene establecido, el daño tiene un carácter personal que se determina con la afectación del patrimonio de quien lo padece. En el presente caso, como bien puede observarse, el contrato de prestación de servicios de representación judicial sujetó la remuneración del apoderado al triunfo en el proceso, situación que no se permite colegir como generadora de un perjuicio, puesto que el pago se constituyó en una expectativa originada en el acuerdo de voluntades, es decir, éste ni siquiera ingresó a su patrimonio ni se pactó con certeza futura -obligación de medio y no de resultado-, así, la confiabilidad en el resultado con que asistió la defensa, ni las expectativas que con su desempeño se hubiera trazado son suficientes para alegar el padecimiento de un daño, en primer lugar porque es el juez el investido del *arbitrio iuris*, o de la potestad de proferir las providencias en desarrollo del proceso con fundamento en el criterio que se forme a partir de la libre apreciación de las pruebas practicadas⁴ -facultad que no lo exime de rendir una plena motivación de las decisiones que adopte, por lo cual tanto apoderados como clientes se someten a un albur en el proceso que no pueden anticipar con total certeza; y en segundo lugar, porque los honorarios pactados se restringen a la esfera del contrato, y ninguna injerencia ejerce sobre ellos el juez administrativo, no puede deprecar el perjuicio con fundamento en el daño que causó la pérdida del proceso, puesto que el mismo no le pertenece ni le es propio, comoquiera que la esfera patrimonial afectada no fue la suya, sino la de su clienta, la señora Victoria Batarce Viuda de Mualín, o en otras palabras, no es pasible derivar la responsabilidad del Estado a partir del fracaso de la defensa, en los términos que haya sido contratada entre los particulares.

Resulta temeraria la demanda porque, aun a expensas de las características del contrato de mandato y del deber de tenerlas claras -inherente a su profesión-, el

⁴ el sistema de valoración probatoria por tarifa legal fue abolido y actualmente se privilegia el *arbitrio iuris*, es decir, la libre formación del criterio que, en el marco de la razonabilidad y ejercicio de su sana crítica, el juez le imponga a su decisión, lo que dificulta aún más anticiparse al resultado del proceso.



272000

19

26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

demandante pretende hacer suyo el eventual daño antijurídico que el fallo le haya podido representar a la demandada, titular del derecho afectado que de manera exclusiva —a expensas o no del error judicial aludido— debió sufrir la pérdida del proceso ejecutivo hipotecario y el remate de sus bienes.

Por consiguiente, es innegable que el daño antijurídico que el actor pretende derivar de los fallos de primera y segunda instancia proferidos en el proceso seguido por el Banco de Comercio en contra de Victoria Batarce Viuda de Mualín, no le es propio y para el reconocimiento e indemnización de los perjuicios provocados, el carácter personal del daño sólo le es atribuible a la derrotada en el mismo, pues es la poderdante quien sufrió los perjuicios cuyo resarcimiento se deprecia, y no el apoderado que ejerció su representación en virtud de un contrato de mandato, circunstancia por la cual se modificará la decisión apelada para reconocer probada la ausencia del daño.

Así las cosas, no resulta necesario el estudio de excepciones ni la valoración probatoria, comoquiera que el daño tiene un carácter personal que no es posible extender circunstancialmente de manera indefinida y que, *prima facie*, constituye un presupuesto para solicitar la indemnización de parte de la demandada; dicho de otra forma, lo demandado deviene para el actor de las consecuencias normales del proceso judicial, en el que necesariamente una de las partes es vencedora una vez agotados los términos y surtidos los recursos de ley que garantizan el debido proceso, situación que redundará en la juridicidad del daño que sufre el vencido y a quien le corresponde desvirtuarla en esta jurisdicción.

Resta por destacar que ante las evidentes falencias para demandar las sentencias judiciales surtidas en el proceso ejecutivo hipotecario, del Banco del Comercio contra Victoria Batarce viuda de Mualín, ni su firmeza ni su tránsito a cosa juzgada se ven afectados y gozan de plena legalidad.



26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

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

FALLA:

REVÓCASE la sentencia del 6 de noviembre de 2003, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, y en su lugar se decide:

PRIMERO: NIÉGANSE las excepciones propuestas.

SEGUNDO: DECLÁRESE la ausencia de daño, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: DENIÉGANSE las súplicas de la demanda

CUARTO: Sin condena en costas

CUARTO. En firme esta providencia vuelva el expediente al Tribunal de origen.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


Olga Melida Valle de De la Hoz



0000243

26.998
Jorge Luis Pabón Apicella

Presidente de la Sala

Jaime Orlando Santofimio Gamboa
Consejero de Estado

ACCLARA VOTO

