

ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA - Condena, accede. Caso: Prescripción de acción penal que impidió resarcimiento de perjuicios de víctima como parte civil en proceso penal

NOTA DE RELATORÍA: Síntesis del caso: Una sociedad denunció penalmente a un ciudadano con quien la firma se asoció para la construcción de un proyecto inmobiliario, por considerar que este se apropió indebidamente de su patrimonio invertido en el negocio, lo que dio lugar a que la Fiscalía iniciara una investigación en contra del denunciado, en la que se constituyó como parte civil la sociedad. La acción penal se extinguió por prescripción.

DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN INVESTIGACIÓN PENAL / DAÑO ANTIJURÍDICO POR VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA A LA RESOLUCIÓN JUDICIAL DEL ASUNTO EN UN PLAZO RAZONABLE - Condena. Caso prescripción de la acción penal, parte civil no pudo reclamar indemnización en proceso penal / PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD EN ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Condena por pérdida de la tutela judicial efectiva dentro de investigación penal / PÉRDIDA DE CHANCE / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD Por violación de la garantía a la resolución judicial del asunto en un plazo razonable

Lo que sí aparece evidente en el sub lite es que los actores no tuvieron acceso a un recurso judicial efectivo, en el entendido que se vieron privados de la posibilidad de obtener decisión definitiva y de fondo frente a la controversia que llevaron al conocimiento de la justicia; esto es, aunque contaron con la posibilidad de acudir a las instancias correspondientes en procura de la decisión de una controversia, esta no fue resuelta en forma definitiva por razón de la prescripción de la acción penal. Sin duda, esa situación generó para los demandantes una afectación al derecho constitucional y convencionalmente protegido a acceder a la administración de justicia, no como la posibilidad meramente nominal de hacerlo, sino bajo la connotación de que esa garantía conlleva el derecho a que el asunto sea decidido de manera definitiva. (...) En esas condiciones sí se acreditó un daño antijurídico padecido por la actora, (...) Así las cosas, el daño, (...) es imputable a la demandada, a cuyo cargo estuvo la demora que dio lugar a la imposibilidad de proseguir con el ejercicio del ius puniendi. **NOTA DE RELATORÍA:** Problema jurídico: ¿Es procedente imputar responsabilidad patrimonial al Estado por afectación al derecho de tutela judicial efectiva en los eventos de prescripción de la acción penal?.

MEDIDA DE REPARACIÓN PECUNIARIA POR AFECTACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA EFECTIVA EN PROCESO JUDICIAL - Reconoce. Caso prescripción de la acción penal / PERJUICIOS MATERIALES POR VULNERACIONES O AFECTACIONES RELEVANTES A BIENES O DERECHOS CONSTITUCIONALES O CONVENCIONALES AMPARADOS - Reconocimiento de 40 smlmv a la víctima, sociedad demandante, por la vulneración del derecho al acceso a la administración de justicia / VIOLACIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA POR PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA / MEDIDAS DE REPARACIÓN NO PECUNIARIAS - No procede su reconocimiento para resarcir daño en caso de prescripción de acción penal: Prescripción opera en favor del sindicado / PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA / MEDIDA PECUNIARIA DE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS POR AFECTACIÓN AL DERECHO DE ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Caso: Prescripción de acción penal que impidió resarcimiento de perjuicios de víctima como parte

civil en proceso penal / LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA - Compuesta por persona jurídica

Ante la evidente extinción de la posibilidad de ejercer la acción penal, según lo estableció con carácter definitivo la justicia penal, no existe medida idónea para resarcir a la víctima, por lo que se impone aplicar una reparación pecuniaria, (...) Tratándose del daño producido como consecuencia de la afectación específica al derecho al acceso a la administración de justicia cuando se ve afectado por la prescripción extintiva, se ha estimado que la indemnización corresponda a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales, por lo que se considera justo y equitativo aplicar ese mismo criterio a casos similares. Debe tenerse en cuenta que el referido daño solo se ha de reconocer a favor de la víctima directa, que en este caso es la sociedad actora, que a su vez fungió como demandante y parte civil en la acción penal prescrita. (...) De este modo, se reconocerá a favor de la sociedad que promovió el proceso penal y la correspondiente demanda de parte civil, (...) una indemnización equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de la sentencia, por ser esta la titular del derecho transgredido. Por supuesto, como persona jurídica, la referida sociedad es titular del derecho afectado, por lo que ha de ser la única destinataria de la indemnización. Las demás pretensiones se denegarán. **NOTA DE RELATORÍA:** Al respecto se puede consultar la sentencia de la Sala Plena de la Sección Tercera de 28 de agosto de 2014, exp. 32988. Problema jurídico: Ante la prescripción de la acción penal: ¿Es procedente reconocer indemnización pecuniaria por la afectación del derecho a la tutela judicial efectiva?.

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO POR VIOLACIÓN DE LA GARANTÍA DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA - Régimen aplicable, título de imputación. Caso de prescripción de la acción penal / PÉRDIDA DE OPORTUNIDAD

La imposibilidad de obtener resolución judicial del caso por prescripción de la acción penal constituye un daño, entendido como la transgresión a un derecho constitucional y convencionalmente amparado, que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar, pues le asiste derecho a que su controversia sea resuelta dentro de las oportunidades legales, cuando el no hacerlo tiene la posibilidad de impedir la resolución de fondo del asunto.

PÉRDIDA DEL CHANCE / PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD - Definición, noción, concepto / PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD - Título de imputación de responsabilidad patrimonial del Estado autónomo / PERTE D'UNE CHANCE

En efecto, en la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esa discusión teórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo.

PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD - Diferencias en los conceptos de daño

Resulta de gran relevancia distinguir entre el daño que consiste en la pérdida de la ganancia o la materialización del perjuicio que se pretendía evitar, y el daño que se produce por la pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el detrimento, siendo claro que en estos eventos solo surge como indemnizable el segundo, que es en el que se enmarcará la decisión de la presente controversia.

PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD - Requisitos y eventos para su procedencia: Certeza / PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD - Requisitos y eventos para su procedencia: Imposibilidad definitiva de obtener provecho o evitar detrimento / PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD - Requisitos y eventos para su procedencia: Situación potencial de obtener resultado esperado

La jurisprudencia de la Sección se ha valido de tres criterios para establecer la existencia de una pérdida de oportunidad como un verdadero daño antijurídico, cuales son: (i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, (...) (ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida; (...) (iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado (...).

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION TERCERA

SUBSECCION B

Consejero ponente: RAMIRO DE JESUS PAZOS GUERRERO

Bogotá D. C., dos (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

Radicación número: 13001-23-31-000-2001-00506-01(37111)

Actor: HERNANDO HOLGUIN Y CIA LTDA. Y OTROS

Demandado: NACION - FISCALIA GENERAL DE LA NACION - RAMA JUDICIAL

Referencia: ACCION DE REPARACION DIRECTA (APELACION SENTENCIA)

Corresponde a la Sala decidir el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía General de la Nación contra la sentencia de 2 de abril de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda.

SÍNTESIS DEL CASO

La sociedad Hernando Holguín M y Cía. Ltda. denunció penalmente al señor Eduardo García Landínez, con quien la firma se asoció para la construcción de un proyecto inmobiliario, por considerar que este se apropió indebidamente de su patrimonio invertido en el negocio, lo que dio lugar a que la Fiscalía iniciara una investigación en contra del denunciado, en la que se constituyó como parte civil la referida demandante. Empero, la acción penal se extinguió por prescripción, hecho que atribuye la actora a irregularidades en la investigación imputables al ente investigador.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

Mediante escrito presentado el 30 de marzo de 2001 (fl. 20 vto ,c. 1), la Sociedad Hernando Holguín y Cia Ltda., su socio mayoritario Hernando Holguín Mazuera, así como su compañera permanente Guadalupe Fortich y sus hijas Ana Lucía y Tania Holguín Fortich, promovieron demanda de reparación directa contra la Nación – Rama Judicial y la Nación - Fiscalía General de la Nación y la Nación, con el fin de obtener:

1.1. Pretensiones:

Declarar que LA NACIÓN COLOMBIANA, RAMA JUDICIAL y LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN son administrativamente responsables por el daño patrimonial y moral causado por los hechos y omisiones, imputables a la Fiscalía General de la Nación, durante la instrucción de dos procesos penales seguidos contra EDUARDO GARCÍA LANDÍNEZ (...)

Que como consecuencia de esta declaración se condene a LA NACIÓN COLOMBIANA – RAMA JUDICIAL y/o LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar a la parte demandante, o a quien representante legamente sus derechos, como reparación del daño ocasionado, los perjuicios de orden material y moral, objetivados y subjetivos, actuales y futuros, los cuales se estiman superiores a UN MIL TRECE MILLONES

NOVECIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS CON CERO SEIS CENTAVOS (\$1.013.956.955,06) monto de la indemnización pretendida en la demanda de parte civil formulada en el proceso penal actualizada a la fecha de presentación de esta demanda; más el valor de los daños morales sufridos por la parte demandante que se estiman en (mil gramos oro para el señor Hernando Holguín Mazuera y 500 para su compañera y la misma suma para cada una de sus hijas).

La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del Código Contencioso Administrativo, y se reconocerán intereses legales desde la fecha de ocurrencia de los hechos hasta cuando se cumplan a cabalidad las condenas impuestas en la sentencia que ponga fin al proceso.

Ordenar que la demandada dé cumplimiento a la sentencia conforme a las previsiones del artículo 176 y 177 del C.C.A.

1.2. Fundamento fáctico

Como fundamento de hecho de las pretensiones se narró el que a continuación se sintetiza:

El 12 de abril de 1993, la Sociedad Hernando Holguín M y Cia. Ltda., a través de su representante señor Hernando Holguín Mazuera, denunció penalmente al señor Eduardo García Landínez, por los presuntos delitos de hurto agravado por la confianza, falsedad documental y fraude procesal, en los que considera incurrió el denunciado en el curso de la relación comercial que surgió entre ellos con ocasión de un proyecto inmobiliario que adelantaron conjuntamente, mediante una sociedad de hecho, para la construcción del edificio “El Tamarindo” en Cartagena de Indias. En dicho proceso la firma actora se constituyó como parte civil.

El proceso penal se dilató en forma inexplicable y tuvo graves falencias en el recaudo de pruebas, pese a las continuas solicitudes de la parte civil, lo que conllevó a que no se practicaran algunas de las solicitadas; por su parte la práctica de las testimoniales requirió un lapso de 15 meses y se abstuvo el ente investigador de practicar las pruebas periciales que eran requeridas para el caso,

por cuanto la obtenida era incompleta e inexacta; empero *“la Fiscalía se negó a dar el trámite legal a las objeciones que esta apoderada formuló a dicha prueba pericial, haciéndose nugatorio el derecho de contradicción”*. Tampoco se inspeccionaron las cuentas corrientes de la sociedad de hecho constituida entre denunciante y denunciado, no se practicó el peritaje económico requerido por la complejidad del asunto, ni se obtuvo la información del Banco Central Hipotecario sobre el referido proyecto inmobiliario, ni se estudió la prueba contable aportada a la investigación. Contrario a ello, las pruebas solicitadas por la defensa sí se practicaron en forma oportuna y sus peticiones fueron resueltas con celeridad.

La investigación no fue adelantada en condiciones de eficiencia, toda vez que (i) fue necesario anular lo actuado hasta el cierre de la investigación, (ii) se erró en la tipificación provisional de la conducta penal, por lo cual fue revocada la providencia por medio de la cual se calificó el mérito de la investigación, (iii) se omitió vincular a algunas personas cuya comparecencia al proceso era requerida, lo que determinó la ruptura de la unidad procesal y la existencia de una investigación separada contra estas, (iv) se omitió investigar el delito de falsedad documental, pese a que así lo solicitó la parte civil en múltiples ocasiones, (v) no se decretó la inspección judicial de las cuentas de la sociedad de hecho constituida entre denunciante y denunciado, (vi) no se decretó la prueba pericial a cargo de economista tendiente a establecer la inexistencia de los sobrecostos alegados por el procesado y la imprecisión en los informes de contabilidad e ingeniería, (vii) no se atendió la solicitud del denunciante de oficiar al Banco Central Hipotecario para obtener la información relativa al proyecto “El Tamarindo”, (viii) ni se valoró la contabilidad del referido proyecto, fundamental para la investigación, (ix) ni se decretaron las pruebas tendientes a demostrar la falsedad documental en que incurrió el denunciado. Por el contrario, se decretaron y recaudaron con celeridad las pruebas pedidas por la defensa.

El actuar negligente de la Fiscalía dio lugar a la pérdida de tiempo valioso y, finalmente, las demoras atribuibles al ente demandado generaron que se decretara la prescripción de la acción penal a favor del procesado.

El 23 de agosto de 1999, el señor Holguín Mazuera presentó denuncia por las graves amenazas de las que fue víctima, según considera, a raíz de las denuncias que presentó contra funcionarios de la Fiscalía en Cartagena y con ocasión de la

cuales se vio finalmente precisado a abandonar el país, con las graves repercusiones de orden moral que ello implicó.

1.3. Fundamento jurídico

La manifiesta e incesante dilación de la investigación penal, atribuible a la demandada, llevaron a que en el tiempo legalmente previsto no se lograra ejercer la potestad punitiva a cargo del Estado, lo que determinó la ocurrencia del fenómeno de la prescripción de la acción penal y, con ella, la imposibilidad de reclamar dentro de esta la indemnización de los perjuicios que padeció con ocasión de la conducta punible de la que fue víctima la sociedad. También debió soportar una denuncia por injura y calumnia que presentaron los funcionarios instructores del caso en su contra como retaliación por haberles exigido el cumplimiento de sus deberes.

En esas condiciones, se le negó al demandante su derecho a recibir la indemnización de los perjuicios derivados del hecho punible del que fue víctima y se hizo nugatorio su derecho al debido proceso y a la reparación.

Fue una falla del servicio, atribuible a la autoridad estatal, la que determinó el daño cuya reparación se pretende, en los términos del artículo 90 Superior. Esa falla se concretó en el desconocimiento de las normas del procedimiento penal aplicables a la investigación que promovió, que imponían precisos términos para la calificación de la investigación. Fue tan notoria la negligencia de la Fiscalía, que esta misma lo reconoció así al ordenar, en dos oportunidades, la reasignación de los procesos a fiscalías de Medellín, por cuanto no se pudieron garantizar en Cartagena la imparcialidad e independencia requeridas para la investigación. Por el contrario, la parte civil ejecutó todos los actos y recursos que estaban a su alcance para obtener una solución judicial efectiva.

2. Contestación de la demanda

2.1. La Nación – Rama Judicial

Estimó que en el proceso penal adelantado a instancia de la actora se dio estricto cumplimiento a las garantías de los sujetos involucrados y se le permitió la intervención en cada una de las actuaciones desplegadas. Dijo que cualquier

presunto error jurisdiccional debe analizarse desde el respeto a la autonomía e independencia del funcionario judicial en relación con los hechos sometidos a su conocimiento. En esas condiciones, el error judicial no puede consistir en un simple desacierto del funcionario, sino que debe enmarcarse en una actuación subjetiva, caprichosa, arbitraria y desconocedora del debido proceso, lo que no ocurrió en el caso concreto.

La satisfacción de la garantía al debido proceso implica el respeto a la jurisdicción, al juez natural, a la defensa judicial, a un juicio público, a la independencia del juez y a su imparcialidad, principios que se respetaron en la actuación a cargo del ente investigador. La preclusión de la instrucción a favor del denunciado fue consecuencia directa de ello.

Propuso las excepciones que denominó: caducidad de la acción y falta de causa para demandar. La primera, por considerar que desde la preclusión de la investigación hasta la presentación de la demanda, transcurrieron cuatro años, cuatro meses y 10 días, por lo que es claro que esta se promovió por fuera del término legal. La segunda, bajo el entendido de que la actuación procesal a su cargo fue legal.

2.2. Nación - Fiscalía General de la Nación

El ente investigador (fl. 116, c. 1) también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto consideró que no se presentó una falla del servicio atribuible a esa entidad; por el contrario, la actuación de la Fiscalía se surtió de conformidad con las disposiciones penales vigentes y sus funcionarios se acogieron a las normas legales en el trámite del asunto y, en tal virtud, investigaron tanto lo favorable como lo desfavorable al imputado.

Dijo que la existencia de un error judicial solo puede verificarse a través de la comprobación de una acción abiertamente arbitraria de la administración de justicia, a tal grado subjetiva y caprichosa, que permita establecer que se ha desconocido el principio de acuerdo con el cual le corresponde al juez pronunciarse de acuerdo a la naturaleza del proceso y con fundamento en las pruebas aportadas.

2.3. Nación – Ministerio de Hacienda

Aunque ninguna imputación se realizó en la demanda en contra del Ministerio de Hacienda, ni se presentaron pretensiones en su contra, el *a quo* lo vinculó al proceso al admitir la demanda y dispuso notificarlo en los mismos términos que a los demandados. La entidad se opuso a la prosperidad de las pretensiones en su contra (fl. 140, c. 1) bajo la consideración de que la Fiscalía General de la Nación, a la que se atribuye responsabilidad en los hechos, goza de autonomía financiera y administrativa, por lo que está llamada a responder por la eventual condena que en su contra se profiera, con sus propios recursos. En esas condiciones, carece de legitimidad para acudir como demandado.

3. La sentencia apelada

El 2 de abril de 2009 (fl. 591, c. ppal), el Tribunal Administrativo de Bolívar acogió parcialmente las pretensiones de la demanda al disponer:

PRIMERO. Declárase probada, con respecto al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

SEGUNDO. Declarase (sic) administrativamente responsable a LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, por los perjuicios sufridos por el señor HERNANDO HOLGUÍN MAZUERA, durante la instrucción del proceso penal adelantado contra el señor Eduardo García Landínez por el delito de hurto agravado por la confianza, por falla del servicio en el ejercicio de la función jurisdiccional.

TERCERO. Como consecuencia de lo anterior, condénase a LA NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a pagar al señor HERNANDO HOLGUÍN MAZUERA la suma de CIENTO QUINCE MILLONES, NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS, CUARENTA CENTAVOS (\$115.091.213,40), por concepto de daño emergente, conforme a las pautas en la parte motiva de esta providencia¹.

CUARTO. Condénase a la NACIÓN – FISCALÍA GENERAL DE LA

¹ Conforme a la parte motiva, el valor expresado en este numeral corresponde al histórico, que debe indexarse conforme al IPC, siendo el índice inicial el de la época en que se declaró la prescripción de la acción penal y el índice final el vigente en la época de ejecutoria de la sentencia.

NACIÓN, a pagar a favor del señor HERNANDO HOLGUÍN MAZUERA, el interés técnico legal 6% anual del valor señalado en la demanda de constitución de parte civil, que corresponde a la suma de CIENTO QUINCE MILLONES NOVENTA Y UN MIL DOSCIENTOS TRECE PESOS, CUARENTA CENTAVOS (\$115.091.213,40), por concepto de lucro cesante².

QUINTO. El anterior monto será reajustado y actualizado en los términos del artículo 178 del C.C.A.

SEXTO. Deniéganse las demás pretensiones de la demanda.

La decisión se fundó en las consideraciones que a continuación se sintetizan:

En primer lugar, el *a quo* se pronunció sobre la excepción de caducidad formulada, para lo cual verificó que la decisión de preclusión de la investigación se produjo el 20 de noviembre de 1996; empero, esta providencia fue objeto de recurso de apelación, sobre el que se pronunció la Fiscalía 14 Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín el 9 de diciembre de 1999, para declarar la prescripción de la acción penal. Solo a partir de esa última decisión inició a contabilizarse el término para accionar, por lo que concluyó que la demanda fue promovida en tiempo.

Consideró que la excepción denominada “falta de causa” corresponde a una de mérito que quedaría resuelta con el pronunciamiento de fondo y declaró próspera la de falta de legitimación en la causa por activa que formuló el Ministerio de Hacienda, por considerar que el asunto debatido no es del resorte de la competencia de dicha entidad, en razón de la autonomía presupuestal de la que está dotada la Fiscalía General de la Nación por virtud de lo previsto en el artículo 249 Superior.

Sobre el fondo del asunto tuvo por demostrada la existencia de la investigación penal promovida a instancia del ahora demandante el 12 de abril de 1993, que correspondió por reparto a la Fiscalía 20 Delegada ante los Jueces Penales del Circuito de Cartagena. El cierre de la instrucción se produjo el 6 de julio de 1994; empero, se advirtió una causal de nulidad que fue decretada y afectó todo lo

² Conforme a la parte motiva se precisa que la suma referida en este numeral corresponde al capital, sobre el cual deben calcularse intereses del 6% anual, desde la presentación de la demanda, hasta que se cumpla la sentencia.

actuado a partir del cierre de la investigación, proveído que fue apelado por el investigado y que fue confirmado por el *ad quem*, quien además advirtió que en la indagatoria no se cuestionó lo relativo a la presunta conducta punible de fraude procesal, por lo que no debió investigarse lo relativo a esta bajo la misma cuerda procesal y compulsó las copias necesarias para hacerlo por separado. Por ello, el 10 de marzo de 1995 se rompió la unidad procesal del asunto adelantado contra el señor García Landínez y ello derivó en la existencia de dos investigaciones: (i) la primera, por fraude procesal (rad. 16-187) y, la segunda (ii) por el delito de hurto agravado por la confianza (rad. 4929).

En razón de lo expuesto, la conducta de fraude procesal solo inició a investigarse casi dos años después de cometida; empero, la inconformidad del demandante corresponde al segundo proceso, en el que se constituyó como parte civil y dentro del que se declaró prescrita la acción penal, durante el curso de la apelación contra la decisión de preclusión de la investigación, siendo tal la mora para resolver que el asunto debió ser reasignado a la Fiscalía 14 Delegada ante el Tribunal de Medellín, que finalmente declaró la extinción de la acción por el paso del tiempo.

Luego de dicha precisión sobre los elementos fácticos y probatorios del caso, advirtió que este no se enmarca dentro del error judicial, pues no se funda la demanda en el señalamiento concreto de una providencia judicial contentiva de un presunto yerro, sino en la existencia de distintas irregularidades, que permiten que el asunto sea estudiado bajo el título de defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

Seguidamente se ocupó de verificar las evidencias sobre la labor investigativa adelantada por la Fiscalía, para concluir que esta fue diligente y completa por parte de los funcionarios a su cargo y que pese al gran cúmulo de pruebas requeridas, fueron decretadas y la parte civil siempre estuvo al tanto de su práctica. Empero, encontró evidente que se soslayaron los términos legales previstos por cuanto transcurrieron seis años en la etapa instructiva.

Para arribar a esa conclusión sostuvo que aunque la construcción del edificio El Tamarindo culminó en el año 1988 y, en ese momento inició a contabilizarse el término de prescripción de la acción penal, solo a partir del 12 de abril de 1993 tuvo conocimiento el ente investigador de la conducta, por lo que transcurrieron

cinco años en los que la Fiscalía no tuvo conocimiento de los hechos. A partir de la denuncia, contaba con 18 meses para desarrollar la instrucción, luego de lo cual, la única acción procedente era la calificación del mérito de esta. A continuación, su actuación fue la siguiente:

El 28 de junio de 1993 recibió la indagatoria al denunciado, el 22 de octubre de 1993 resolvió su situación jurídica y se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento y el 6 de julio de 1994 se dispuso el cierre de la investigación.

Sin embargo, el 15 de noviembre del mismo año se decretó la nulidad de todo lo actuado a partir del cierre, por cuanto el Fiscal a cargo se declaró incompetente para conocer del asunto, por considerar que el delito investigado era el de hurto entre condueños, de competencia de los inspectores de policía, decisión que fue apelada y revocada el 11 de octubre de 1996 por el *ad quem*, quien asignó al *a quo* la competencia y dispuso continuar el trámite procesal.

Seguidamente, la apoderada de la parte civil solicitó el cambio de radicación del proceso, a lo cual accedió la Dirección de Fiscalías el 20 de noviembre de 1996. El asunto fue remitido a la Dirección de Fiscalías de Medellín donde la investigación fue precluida en la misma fecha por falta de pruebas. La apoderada de la parte civil apeló la decisión y hasta el 29 de julio de 1999, no se había dado trámite alguno a su recurso, por lo que nuevamente se ordenó variar la asignación de la investigación, siendo esta vez dejada en cabeza del Fiscal 14 Delegado ante el Tribunal de Medellín, funcionario que el 9 de diciembre del mismo año encontró que la acción había prescrito.

En esas condiciones encontró acreditado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por la conducta del Fiscal 5 Delegado de no resolver en forma eficaz y pronta el recurso de apelación a su cargo, sin que fuera justificable una mora de tres años en atender la resolución de un recurso ordinario. La misma Fiscalía ordenó compulsar copias de lo actuado para que se investigara la actuación de los Fiscales, con ocasión de dicha mora excesiva.

Todos esos comportamientos dilataron en forma injustificada la investigación, a tal punto que dieron lugar a la prescripción de la acción penal. Esa mora privó al demandante de la posibilidad de que en el evento de que se hubiera revocado la preclusión, se hubieran reparado los perjuicios sufridos por él y que reclamaba

mediante demanda de parte civil. Así, para el *a quo*, el daño correspondió a la privación de la posibilidad de obtener el resarcimiento del nocimiento padecido con la conducta penal de la que fue víctima y que denunció antes de que se extinguiera dicha posibilidad por el transcurso del tiempo. El denunciante fue diligente en el trámite de la investigación, agotó los recursos a su cargo y ejerció las acciones positivas necesarias para impulsar el asunto; empero, el accionar omisivo de la Fiscalía le segó la posibilidad de ver condenados a los responsables del delito denunciado e impidió la realización de la expectativa que tenía al momento de denunciar.

Esos daños tienen relación directa con la acción de la Fiscalía, que no cumplió sus deberes y dejó transcurrir el tiempo sin resolver el asunto, por lo que prescribió la acción penal; por ello declaró responsable a la Nación de los perjuicios sufridos por los demandantes con ocasión de la preclusión, en cuanto fueron ocasionados por su conducta omisiva.

Para establecer la cuantía de la indemnización de perjuicios a reconocer, tuvo en cuenta el valor de la indemnización de los perjuicios reclamados en la demanda de constitución de parte civil promovida por el demandante, cuyo valor total asignó como indemnización del daño emergente, suma que dispuso actualizar con base en el IPC, entre la fecha en que se declaró la prescripción de la acción y la del fallo.

A título de lucro cesante, consideró que sobre la referida suma a reconocer deben calcularse intereses legales del 6% anual, desde la presentación de la demanda de constitución de parte civil, hasta que se cumpla la sentencia que ponga fin al proceso.

Finalmente, negó el reconocimiento de perjuicios morales, por encontrar que no hay certeza de su causación, ante la ausencia de pruebas que demuestren la situación emocional y psicológica que generó la actuación negligente y tardía de la Fiscalía.

4. El recurso de apelación

Inconforme con la decisión de primera instancia, la Fiscalía apeló. Los argumentos de su disenso con la decisión impugnada se sintetizan a continuación:

Insistió en que su actuación en la investigación penal promovida por el demandante fue legal, se ajustó a las disposiciones legales y procedimentales vigentes y no estuvo incurso en funcionamiento defectuoso. Tampoco incurrió la entidad en un error judicial, entendido este como la actuación abiertamente ilegal en los términos en que está definido en la sentencia C-037 de 1996 de la Corte Constitucional.

Las posibles fallas en la investigación fueron corregidas en la segunda instancia con la declaratoria de la causal de nulidad que se configuró y que fue advertida por los sujetos procesales, se practicaron las pruebas pedidas y no se omitió pronunciamiento sobre estas; la labor investigativa fue acuciosa y completa, pues el tema investigado requería que se ahondara en la indagación y que se resolvieran las innumerables peticiones de pruebas de las partes.

Aunado a ello, afirmó que los hechos investigados tuvieron lugar en el año 1988, mientras que solo fueron denunciados cinco años después, el 12 de abril de 1993, único momento a partir del cual la Fiscalía tuvo conocimiento de ellos, situación imputable a la víctima. Por su parte, luego del cierre de la investigación, la defensa y la parte civil interpusieron varios recursos y se solicitó el cambio de radicación del proceso, incidencias procesales que debieron ser resueltas. Se trató de un caso complejo que requirió de diversas actuaciones, por lo que la mora no puede ser adjudicada a una presunta negligencia de la entidad.

Insistió en que la culpa de la víctima operó como una eximente de responsabilidad, por cuanto sus intereses patrimoniales no solo eran susceptibles de ser reivindicados por la vía penal, sino que también contaba el demandante con las acciones civiles procedentes para obtener el resarcimiento de los perjuicios que afirma haber padecido.

Dijo que su actuación fue legal y que el mérito de la investigación se calificó dentro del término de prescripción de la acción penal, por lo que no era viable declarar la responsabilidad de la administración de justicia; en consecuencia, pidió que se revoque la decisión impugnada y, en su lugar, se nieguen las pretensiones de la demanda.

5. Alegatos de conclusión

En el término para presentar alegaciones finales se pronunció la Fiscalía General de la Nación (fl. 677, c. ppal), cuya intervención se limitó a reiterar lo expuesto en el recurso.

La actora y el Ministerio Público guardaron silencio.

II. CONSIDERACIONES

1. Presupuestos procesales de la acción

1.1. Competencia

La Sala es competente para resolver el caso *sub lite* en razón de la naturaleza y materia del asunto, habida cuenta que los artículos 65, 68 y 73 de la Ley 270 de 1996, fijaron la competencia en cabeza de los Tribunales Administrativos en primera instancia y, en segunda instancia, en el Consejo de Estado, para conocer los asuntos relativos a la responsabilidad por el ejercicio de la administración de justicia, siendo por ello irrelevante algún análisis relacionado con la cuantía³.

1.2. Legitimación en la causa

Se encuentra acreditado el legítimo interés que le asiste a la sociedad Hernando Holguín M y Cia Ltda. en su calidad de parte civil dentro de la investigación adelantada en contra del señor Eduardo García Landínez (fl. 4 y s.s., c. 3), en la que se presuntamente tuvieron lugar las irregularidades que sirven de fundamento a la presente demanda. Por su parte, el señor Hernando Holguín Mazuera, propietario del 99,9% de dicha sociedad, según consta en el correspondiente certificado de existencia y representación legal (fl. 153, c. 9)⁴.

Por el contrario, quienes comparecen como su compañera e hijas no acreditaron dicha calidad. La primera pretendió hacerlo a través de unas declaraciones extrajudiciales (fl. 75 y s.s., c. 1) que por virtud del artículo 299 del Código de

³ Para tal efecto consultar 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.

⁴ La propietaria del 0.1% restante de la sociedad es la señora Esperanza Niño de Perea, quien no funge como demandante en este proceso.

Procedimiento Civil⁵ solo tienen valor para fines no judiciales. También se allegó una solicitud de asilo tramitada en forma conjunta por todos los demandantes ante la Embajada de los Estados Unidos de América (fl. 79, c. 1); sin embargo, fue allegada en idioma distinto del castellano y sin su correspondiente traducción, por lo que tampoco puede ser válidamente tenida como evidencia, en los términos del artículo 260 *ibídem*⁶. Por ello, se declarará su falta de legitimación por activa.

En todo caso, lo expuesto no impide una decisión de fondo del recurso, pues, de todas maneras, hay lugar a decidir de fondo, por razón de que la condena fue proferida a favor del señor Hernando Holguín, de cuyo legítimo interés en el proceso no existe duda.

Por su parte, está legitimada la Nación, representada por la Fiscalía General de la Nación, para comparecer como demandada en razón de que adelantó la instrucción contentiva de las presuntas irregularidades que, según los actores, determinaron los perjuicios cuya reparación pretenden. Por el contrario, no hay razón que imponga la comparecencia del Ministerio de Justicia como representante de la Nación, tal como lo estimó el *a quo*, ni de la Rama Judicial, toda vez que ninguna imputación fáctica o jurídica se realizó en la demanda en relación con la acción u omisión de dichos entes; además, el proceso penal nunca llegó a la etapa de juzgamiento. Así se declarará en la parte resolutive de esta decisión.

1.3. La caducidad de la acción

El ordenamiento jurídico prevé la figura de la caducidad como una sanción por el no ejercicio de las acciones judiciales dentro de los términos improrrogables, previstos por normas de orden público, para que el interesado suscite el litigio; si lo hace por fuera de ese lapso temporal, pierde la posibilidad de acudir a los jueces en procura de su derecho sustancial.

⁵ Código de Procedimiento Civil, artículo 299. “*Testimonios ante notarios y alcaldes. Los testimonios para fines no judiciales, se rendirán exclusivamente ante notarios o alcaldes. Igualmente los que tengan fines judiciales y no se pida la citación de la parte contraria; en este caso, el peticionario afirmará bajo juramento, que se considera prestado con la presentación del escrito, que sólo están destinados a servir de prueba sumaria en determinado asunto para el cual la ley autoriza esta clase de prueba, y sólo tendrán valor para dicho fin*”.

⁶ *Ibídem*, artículo 260. “*Documentos en idioma extranjero. Para que los documentos extendidos en idioma distinto del castellano puedan apreciarse como prueba, se requiere que obren en el proceso con su correspondiente traducción efectuada por el Ministerio de Relaciones Exteriores, por un intérprete oficial o por traductor designado por el juez; en los dos primeros casos la traducción y su original podrán ser presentados directamente*”.

El numeral 8 del artículo 136 del Código Contencioso Administrativo, en lo relativo a la acción de reparación directa, prevé un término de dos años para que sea impetrada, contados a partir del día siguiente a la ocurrencia de la causa del daño (hecho, omisión, operación administrativa u ocupación temporal o permanente). En el presente evento, tal como lo estimó el *a quo*, el término de caducidad solo podía contabilizarse a partir de la firmeza de la resolución que declaró la prescripción de la acción, por ser precisamente de esa circunstancia de donde devienen los perjuicios cuya reparación pretende la actora.

La providencia que declaró la prescripción de la acción penal data del 9 de diciembre de 1999 (fl. 239, c. 5), mientras que la demanda se promovió el 30 de marzo de 2001 (fl. 20 vto, c. 1), esto es, antes del transcurso del mencionado término, por lo cual se concluye que no operó el fenómeno de la caducidad.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar cuál fue el daño padecido por los actores y si este puede ser imputado a la Nación, a través de la Fiscalía General de la Nación. Para ello, se analizará en primer término si la presunta imposibilidad de obtener la reparación de perjuicios derivados de un punible puede enmarcarse dentro del concepto de daño cierto, si este corresponde a uno meramente eventual, al concepto de oportunidad perdida o a la transgresión a una garantía constitucional y convencionalmente amparada. Superado el anterior análisis, se ocupará la Sala de resolver, de encontrarse acreditado el daño, si este puede ser imputado a la administración de justicia, para lo cual debe analizarse si esta actuó en forma defectuosa dentro de la investigación a su cargo promovida por la firma actora, esto es, si irregularidades a ella imputables dieron lugar a la prescripción de la acción penal, punto en el que debe indagarse sobre la posible participación de la conducta de la víctima, a la que la demandada atribuye mora en la presentación de la denuncia.

3. Hechos probados

Con las pruebas incorporadas al expediente, se demostraron los siguientes hechos relevantes para la decisión del caso:

3.1. El 12 de abril de 1993 (fl. 2 y s.s, c. 9), el señor Hernando Holguín Mazuera, en nombre y representación de la firma Hernando Holguín M y Cia. Ltda. de la que era representante, promovió denuncia penal en contra del señor Eduardo García Landínez, a quien le atribuyó la comisión de un presunto delito contra el patrimonio económico.

Como fundamento de la denuncia afirmó que el denunciado es el representante de la sociedad Constructora García Landínez Ltda. con la que se asoció su representada para construir el edificio Villa del Marquez en Cartagena. Una vez culminado ese proyecto y repartidas por igual las utilidades, emprendieron un nuevo proyecto, correspondiente a la construcción del edificio El Tamarindo, en el que pactaron participación del 50% para cada uno.

La firma denunciante aportó un lote de terreno que se avaluó en \$23.500.000, la sociedad del denunciado debía aportar una suma igual y se adquirió un crédito con el BCH por \$60.000.000 para financiar el proyecto, cuya ejecución finalizó en octubre de 1988.

Dijo que el denunciado, que al querer revisar la contabilidad del proyecto no se le permitió acceso a ella, por lo que debió obtenerla con intervención de abogados; luego de conseguida la puso en manos de expertos que advirtieron irregularidades, derivadas de la compra de materiales en cantidades superiores a las requeridas para la ejecución del proyecto. Dijo que las imprecisiones advertidas se dieron en relación con la compra de bloques, cemento, arena, hierro y triturado, de los que se registraron adquisiciones en mayores cantidades a las que, según su estimación, eran necesarias para levantar el edificio. También dijo que el denunciado realizó mantenimiento a los vehículos de su propiedad con cargo a los fondos comunes del edificio.

Con ocasión de esas irregularidades, el proyecto El Tamarindo sufrió una disminución patrimonial de entre \$115.091.213,40 y \$52.990.720, incluidos los valores desviados y los costos financieros, así como los efectos sobre los costos indirectos del edificio.

También dio cuenta de que la Constructora García Landínez Ltda. inició un juicio ejecutivo en contra de la firma Hernando Holguín y Cia. Ltda. para cobrar un

pagaré que respaldaba un aporte a la sociedad y que no adeudaba en realidad a la firma ejecutante, irregularidad que dijo demostraría en el proceso.

La firma Hernando Holguín M y Cia. Ltda. presentó demanda de constitución de parte civil dentro del proceso penal adelantado por hurto agravado, con el fin de obtener el resarcimiento de los perjuicios que le produjo el presunto ilícito cometido por el representante de la firma Constructora García Landínez Ltda. Estimó que las irregularidades atribuidas a su socio generaron una disminución del patrimonio del proyecto El Tamarindo, incluidos los recursos desviados y los costos financieros pagados el Banco Central Hipotecario por virtud del crédito obtenido, por lo que solicitó la reparación de los siguientes perjuicios (fl. 4 y s.s., c. 3):

PERJUICIOS

Están compuestos por el daño emergente ocasionado con el delito y el lucro cesante que ha sufrido mi cliente, producto de esa defraudación. Además ha habido perjuicios accesorios que incrementan el daño directo pero que tienen como fuente la comisión del delito que se investiga.

DAÑO EMERGENTE Y PERJUICIOS ACCESORIOS

Están determinados por el valor efectivamente desviado y apropiado por García Landínez y además una serie de costos financieros y gastos que se le ocasionaron a mi mandante, que en la época de la defraudación ascendían a la suma de \$115.091.213,40.

LUCRO CESANTE

Para establecer este perjuicio debemos determinar el costo del dinero dado en términos de intereses moratorios que no pueden ser inferiores al 4,5% mensual, con lo que se mitigaría un poco el hecho de que HERNANDO HOLGUÍN MAZUERA hubiera sido privado en su oportunidad de ese dinero. Pero además se debe actualizar el valor del dinero, pues como se sabe este pierde poder adquisitivo y por eso se debe traer a valor presente.

Estos perjuicios serán calculados por peritos economistas y por esto no le ponemos límite de cuantía, teniendo como referencia el valor del daño emergente y los perjuicios accesorios.

PERJUICIOS MORALES

Están determinados por la intranquilidad que ha padecido mi cliente y los miembros de la compañía por este hecho delictivo. Calculamos ese daño en 1.000 gramos oro. Afirmando bajo la gravedad del juramento que no se ha intentado por ninguna otra vía el cobro de la indemnización de estos perjuicios.

La demanda fue admitida el 11 de mayo de 1993 (fl. 10, c. 3). En ella se solicitó la práctica de pruebas periciales en los términos antes referidos y la inspección a las cuentas del proyecto.

3.2. Dentro de la investigación, el 26 de mayo de 1993 se solicitaron, en primer momento cinco testimonios por parte de la denunciante (fl. 8, c. 10), la práctica de un dictamen pericial para calcular las medidas exactas del edificio y la cantidad de materiales requeridos para su construcción, así como su valor. También solicitó un dictamen contable sobre los libros del proyecto “El Tamarindo”, un peritaje sobre las cuentas corrientes del proyecto El Tamarindo, un oficio al BCH para que aportara información relativa a dicho proyecto, así como el traslado del proceso ejecutivo en el que fungió como ejecutada la denunciante y el traslado de un interrogatorio de parte.

Consta en las diligencias que el 30 de junio de 1993 la Fiscalía resolvió la petición de pruebas, decretó testimonios, dispuso practicar la inspección judicial requerida, con intervención de perito, para realizar la medición del edificio. También ordenó la inspección judicial a la contabilidad del proyecto El Tamarindo (fl. 71, c. 9). Las declaraciones fueron recibidas en los días siguientes del mes de julio de 1993.

3.3. En agosto de 1993, la parte civil pidió la práctica de dos testimonios más y la ampliación de uno ya practicado (fl. 10, c. 10). El 6 de agosto de 1993 la Fiscalía citó los testigos y dispuso la ampliación, diligencias para las que fijó fecha para el mismo mes de agosto.

3.4. El 2 de septiembre de 1993 (fl. 92, c. 9) la Fiscalía reprogramó los testimonios ante la solicitud de aplazamiento presentada por el apoderado de la parte civil. Citó nuevamente para el 17 de septiembre de 1993.

3.5. El 30 de septiembre de 1993 (fl. 110, c. 9), la Fiscalía dispuso oficiar al director de Fiscalías para que autorizara la comisión para la realización de la inspección judicial contable solicitada y fijó nueva fecha para recibir una declaración que se encontraba pendiente. El 15 de octubre de 1993 (fl. 111, c. 9) se practicó la inspección solicitada a la empresa del denunciado, con intervención de perito contable, en la que se obtuvieron los documentos necesarios para la verificación solicitada y en la que la parte civil entregó el cuestionario que debía absolver el experto. El perito solicitó un término de 45 días que le fue concedido.

3.6. El 22 de noviembre de 1993 (fl. 114, c. 9), la Fiscalía resolvió la situación jurídica del sindicato y se abstuvo de imponerle medida de aseguramiento.

3.7. En noviembre de 1993 (fl. 11, c. 10), la parte civil pidió decretar un concepto técnico a la “Escuela de Ingenieros”. El 24 de noviembre de 1993 (fl. 2, c. 4), la Fiscalía libró el oficio pedido a la Escuela de Ingenieros y fijó fecha para el mes de diciembre para recibir las declaraciones. Se practicaron y se aportaron las mediciones del edificio realizadas por uno de los declarantes (fl. 4 y s.s., c. 4).

3.8. El 2 de febrero de 1994 (fl. 50, c. 4), el CTI rindió el peritaje solicitado en relación con la contabilidad del edificio, en el que dio cuenta de la revisión de las AZ contentivas de la contabilidad. En marzo del mismo año (fl. 82, c. 4), la parte civil consideró que el material tenido en cuenta para la verificación contable era insuficiente, por lo que pidió que se complemente *“pues hacen falta múltiples folios, sin los cuales es imposible que dicha prueba se ha agotado”*. Esta petición fue resuelta el 18 de abril de 1994 (fl. 85, c. 4), en el sentido de requerir información al experto sobre la veracidad de lo afirmado por el apoderado.

También ordenó la Fiscalía realizar la inspección judicial tendiente a obtener las medidas del Edificio El Tamarindo y oficiar a CAMACOL, según lo solicitado por la parte civil. Lo anterior en respuesta a una solicitud de diciembre de 1993 (fl. 12, c. 10), con la que la parte civil solicitó decretar una inspección judicial al edificio El Tamarindo, con intervención de un perito topógrafo para realizar medidas de todas las dimensiones del edificio y una inspección judicial al Banco Central Hipotecario para verificar la documentación relativa al proyecto referido. Además, la parte civil oficiar a CAMACOL para obtener información sobre los índices de aumento o ajustes de materiales de construcción entre los años 1989 y 1992.

3.9. El 23 de abril de 1994 (fl. 2, c. 7), el señor Holguín amplió su denuncia en relación con los hechos correspondientes a la ejecución iniciada por la firma del denunciado por un pagaré cuyos valores dijo no adeudaba y aportó pruebas documentales.

3.10. En mayo de 1994 (fl. 14, c. 10), la parte civil solicitó la designación de un perito técnico en ingeniería civil para que resolviera un cuestionario que adjuntó, así como otros dos testimonios, también pidió la ampliación del testimonio de uno

de los declarantes (fl. 18, c. 10). Se presentaron múltiples solicitudes de los sujetos procesales, entre ellas la encaminada al cierre de la instrucción, que dio lugar al pronunciamiento de 6 de julio de 1994 (fl. 139, c. 4), en el que la Fiscalía afirmó:

Efectivamente le asiste razón al doctor Antenor Barbosa Avendaño (apoderado de la defensa), al solicitar el cierre de la presente investigación, dado que el artículo 42 de la Ley 81 de 1993, en el párrafo transitorio señaló que la disponibilidad de los procesos en que hubiere transcurrido un término igual o mayor a seis meses sin que exceda de 18, la calificación será de 12 meses. Significa lo anterior en el presente caso, que han transcurrido más de doce meses, razón por la cual es dable dar aplicación a la norma referenciada. El cierre de la investigación está sujeta a una condición sustantiva cual es el recaudo de las pruebas necesarias, y la otra el transcurso del tiempo. Este requisito cuantitativo se cumple a cabalidad en el presente caso, ha vencido el término de instrucción, que para el caso no podía superar los doce meses, por ello se ordenará el cierre de la presente investigación.

3.11. La parte civil interpuso recurso de reposición contra la determinación del cierre de la investigación (fl. 144, c. 4) por considerar que restaban por recaudarse diversas pruebas y era necesaria la investigación plena de las conductas denunciadas. La defensa se opuso a la reposición (fl. 148, c. 4). El 18 de agosto de 1994 (fl. 154, c. 4), la Fiscalía decidió no reponer su decisión, previa mención a las pruebas ya recaudadas y al vencimiento del término de la instrucción.

3.12. El 15 de noviembre de 1994 (fl. 22, c. 10), la Fiscalía 38 Delegada, a cuyo cargo estuvo la investigación de los referidos hechos, advirtió irregularidades en el trámite de la instrucción, por cuanto los hechos de la denuncia también daban cuenta de un posible fraude procesal a cargo del denunciado, sobre el que nunca fue indagado, por el supuesto uso de un pagaré que respaldaba obligaciones ya pagadas. Finalmente, dicha irregularidad condujo a la ruptura de la unidad procesal y a que se investigara por separado el presunto fraude. En la investigación por hurto se ordenó practicar la prueba pedida por la parte civil correspondiente a la inspección con intervención perito ingeniero civil para la medición del material requerido en el edificio El Tamarindo.

3.13. La defensa apeló la decisión referida en el numeral anterior (fl. 197, c. 4). El 10 de marzo de 1995 (fl. 4, c. 7), la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena resolvió la apelación promovida por la defensa contra la decisión del Fiscal 38 Seccional que declaró la nulidad del proceso y confirmó la

decisión impugnada. Se dispuso recibirle indagatoria al imputado con ocasión de los nuevos hechos en la nueva investigación.

Dentro de la nueva investigación por fraude procesal, también se constituyó como parte civil la firma actora y su demanda fue admitida en providencia de 12 de julio de 1995 (fl. 42, c. 9).

3.14. El 21 de marzo de 1995 (fl. 3, c. 5), la Fiscalía dispuso llevar a cabo la inspección judicial decretada en el edificio El Tamarindo, para lo cual solicitó informe a varias entidades para designar al experto correspondiente.

3.15. El 5 de abril de 1995 (fl. 5, c. 5), la parte civil presentó una petición para que se practicaran las pruebas ya decretadas y en las que restaba alguna actuación. La defensa pidió nuevamente el cierre de la investigación (fl. 8, c. 5). También en abril de 1995 (fl. 20, c. 10), la parte civil aportó 6 AZ contentivas de la contabilidad del Edificio El Tamarindo, que pidió fueran analizadas por el perito designado para presentar informe contable.

3.16. El 2 de mayo de 1995, la Fiscalía se pronunció sobre las peticiones relativas a pruebas, negó la solicitud de cierre de la investigación y ordenó: oficiar al gerente del BCH para obtener la información del proyecto El Tamarindo, oficiar al CTI para establecer si estuvo completa la información contable tenida en cuenta para el peritaje contable y fijó fecha para la inspección judicial con perito ingeniero al edificio, para mayo de 1995. Negó las demás peticiones. No se presentaron recursos por la parte civil, que no obstante insistió en el decreto oficioso de una peritaje económico. La defensa presentó reposición y apelación, tendientes a obtener el cierre de la investigación.

3.17. En mayo de 1995 (fl. 33, c. 5), se practicó la inspección judicial decretada y se le otorgó al perito un término de 60 días para rendir su informe.

3.18. El 19 de mayo de 1995 se resolvió la reposición de la defensa contra el cierre de la investigación (fl. 35, c. 5). No repuso y concedió la apelación.

Dijo la Fiscalía:

Cabe preguntarse: se han arrimado a la investigación, las pruebas necesarias para la calificación de la misma? La respuesta, seguro, para todas las partes, es que no. Entonces, si ello es así, cómo se va a cerrar? (sic) No, la investigación debe perfeccionarse en lo posible, y repito, a la Fiscalía no se le puede hacer víctima de críticas por una investigación incompleta, solo por aquello de los términos, olvidando que el número de Fiscales existentes en el país, no es suficiente para atender a las exigencias que demandan esos términos, es decir que razonadamente, cabe la necesidad de aceptar la demora en una investigación, porque de lo contrario apoyamos la posibilidad, como dije antes, de la impunidad, circunstancia que ningún colombiano desea.

Empero, su providencia fue revocada en segunda instancia, por lo que el 6 de septiembre de 1995 dispuso el cierre de la investigación. Mientras se resolvía el recurso, el 20 de junio de 1995 (fl. 21, c. 10), la parte civil aportó documentales sobre costos de materiales e insistió en la necesidad de analizar las documentación contable aportada por ella.

3.20. En efecto, el 6 de septiembre de 1995 se cerró la investigación en acatamiento a lo ordenado por el Fiscal *ad quem*. El 5 de octubre de 1995 la parte civil interpuso recurso de reposición contra esa decisión, fundada en la necesidad de obtener que se ampliara el dictamen pericial contable y en la consideración de que se habían aportado documentos falsos. La Fiscalía no repuso la decisión (fl. 519, c. 5).

3.21. El 23 de noviembre de 1995 (fl. 576, c. 5), siendo la oportunidad para calificar el mérito de la instrucción, la Fiscalía 38 Delegada declaró la nulidad de lo actuado y dispuso remitir las diligencias a una Inspección de Policía, luego de considerar que los hechos materia de investigación correspondían al punible de hurto entre condueños que era de competencia de los inspectores de policía. Afirmó:

Así, como hemos resaltado ya, que entre el denunciante y el sindicato, existe una sociedad, y que sus aportes los pusieron en un fondo común, denominado edificio EL TAMARINDO, mal podría seguirse con la tesis de que si entre ellos, el uno trata de sacar ventaja en forma dolosa o fraudulenta, comprometiendo el patrimonio de ese fondo común, se estaría en presencia de un delito de hurto agravado. Pues no, porque la norma violada o que se tipifica es la hurto entre condueños, situación que viene, aún, clara en la denuncia.

El hurto entre condueños como infracción a la ley penal, quedó incluida como contravención especial, a partir de la Ley 23 de 1991, de tal suerte que su conocimiento corresponde a los inspectores de policía, pues así lo consagra dicha ley en su artículo 1, numeral 13”.

3.22. La referida decisión fue impugnada por la defensa y la parte civil en apelación, recurso que fue concedido el 2 de enero de 1996 (fl. 156, c. 5). Mediante providencia de 5 de octubre de 1996 (fl. 165, c. 5), la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena revocó dicha decisión y ordenó que se dispusiera la calificación de la instrucción. Consideró el *ad quem*:

En el sentir de este despacho, el planteamiento del a quo no es acertado, ya que la investigación ha demostrado que fueron dos firmas o sociedades las que en forma conjunta adelantaron la construcción de la obra o edificio citado. Y más aún, y aún (sic) que se tratara de peronas naturales en propiedad común sobre el proyecto que se ejecutaba, la circunstancia misma de ser el sindicato la persona que tenía a su cargo la administración del bien común, en manera alguna le sería predicable la figura del hurto entre condueños, pues su conducta estaría en los terrenos del abuso de confianza frente a esta eventualidad.

La Ley 23 de 1991 convirtió en contravención especial el hurto entre condueños, cuando se tipificaba la conducta (...) siempre que la cuantía no exceda de diez salarios mínimos legales.

No podía en vigencia de la norma hoy modificada por la Ley 228 de 1995, sustraerse de la consideración de la cuantía para la decisión que abordó el a quo.

3.23. El 20 de noviembre de 1996, la Fiscalía Tercera de Cartagena (fl. 184, c. 5) calificó el mérito de la instrucción adelantada en contra del señor Eduardo García Landínez, con preclusión de la investigación, al considerar:

El conclusión este Despacho teniendo en cuenta el extenso y sustancioso caudal probatorio que obra en el expediente, que señale a Eduardo García Landínez, de haberse apropiado de materiales para la construcción del edificio “El Tamarindo” o de las sumas destinadas para la compra de ellos, tal como lo manifestó el denunciante, esta Fiscalía procederá a precluir a favor del sindicado la presente investigación, ya que el hecho imputado no ha existido, que como se dijo anteladamente no hay pruebas que señalen directamente al sindicato, pues del análisis de ellas como fueron los testimonios, ninguno de ellos lo señalan, al contrario (...) las personas que tuvieron que ver en la construcción directamente como fueron la del ingeniero Pedro Manuel Cordonoza Silva, quien participó en la construcción del edificio “El Tamarindo”, sostuvo que se construyó en un área de 1.400 metros y que siempre encontró en la obra al señor Holguín, encargándose de la parte de suministro de materiales, y que hubo modificaciones en la construcción de la obra.

El señor Regulo Arguello Barreto, quien era el maestro de obra de la construcción, igualmente sostiene que el señor HOLGUÍN pasaba el mayor tiempo en la obra, porque era la persona que se encargaba de la parte eléctrica de la obra, y el señor Rafael Enrique Martínez Aparicio, afirma igualmente que las facturas de los pedidos de materiales eran vistas por el señor HOLGUÍN, NELSY NIEBLES, quien era la secretaria de la construcción “El Tamarindo” afirma que las facturas de los pedidos de materiales que hacían el señor Regulo Arguello (sic), eran autorizada por el señor HERNANDO HOLGUÍN, que era quien permanecía más tiempo en la obra, también autorizaba el pedido de materiales el señor GARCÍA que venía los viernes y ella elaboraba una remisión con todas las facturas canceladas, demostrándose con estas declaraciones que el sindicato no se apropió de materiales, personas que como se dijo tenían acceso a la obra y permanecían en ella, dan igualmente cuenta que de todos estos movimientos para la compra de materiales participó el señor HERNANDO HOLGUÍN, inclusive autorizando hacer el mencionado pedido, no explicándose el despacho, por qué el demandante habla sobre apropiación de materiales o dineros destinados para la compra de estos, si él estaba al frente de la obra la mayor parte del tiempo, pudiéndose dar cuenta de cualquier irregularidad, siendo también inexplicable el porqué dejó transcurrir tanto tiempo desde que tuvieron ocurrencia los hechos, para instaurar la demanda.

3.2.4. El 22 de noviembre de 1996 (fl. 195, c. 5), la parte civil apeló la decisión de preclusión.

3.25. El 29 de julio de 1999, el Director Nacional de Fiscalías (fl. 1, c. 9) varió la asignación de las dos investigaciones adelantadas contra Eduardo García Landínez, a instancia de la firma demandante, luego de considerar:

Que en la Unidad de Fiscalía Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, desde el mes de diciembre de 1996, fueron asignadas a los Fiscales 3 y 5 Delegados, respectivamente, las investigaciones números 4929 y 16-297, seguidas en contra de EDUARDO GARCÍA LANDÍNEZ, la primera, por el delito de hurto y la segunda por fraude procesal, con la finalidad de resolver acerca de los recursos de apelación presentados oportunamente en contra de las providencias de fechas 20 de noviembre de 1996 y 6 del mismo mes y año, sin que hasta la fecha, se haya obtenido pronunciamiento alguno sobre el particular, no obstante los múltiples requerimientos en tal sentido presentados por la abogada Jacquelin Castañeda Fernández, quien actúa dentro de los dos asuntos como apoderada de la parte civil.

De igual manera, en dicha determinación, el Director de Fiscalías dispuso la compulsa de copias de la actuación con destino a la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y al despacho del Vicefiscal General para que “se sirvan determinar si se infringió por parte de los funcionarios judiciales encargados del trámite de las investigaciones referidas en esta providencia o norma alguna de las

consagradas en el Estatuto Único Disciplinario y del Código Penal, respectivamente”.

3.26. Las diligencias del radicado por fraude procesal correspondieron a la Fiscalía 13 Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín (fl. 8, c. 9), que en providencia de 21 de diciembre de 1999 revocó la preclusión de la investigación y dictó resolución de acusación en contra del señor Eduardo García Landínez, a quien también le impuso medida de aseguramiento.

3.27. Por su parte, en las diligencias por el presunto delito de hurto agravado, la Fiscalía 14 Delegada ante el Tribunal Superior de Medellín, a la que fue reasignado el asunto, resolvió la apelación promovida por la parte civil contra la resolución de preclusión de la investigación. El 9 de diciembre de 1999 dispuso declarar la extinción de la acción penal por prescripción y, en consecuencia, cesar todo procedimiento en contra del señor Eduardo García Landínez (fl. 241, c. 5). Como fundamento de tal determinación estimó:

Los hechos denunciados, que se le endilgan a García Landínez encuadran, en principio, en el tipo penal de hurto (artículo 349 del C. Penal) que conlleva una pena máxima de seis (6) años de prisión y como el mismo se cometió abusando de la confianza depositada por el dueño en el agente (artículo 351-2), tal agravante conlleva una incremento máximo de la mitad de la pena contemplada para el delito, o sea tres (3) años; quiere ello decir que la acción prescribe en nueve (9) años.

Refulge de la denuncia que los presuntos apoderamientos, ocurrieron entre diciembre de 1987 y octubre de 1988, es decir, durante el tiempo que duró la construcción del edificio El Tamarindo y por ser el hurto un delito instantáneo, la prescripción se empieza a contar desde el día de la consumación (artículo 83 ib.). Asumiendo que dicha consumación se efectuó en octubre de 1988, es a partir de esta fecha en que se empieza a contar el término de prescripción de la acción. Un elemental cálculo matemático permite inferir que a partir de noviembre de 1997 operó la prescripción de la acción penal, por lo que el Estado ha perdido la capacidad sancionatoria y por ende no queda otro camino que decretarla, a despecho de las pretensiones de la parte civil.

3.28. También dan cuenta las diligencias de la denuncia penal que fue promovida contra el señor Hernando Holguín Mazuera (c. 11), por los punibles de injuria y calumnia, con ocasión de las quejas y denuncias que ejerció contra los fiscales encargados de la resolución del caso.

4. Análisis de la Sala

Para la decisión del caso se impone verificar *ab initio*, de acuerdo con lo planteado al establecer el problema jurídico, cuál es el daño en el presente caso y si este se constituye en verdadero conocimiento (sic) (sic) cierto o eventual. Establecido lo anterior y de encontrarse verificada la existencia de un daño resarcible, se centrará la Sala en la posibilidad de imputarlo al ente público accionado.

4.1 El daño

Se alegó por los demandantes que el daño cuya reparación (sic) (sic) pretenden corresponde a la privación de la posibilidad de obtener, por la vía judicial escogida, el resarcimiento de los perjuicios que afirman les irrogó la conducta punible que denunciaron ante las autoridades, planteamiento que de entrada supone una disyuntiva, relativa a verificar si se trata de un daño cierto o de uno eventual, habida consideración de los resultados no conocidos del proceso penal, que en este caso particular culminó en la etapa investigativa, a favor del investigado, por prescripción de la acción.

Lo pretendido por los actores es el resarcimiento de aquello que presupuestaron obtener con ocasión de la demanda de parte civil incoada dentro del proceso penal, como reparación de los perjuicios que estimaron les ocasionó la conducta punible del denunciado, lo que corresponde a la expectativa económica que tenían en el referido asunto y que, sin duda, estaba sujeta a las condiciones propias del álea que entraña todo proceso judicial. Por supuesto, atendida la ausencia de decisión definitiva de la controversia, para la Sala es claro que no logró establecerse judicialmente la existencia del delito investigado, ni el detrimento patrimonial alegado y menos aún la obligación de repararlo a cargo del imputado, por lo que no es posible afirmar sin hesitación que de no haberse extinguido la acción, los accionantes habrían conseguido el pago de las sumas que ahora reclaman al Estado.

Nótese cómo la presunción de inocencia de quien obró como sindicado no logró desvirtuarse y, por ende, tampoco la existencia del punible que se le endilgó, ni la merma patrimonial de la firma denunciante, por lo que el carácter incierto de ese proceso judicial se mantuvo, máxime si se advierte que nunca superó la fase de la instrucción, por lo que no hubo lugar a resolución de las pretensiones civiles incoadas dentro de este.

Así aunque el demandante tenía la expectativa de obtener una reparación económica como parte civil dentro de un proceso penal, se trató de una simple esperanza o probabilidad que no puede calificarse como una expectativa legítima y jurídicamente protegida, por cuanto obtener la pretendida declaratoria judicial, corresponde a un hecho sometido siempre a probabilidades de ganancia o pérdida.

En esas condiciones, la posibilidad de obtener la reparación pecuniaria de la que afirman los demandantes se vieron privados, corresponde sin duda a una expectativa o esperanza sujeta a distintas circunstancias, que la Sala ha definido así⁷:

[L]as meras expectativas no son hechos objetivos, inequívocos y concluyentes, todo lo contrario, se tratan de “aquellas ilusiones de posiciones jurídicas que surgen de la percepción subjetiva de un individuo (...), esperanzas aleatorias que se basan en meras probabilidades (...), expectativas [que] emanan de la mente de un sujeto como consecuencia de la percepción íntima que éste tiene de su entorno jurídico y de las modificaciones que experimenta”⁸; en palabras de Josserand se trata de “simples esperanzas más o menos fundadas” como “situaciones de hecho más que situaciones jurídicas”, como “intereses que no están jurídicamente protegidos y que se asemejan mucho a los castillos en el aire”⁹; según la Corte Constitucional “no son más que una intención o una esperanza de obtener un resultado jurídico concreto”¹⁰, “aquellas probabilidades o esperanzas que se tienen de obtener algún día un derecho”, “situaciones jurídicas no consolidadas (...) en las que los supuestos fácticos para la adquisición del derecho no se han realizado”¹¹.

La declarada prescripción de la acción penal trajo aparejada la imposibilidad de que se resolvieran dentro del proceso penal las precisas pretensiones económicas planteadas por la firma actora como parte civil dentro del proceso penal, lo que hace parte de la *causa petendi* de la demanda y que podría enmarcarse dentro del concepto de pérdida de una oportunidad, se insiste, ante la patente ausencia de certeza sobre su posible vocación de prosperidad. Sin embargo, ello tampoco es posible, tal como pasa a explicarse:

⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de agosto de 2015, exp. 22637, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

⁸ VIANA CLEVES, María José, *El principio de confianza legítima en el derecho colombiano*, op.cit., p. 196.

⁹ JOSSEAND, Louis, *Derecho civil*, t. I, v. I, edit. Bosh, Buenos Aires, 1950-1951, pp. 77 y s. Citado por María José VIANA CLEVES, *El principio de confianza legítima en el derecho*, ibid., p. 197.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-147 del 19 de marzo de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-314 del 1º de abril de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Aunque en ocasiones la Sección se ha referido a la *perte d'une chance* como un daño en sí mismo considerado¹² y en otras, como un elemento para establecer la relación causal¹³, para esta Sala es claro que se trata de una categoría autónoma de daño, consistente en la privación de la posibilidad de recibir determinado beneficio.

En efecto, en la doctrina y la jurisprudencia se ha concebido la pérdida de oportunidad, bien como una modalidad autónoma de daño, o bien como una técnica de facilitación probatoria en los casos de incertidumbre causal, en los cuales resulte para la víctima una carga excesiva la demostración del nexo entre el daño que padece y la actuación de la entidad a la que se lo imputa y solo logre demostrar que dicha relación es probable, pero no cierta o segura. Frente a esa discusión teórica, la Sala se ha inclinado por la primera y ha adoptado el criterio conforme al cual la pérdida de oportunidad no es una herramienta para facilitar la prueba del nexo causal sino un daño autónomo, con identidad propia e independiente, que consiste en el quebrantamiento de un bien jurídico tutelado de recibir un beneficio o de evitar un riesgo.

La Sala, en sentencia de 11 de agosto de 2010¹⁴, consideró:

[L]a pérdida de oportunidad o pérdida de chance alude a todos aquellos eventos en los cuales una persona se encontraba en situación de poder conseguir un provecho, de obtener una ganancia o beneficio o de evitar una pérdida, pero ello fue definitivamente impedido por el hecho de otro sujeto, acontecer o conducta que genera, por consiguiente, la incertidumbre de saber si el efecto beneficioso se habría producido, o no, pero que al mismo tiempo da lugar a la certeza consistente en que se ha cercenado de modo irreversible una expectativa o una probabilidad de ventaja patrimonial¹⁵; dicha oportunidad perdida constituía, en sí misma, un interés jurídico que si bien no cabría catalogar como un auténtico derecho subjetivo, sin duda facultaba a quien lo ha visto salir de su patrimonio -material o inmaterial- para actuar en procura de o para

¹² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de febrero de 2000, exp. 11.878:

“(…) si bien no puede considerarse probada la relación de causalidad entre la actitud omisiva de la entidad demandante y la muerte del paciente, sí está claramente acreditada aquella que existe entre dicha actitud y la frustración de su chance sobrevenida (sic). Esta distinción es fundamental para enervar cualquier observación relativa a la laxitud en la prueba de la causalidad. Esta se encuentra totalmente acreditada respecto de un daño cierto y actual, que no es la muerte, sino la disminución de la probabilidad de sanar”.

¹³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de agosto de 2006, exp. 15772:

“En consecuencia, la pérdida de la oportunidad debe ser estudiada y definida desde la causalidad, como el elemento que permite imputar daños, a partir de la aplicación concreta de estadísticas y probabilidades en cuanto a las potencialidades de mejoramiento que tenía la persona frente a un determinado procedimiento u obligación médica que fue omitida o ejecutada tardíamente”.

¹⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 11 de agosto de 2010, exp. 18.593, C.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁵ MAYO, Jorge, “El concepto de pérdida de chance”, en *Enciclopedia de la responsabilidad civil. Tomo II*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 207.

esperar el acaecimiento del resultado que deseaba¹⁶, razón por la cual la antijurídica frustración de esa probabilidad debe generar para el afectado el derecho a alcanzar el correspondiente resarcimiento.

La pérdida de oportunidad constituye, entonces, una particular modalidad de daño caracterizada porque en ella coexisten un elemento de certeza y otro de incertidumbre: la certeza de que en caso de no haber mediado el hecho dañino el damnificado habría conservado la esperanza de obtener en el futuro una ganancia o de evitar una pérdida para su patrimonio y la incertidumbre, definitiva ya, en torno de si habiéndose mantenido la situación fáctica y/o jurídica que constituía presupuesto de la oportunidad, realmente la ganancia se habría obtenido o la pérdida se hubiere evitado; expuesto de otro modo, a pesar de la situación de incertidumbre, hay en este tipo de daño algo actual, cierto e indiscutible consistente en la efectiva pérdida de la probabilidad de lograr un beneficio o de evitar un detrimento... Esa probabilidad tenía un determinado valor, aunque difícil de justipreciar, que debe ser reparado¹⁷.

Entendido así el concepto de pérdida de oportunidad, resulta de gran relevancia distinguir entre el daño que consiste en la pérdida de la ganancia o la materialización del perjuicio que se pretendía evitar, y el daño que se produce por la pérdida de la probabilidad de obtener ese provecho o de eludir el detrimento, siendo claro que en estos eventos solo surge como indemnizable el segundo, que es en el que se enmarcará la decisión de la presente controversia.

La jurisprudencia de la Sección se ha valido de tres criterios para establecer la existencia de una pérdida de oportunidad como un verdadero daño antijurídico, cuales son¹⁸:

(i) Certeza respecto de la existencia de una oportunidad que se pierde, aunque la misma envuelva un componente aleatorio, lo cual significa que esta modalidad de daño da lugar a un resarcimiento a pesar de que el bien lesionado no tiene la entidad de un derecho subjetivo —pues se trata de un mero interés legítimo, de la frustración de una expectativa, sin que ello suponga que se trata de un daño puramente eventual—, siempre y cuando se acredite inequívocamente la existencia de ‘una esperanza en grado de probabilidad con certeza suficiente’¹⁹ de que de no haber ocurrido el evento

¹⁶ En esa dirección sostiene Zannoni que esta modalidad de daño “*lesiona un interés y, por ende, priva al sujeto de esa facultad de actuar, que aunque no constituyera el sustento de un derecho subjetivo, era una facultad que ciertamente, integraba la esfera de su actuar lícito —el acere licere, es decir de su actuar no reprobado por el derecho. La lesión de ese interés —cualquiera sea éste— produce en concreto un perjuicio*” (énfasis en el texto original). Cfr. ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, p. 36.

¹⁷ ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, *Resarcimiento de daños. Daños a las personas*, Hammurabi, Buenos Aires, 1990, p. 274, *apud* TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 30.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593. Reiteración en sentencia de 30 de enero de 2013, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, exp. 23769.

¹⁹ Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes²⁰;

(ii) Imposibilidad definitiva de obtener el provecho o de evitar el detrimento, vale decir, la probabilidad de obtener la ventaja debe haberse convertido en inexistente, pues si la consolidación del daño dependiera aún del futuro, se trataría de un perjuicio eventual e hipotético, no susceptible del reconocimiento de una indemnización que el porvenir podría convertir en indebida²¹; lo expuesto se antoja lógico en la medida en que si el resultado todavía puede ser alcanzado, el “chance” aún no estaría perdido y nada habría por indemnizar; por tanto, si bien se mantiene la incertidumbre respecto de si dicho resultado se iba a producir, o no, la probabilidad de percibir la ganancia o de evitar el perjuicio sí debe haber desaparecido definitivamente del patrimonio —material o inmaterial— del individuo porque dichos resultados ya no podrán ser alcanzados jamás.

Tal circunstancia es la que permite diferenciar la ‘pérdida de oportunidad’ del ‘lucro cesante’ como rubros diversos del daño, pues mientras que la primera constituye una pérdida de ganancia probable —dado que, según se ha visto, por su virtud habrán de indemnizarse las expectativas legítimas y fundadas de obtener unos beneficios o de evitar una pérdida que por razón del hecho dañoso nunca se sabrá si habrían de conseguirse, o no—, el segundo implica una pérdida de ganancia cierta —se dejan de percibir unos ingresos que ya se tenían²²—;

(iii) La víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, es decir que debe analizarse si el afectado realmente se hallaba, para el momento en el cual ocurre el hecho dañino, **en una situación tanto fáctica como jurídicamente idónea para alcanzar el provecho por el cual propugnaba, posición jurídica que ‘no existe cuando quien se pretende**

²⁰ Cita textual del fallo: A este respecto se ha sostenido que “... la chance u oportunidad, es una posibilidad concreta que existe para obtener un beneficio. El incierto es el beneficio pero la posibilidad de intervenir es concreta, pues existe de forma indiscutible. Por eso sostenemos que existe daño jurídicamente indemnizable cuando se impide esa oportunidad o esa chance: se presenta el daño... Las dificultades pueden presentarse en la evaluación, porque lógicamente ésa no puede ser la del beneficio que posiblemente se habría obtenido sino otra muy distinta” (énfasis añadido). Cfr. MARTÍNEZ RAVÉ, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina, *Responsabilidad civil extracontractual*, Temis, Bogotá, 2003, p. 260.

En similar sentido, Trigo Represas señala que “[E]n efecto, si la chance aparece no sólo como posible, sino como de muy probable y de efectiva ocurrencia, de no darse el hecho dañoso, entonces sí constituye un supuesto de daño resarcible, debiendo ser cuantificada en cuanto a la posibilidad de su realización y no al monto total reclamado.

La pérdida de chance es, pues, un daño cierto en grado de probabilidad; tal probabilidad es cierta y es lo que, por lo tanto, se indemniza (...) cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrada por el responsable, pudiendo valorársela en sí misma con prescindencia del resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad” (subrayas fuera del texto original). Cfr. TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 263.

²¹ HENAO, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, pp. 159-160.

²² Cita textual del fallo: Al respecto la doctrina afirma que “... ‘en el lucro cesante está ‘la convicción digamos más o menos absoluta de que determinada ganancia se produzca’, mientras que en la pérdida de chance hay ‘un álea que disminuye las posibilidades de obtenerla’, diríase que en el lucro cesante el reclamo se basa en una mayor intensidad en las probabilidades de haber obtenido esa ganancia que se da por descontado que de no haberse producido el hecho frustrante se habría alcanzado. Desde el prisma de lo cualitativo cabe señalar que el lucro cesante invariablemente habrá de consistir en una ganancia dejada de percibir, en tanto que la pérdida de chance puede estar configurada por una ganancia frustrada y además por la frustración de una posibilidad de evitar un perjuicio’”. Cfr. VERGARA, Leandro, *Pérdida de chance. Noción conceptual. Algunas precisiones*, LL, 1995-D-78, N° 3, apud TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance*, cit., p. 262.

*damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida*²³.

En el presente evento, la Sala encuentra que (i) de no haber operado la prescripción de la acción penal, los demandantes habrían continuado a la espera del posible resultado favorable a sus pretensiones, que aunque dependía de la demostración de la responsabilidad del imputado y de la efectiva acreditación de la causación de los perjuicios cuya reparación pretendían, constituían una expectativa o posibilidad legítima. De igual manera, que los accionantes ejercieron todas las acciones a su alcance para promover el proceso penal y la acción civil dentro de este, pues constan en el proceso, la presentación de la denuncia penal, la demanda de parte civil y las múltiples actuaciones que realizaron en procura de sus pretensiones.

De igual manera (ii), al optar por la acción civil dentro del proceso penal, se sujetó la firma actora al término de prescripción de la acción penal, en los términos del artículo 108 del Código Penal vigente en la época de los hechos (Ley 100 de 1980), que prevé:

ARTICULO 108. PRESCRIPCION DE LA ACCION CIVIL. La acción civil proveniente del delito prescribe en veinte (20) años si se ejercita independientemente del proceso penal y en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal, si se adelanta dentro de éste.

Por su parte, también prevé el Código Civil que la acción civil proveniente del delito prescriben en los términos de la legislación penal para la prescripción de la pena:

ARTICULO 2358. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPARACIÓN. Las acciones para la reparación del daño proveniente de delito o culpa que puedan ejercitarse contra los que sean punibles por el delito o la culpa, se prescriben dentro de los términos señalados en el Código Penal para la prescripción de la pena principal.

Tratándose, como lo fue de la pretendida responsabilidad derivada del delito, la prescripción de la acción penal afectó en forma definitiva la posibilidad obtener pronunciamiento judicial sobre las pretensiones de responsabilidad civil del investigado dentro de la causa adelantada por el delito de hurto.

²³ Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

Sin embargo, no es posible afirmar (iii) que el actor se encontraba en una situación potencialmente apta para acceder a lo pretendido en su demanda, pues lo acreditado en el proceso es lo contrario, por cuenta de la decisión de preclusión de la investigación que tuvo lugar en primera instancia, de acuerdo con la cual no se advirtió evidencia de la existencia de un delito que pudiera imputarse al investigado, pues las evidencias recaudadas dieron cuenta de que era el propio denunciante quien se encargaba directamente de la adquisición de materiales para la obra y autorizaba las transacciones de compra de los mismos, escenario probatorio con base en el cual debía decidirse la apelación contra el auto de preclusión. De igual manera se advierte que tampoco lograron establecerse desde el punto de vista técnico y pese al gran esfuerzo probatorio adelantado, las presuntas diferencias entre los materiales efectivamente requeridos para la obra y los adquiridos por el denunciado, por lo que la investigación, hasta donde logró avanzar, no daba real cuenta de la existencia de un punible, lo que llevó al Fiscal *a quo* a precluir la investigación.

Por supuesto, en ausencia (sic) (sic) de delito, las pretensiones económicas de la parte civil no tenían una vocación de idoneidad que les permitiera prosperar (sic) (sic) esto es, bajo el panorama de la investigación, no se encuentra que la situación del actor fuera potencialmente apta la obtención del resarcimiento económico que afirma haber perdido con ocasión de la prescripción de la acción penal, requisito indispensable para que pueda entenderse la existencia de un daño asimilable a una oportunidad real, cierta y plausible perdida.

En cuanto a este tercer presupuesto, la Sala estima que la potencial aptitud para acceder a lo pretendido, que justifica la existencia de una verdadera pérdida de oportunidad, no es otra cosa que la existencia real de la oportunidad, que debe aparecer plenamente demostrada, para cuya configuración no basta, en casos en que se debate la responsabilidad de la administración de justicia, el simple hecho de haber acudido a los jueces en procura de una determinada pretensión, sino que deben demostrarse las reales probabilidades de éxito de las mismas, lo que no tuvo lugar en el *sub lite*.

Dichos criterios fueron reiterados por la Sala en un caso análogo, en el que la acción penal, promovida por un profesional del derecho por el delito de falso

testimonio contra quienes declararon en su contra en un proceso disciplinario que se le adelantó, prescribió. En dicho evento se sostuvo²⁴:

[E]l actor no se encontraba en una posición tanto fáctica como jurídica cierta para recibir o alcanzar un beneficio de reparación, pues no se puede pretender que por el solo hecho de denunciar una conducta punible, los supuestos fácticos ya están decantados.

13.13. Así las cosas, no es posible afirmar que se habría producido una condena en contra de los encartados por el delito de falso testimonio de no haber operado la prescripción de la acción penal y, menos aún, como lo hace ver el actor, que con base en esta hipotética condena penal, el juez disciplinario hubiere revisado o cambiado su decisión, máxime cuando está probado que la investigación penal y el proceso disciplinario fueron adelantados en tiempos distintos, en circunstancias fácticas diferentes y bajo criterios de juicio completamente independientes.

No obstante, lo que sí aparece evidente en el *sub lite* es que los actores no tuvieron acceso a un recurso judicial efectivo, en el entendido que se vieron privados de la posibilidad de obtener decisión definitiva y de fondo frente a la controversia que llevaron al conocimiento de la justicia; esto es, aunque contaron con la posibilidad de acudir a las instancias correspondientes en procura de la decisión de una controversia, esta no fue resuelta en forma definitiva por razón de la prescripción de la acción penal.

Sin duda, esa situación generó para los demandantes una afectación al derecho constitucional y convencionalmente protegido a acceder a la administración de justicia, no como la posibilidad meramente nominal de hacerlo, sino bajo la connotación de que esa garantía conlleva el derecho a que el asunto sea decidido de manera definitiva. En efecto, *“lo verdaderamente importante es que una vez el administrado, en ejercicio del derecho de acción que le asiste, opere el aparato judicial, obtenga un pronunciamiento de fondo que resuelva las pretensiones planteadas de conformidad con las normas vigentes”*²⁵ y no la simple posibilidad formal de llevar su caso ante los jueces.

²⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de agosto de 2014, exp. 34251, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

²⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Sentencia del 01 de febrero de 2011, Rad. 2008472. M.P. Luis Rafael Vergara Quintero.

Sobre el alcance de dicha garantía se ha pronunciado la subsección en los siguientes términos²⁶:

Así, la administración de justicia, al no evitar la prescripción de la acción penal, violó las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos y de la Constitución de 1991 que enmarcan la garantía del derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. De la Convención violó los artículos 8. 1 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) y de la Constitución de 1991 vulneró los artículos 228 (finalidad de la función de administración de justicia) y 229 (derecho de acceso a la administración de justicia).

El artículo 8.1 de la Convención Americana dispone:

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

El artículo 25 del citado instrumento indica:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

El artículo 228 de la Constitución de 1991

Artículo 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 diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo.*

Y El artículo 229 de la Constitución de 1991 reza

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 29 de abril de 2015, exp25.327, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Artículo 229. *Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado.*

Respecto a la protección del derecho a una tutela judicial efectiva contemplada en los artículos 8.1 y 25, la Corte Interamericana, intérprete auténtico de la Convención Americana, ha señalado que “las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana requieren de los Estados Partes la pronta adopción de providencias de toda índole para que nadie sea sustraído del derecho a la protección judicial, consagrada en el artículo 25 de la Convención Americana”²⁷.

En este caso, el actor no logró obtener decisión de la justicia sobre la posible responsabilidad penal de su denunciado y, por contera, tampoco frente a la demanda de parte civil promovida por él dentro del mismo proceso, falta de resolución del asunto que conllevó una transgresión al derecho a la tutela judicial efectiva y, por su intermedio a la verdad que buscaba establecer mediante este, con independencia de que hubiera sido o no favorable a sus intereses.

En esas condiciones, se insiste, aunque el daño alegado por los actores deviene en meramente eventual, si se precisa como la pérdida de las pretensiones económicas no resueltas, la imposibilidad de obtener su decisión definitiva sí corresponde a un daño cierto que el actor no tenía el deber jurídico de soportar, por cuanto el ordenamiento jurídico le garantiza que el asunto llevado al conocimiento de la justicia debe ser resuelto de fondo, máxime tratándose de un asunto penal que conlleva el establecimiento de las reales condiciones del caso, cuestión que va de la mano con el derecho de la víctima a la verdad.

Por ello, la Sala ha resaltado que la imposibilidad de obtener resolución judicial del caso por prescripción de la acción penal constituye un daño, entendido como la transgresión a un derecho constitucional y convencionalmente amparado, que el ciudadano no tiene el deber jurídico de soportar, pues le asiste derecho a que su controversia sea resuelta dentro de las oportunidades legales, cuando el no hacerlo tiene la posibilidad de impedir la resolución de fondo del asunto.

En esas condiciones sí se acreditó un daño antijurídico padecido por la actora, consistente en la privación del derecho a la tutela judicial efectiva dentro de la

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Bulacio Vs. Argentina*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

investigación que promovió por el delito de hurto y la demanda de parte civil que presentó dentro de dicho trámite, único sobre el cual se realizará el juicio de imputación, habiendo quedado demostrado el carácter eventual del consistente en la pérdida económica del valor de las pretensiones contenidas en la demanda de constitución de parte civil.

No ocurrió lo mismo frente al punible de fraude procesal, del que la última actuación conocida es la resolución de acusación proferida contra el denunciado, por lo que no hay certeza probatoria sobre su final resultado, esto es, no se conoce si se vio afectada o no por prescripción, por lo que el daño se circunscribe a la afectación de la garantía a la tutela judicial efectiva en el proceso penal que se adelantó en forma separada por el punible de hurto.

4.2. Imputación

No hay duda de que lo alegado en el proceso corresponde a la presunta conducta negligente de la Fiscalía en el curso de la investigación a su cargo, que derivó en la prescripción de la acción penal, lo que configuró en el presente caso, a juicio de los actores, un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, hipótesis de responsabilidad del estado prevista en el artículo 69 de la ley 270 de 1996.

De tiempo atrás, la Corporación ha indicado que para verificar si existió un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, por la presunta dilación injustificada de un proceso, debe considerarse *“si ese retardo estuvo o no justificado, conclusión a la cual se llegará luego de señalar la complejidad del asunto, el comportamiento del recurrente, la forma como haya sido llevado el caso, el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento y los estándares de funcionamiento, que no están referidos a los términos que se señalan en la ley, sino al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora”*²⁸.

Estas consideraciones van en consonancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respecto al alcance del artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto ha señalado que

²⁸ Consejo de Estado, Subsección B, Sentencia del 30 de octubre de 2013, Rad. 30495.M.P. Stella Conto Díaz del castillo.

para determinar si un Estado parte ha infringido la garantía judicial a un plazo razonable deben analizarse los siguientes criterios: El marco temporal del proceso (i); la complejidad del asunto (ii); la actividad procesal del interesado (iii); conducta de las autoridades (iv) y afectación jurídica de la parte interesada (v)²⁹.

Así, para el análisis de la imputación, deberá verificarse entonces si se incurrió dentro del curso de la investigación en irregularidades de tal magnitud que determinaron, por razón del actuar injustificado estatal, la prescripción de la acción penal.

(i) Para ello se aprecia como primer punto fundamental el hecho alegado por la apelante consistente en que, según quedó reconocido en la denuncia penal presentada, los hechos constitutivos del presunto delito denunciado ocurrieron entre diciembre de 1987 y octubre de 1988, cuando se culminó la construcción del edificio El Tamarindo. Por su parte, la denuncia fue promovida el 12 de abril de 1993, esto es, cuatro años y medio después de terminado el objeto de la sociedad de hecho que tuvo como fin la construcción del proyecto inmobiliario.

También se verifica que según lo referido por la justicia penal al decretar la prescripción de la acción, el término de esta, en términos de la legislación vigente y de acuerdo al punible investigado, era de nueve años (fl. 241, c. 5)³⁰, de donde surge impetuosa una primera conclusión para la resolución del caso, relativa a que el 50% del término de prescripción de la acción corrió sin que la justicia tuviera conocimiento de los hechos, el que solo tuvo a partir de abril de 1993.

(ii) El análisis de las incidencias procesales permite una segunda conclusión, correspondiente a que no es cierta la imputación de la demanda relativa a la presunta negativa sistemática y constante de la Fiscalía de denegar las pruebas solicitadas por la parte civil o de imponer trabas para su práctica. Lo que evidencia el análisis detenido de las piezas del proceso penal es que, contrario a ello, el ente investigador se ocupó de resolver, en tiempos razonables, las

²⁹ Corte Interamericana de Derechos humanos, caso *Furlan y familiares vs. Argentina*, sentencia del 31 de agosto de 2012. Párrafo 152. Estos criterios también han sido tenidos en cuenta por la Corte Europea de Derechos Humanos que ha establecido que el carácter razonable de la duración de un proceso se aprecia según las circunstancias particulares del asunto y frente a tres criterios: la complejidad del asunto, el comportamiento del interesado, el comportamiento de las autoridades nacionales (particularmente las autoridades judiciales), teniendo en cuenta el contexto político y social. Ver Caso Pretto contra Italia, del 08 de diciembre de 1983, citado por Frederic Sudre en *Droit europeen et international des droits de l'homme*. Ed. Presses Universitaires de France. 10 edition, Paris 2011, p. 452

³⁰ Ver numeral 3.27 del análisis de pruebas

peticiones de pruebas de la parte civil, accedió a su práctica en la mayoría de los eventos y estas se practicaron. Aunque también se denegaron algunas solicitudes de la parte, ello ocurrió en tiempos razonables y se garantizaron los recursos legales contra tales determinaciones, tal como se aprecia del análisis de los numerales 3.2. a 3.11., que dan cuenta de la incidencia procesal ocurrida entre el 26 de mayo de 1993 y el 15 de noviembre de 1994, interregno en el que el proceso penal se desarrolló en forma ágil, tuvo decreto de múltiples pruebas, se practicaron y se resolvieron en forma ágil las peticiones de los sujetos procesales.

(iii) Aunque el 15 de noviembre de 1994 la Fiscalía 38 Delegada, a cuyo cargo estuvo la investigación de los referidos hechos, advirtió que la conducta de fraude procesal no había sido investigada, ni sobre ella se inquirió al sindicado en su indagatoria, dicha irregularidad fue subsanada de inmediato por la Fiscalía al disponer la ruptura de la unidad procesal, lo que generó una nueva investigación por dicho punible, la que además se tiene probado sí culminó con acusación contra el sindicado, aunque se desconoce probatoriamente el resultado de la etapa de juzgamiento. Y, si bien dicha decisión fue apelada, la resolución del asunto tuvo lugar el 10 de marzo de 1995, esto es, dentro de un término prudencial, por lo que no puede afirmarse que esa irregularidad devino en una mora excesiva en el trámite del proceso.

Nótese además que de los resultados del proceso penal por fraude solo se conoce que culminó con resolución de acusación y no aportaron prueba de lo ocurrido en el juicio, proceso en el que fungía como parte civil la firma actora (fl. 42, c. 9). De tal manera, frente a las pretensiones allí planteadas no se acreditó daño alguno como se afirmó en el acápite correspondiente.

(iv) Las diligencias también dan cuenta de varios intentos de la Fiscalía tendientes a disponer el cierre de la investigación, en los que adujo vencimiento de términos, los que se vieron frustrados por la legítima solicitud de la parte civil tendiente a obtener la práctica de otras pruebas de cargo. Es claro que se trató de un caso probatoriamente complejo, dentro del que las partes, con el fin de hacer valer sus respectivos derechos, solicitaron un gran número de pruebas que requerían ser evacuadas. Se suscitó debate entre las partes en relación con ello, que determinó la necesidad de resolver diversos recursos, cuya interposición no se cuestiona, pero que prolongaron la duración del trámite.

(v) El análisis probatorio da cuenta de diversos recursos que debió resolver la Fiscalía dentro del trámite del proceso, derivados precisamente del recaudo probatorio y de la intención de disponer el cierre de la indagación por vencimiento de términos.

(vi) Hasta mayo de 1995, la Fiscalía se ocupó en forma diligente del recaudo probatorio y se advierte que se practicaron las inspecciones judiciales con intervención de expertos de distintas especialidades solicitadas todas ellas por la parte civil. Aunque en ese momento el Fiscal *a quo* insistió en no cerrar la investigación, su superior funcional dispuso el cierre de la instrucción al conocer del asunto y se surtieron una serie de recursos de los sujetos procesales que se resolvieron entre mayo y octubre de 1995, en tiempos también razonables.

(vii) El 23 de noviembre de 1995, cuando debía calificar la instrucción, el Fiscal *a quo* declaró la nulidad de lo actuado (fl. 576, c. 5) y remitió las diligencias a una Inspección de Policía. No obstante, esa decisión fue apelada por la defensa y la parte civil y revocada el 5 de octubre de 1996 (fl. 165, c. 5) por la Fiscalía Quinta Delegada ante el Tribunal Superior de Cartagena, que le ordenó al Fiscal seguir adelante con la investigación.

Lo expuesto obedeció entonces a los efectos de una providencia judicial que fue corregida por el superior funcional por virtud de los recursos previstos en la ley para tal fin, de modo que no puede servir de sustento a un posible defectuoso funcionamiento del aparato jurisdiccional, ni tampoco de un error judicial, por tratarse de una decisión que nunca alcanzó firmeza y, por el contrario, fue rectificada por virtud del recurso ejercido, dentro de los límites temporales de la acción, esto es, no dio lugar, por sí misma a la configuración del fenómeno de la prescripción.

(viii) La calificación del mérito de la investigación se produjo inmediatamente después, el 20 de noviembre de 1996, con preclusión a favor del sindicato, lo que provocó la apelación de esa determinación por la parte civil. Y es en la decisión de este recurso donde sí aprecia la Sala la configuración de un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia que permite imputar el daño a la Nación – Fiscalía General de la Nación, pues está acreditado que en julio de 1999 aún no había decisión sobre el recurso, lo que provocó el cambio de radicación del proceso a instancia de la parte civil, el que una vez ejecutado dio lugar a la

resolución de prescripción de 9 de diciembre de 1999 (fl. 241, c. 5), la que operó desde noviembre de 1997 según lo declaró la Fiscalía.

De los numerales que anteceden concluye la Sala que aunque la indagación a cargo de la Fiscalía fue oportuna en los demás aspectos y sus demoras correspondieron a la complejidad probatoria del caso, la excesiva e injustificada mora en resolver la apelación contra la preclusión de la investigación fue la que privó al actor de que su asunto fuera decidido de fondo, pues la providencia apelada fue proferida el 20 de noviembre de 1996, cuando aún restaba un año para que operara la prescripción según lo finalmente resuelto por el ente investigador, de acuerdo con lo cual ello tuvo lugar en noviembre de 1997, de modo tal que la eventual adopción de la decisión dentro de un término razonable habría permitido conocer una decisión de fondo, esto es, no derivada de la extinción de la posibilidad de ejercer la acción penal por prescripción.

Por ende, a pesar de la demora en la presentación de la denuncia que se le achaca al actor y de la acreditada complejidad probatoria del caso, está demostrado que era posible tramitar el asunto hasta su decisión definitiva y así no ocurrió con ocasión de la mora injustificada del ente investigador al resolver el recurso de apelación contra la providencia calificatoria, lo que permite imputar el daño padecido por el demandante a la demandada.

Nótese como aunque sí existió demora en denunciar, el asunto llegó a conocimiento del ente investigador con tiempo suficiente para adelantar la instrucción del caso, por lo que la ocurrencia de la prescripción no puede imputarse a la actuación del denunciante, quien además estaba en su legítimo derecho de propender por el recaudo del material probatorio que consideró pertinente y conducente para la indagación. Por el contrario, la Fiscalía no demostró la existencia de una justificación válida para haber demorado más de tres años la decisión del recurso de apelación contra la resolución de preclusión, demora que agotó el término con que contaba el Estado para adelantar la acción penal y que dejó al demandante en imposibilidad de obtener la decisión final del asunto, se insiste, con independencia de su sentido.

De acuerdo con lo anterior, es posible afirmar que la prescripción de la acción operó por violación de la garantía a la resolución judicial del asunto en un plazo razonable, lo que hace imputable el daño padecido por el demandante a la Nación.

Por supuesto, el plazo razonable era aquel dentro del cual era posible que el Estado continuara ejerciendo su poder punitivo, esto es, el de prescripción de la acción penal.

Así las cosas, el daño, entendido como la privación del derecho a la tutela judicial efectiva de la víctima, es imputable a la demandada, a cuyo cargo estuvo la demora que dio lugar a la imposibilidad de proseguir con el ejercicio del *ius puniendi*.

Aunque el fallo de primera instancia es condenatorio, sin duda se impone su modificación, en los términos ya referidos, para precisar cuál es el daño sobre el que se imputa a la demandada. A este respecto es necesario señalar que ni la demanda, ni el recurso, ni aún la garantía de *reformatio in pejus*, constituyen limitantes para el reconocimiento de la transgresión a la garantía constitucionalmente amparada y que fue violentada en el *sub lite*, pues advertida como está en el plenario, es deber del juez velar por que esta sea reparada, a lo que no pueden imponerse limitantes de orden procesal³¹.

5. Indemnización de perjuicios

Por supuesto, la reparación de la transgresión a la garantía constitucional y convencionalmente amparada, no trae consigo el restablecimiento material pretendido y reconocido en primera instancia, pues es claro que este no puede repararse bajo la condición de tratarse de un daño meramente eventual como quedó precisado a lo largo de la presente decisión.

La jurisprudencia de la Sección ha precisado que la reparación de este tipo de perjuicios debe realizarse, siempre que sea posible, a través de medidas de restitución *in natura*, que restablezcan en la medida de lo posible el derecho afectado, en aras de obtener su reparación integral.

En sentencia de unificación de 14 de septiembre de 2011³², se sostuvo que las afectaciones a bienes o derechos constitucional o convencionalmente deben ser

³¹ Ver: Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 15 de abril de 2015, exp. 30860, M.P. Hernán Andrade Rincón (E).

³² Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena del 14 de septiembre de 2011, exp. 19031 y 38222, M.P. Enrique Gil Botero.

reconocidos como una tercera categoría de daños inmateriales autónomos. Bajo esta óptica, se sistematizó en su momento de la siguiente manera:

La tipología del perjuicio inmaterial se puede sistematizar de la siguiente manera: i) perjuicio moral; ii) daño a la salud (perjuicio fisiológico o biológico); iii) cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional, jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de “daño corporal o afectación a la integridad psicofísica” y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v.gr. el derecho al buen nombre, al honor o a la honra; el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta Corporación.

En reciente decisión de unificación³³, la Sección Tercera de esta Corporación precisó las características del daño a bienes o derecho convencional y constitucionalmente amparados como una nueva categoría autónoma de daño inmaterial, en los siguientes términos:

i) Es un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas: sus causas emanan de vulneraciones o afectaciones a bienes o derechos constitucionales y convencionales. Por lo tanto, es una nueva categoría de daño inmaterial.

ii) Se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales y convencionales.

iii) Es un daño autónomo: no depende de otras categorías de daños, porque no está condicionado a la configuración de otros tradicionalmente reconocidos, como los perjuicios materiales, el daño a la salud y el daño moral, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos, ya que su concreción se realiza mediante presupuestos de configuración propios, que se comprueban o acreditan en cada situación fáctica particular.

iv) La vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva: los efectos del daño se manifiestan en el tiempo, de acuerdo al grado de intensidad de la afectación, esto es, el impedimento para la víctima directa e indirecta de gozar y disfrutar plena y legítimamente de sus derechos constitucionales y convencionales.

En el mismo pronunciamiento precisó la Sección que los objetivos de la reparación de esa categoría autónoma de daño son: el restablecimiento pleno de los derechos de las víctimas, su restitución más aproximada al *statuo quo ante*, las

³³ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de Sala Plena de 28 de agosto de 2014, exp. 32.988, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

garantías de no repetición y la búsqueda de la realización efectiva de la igualdad sustancial. También se precisó que el resarcimiento de esas garantías puede tener lugar aún en forma oficiosa y que deben privilegiarse, en cuanto resulte posible, las medidas de carácter no pecuniario, entre otros aspectos relevantes que a continuación se transcriben:

i) El objetivo de reparar este daño es el de restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos. La reparación de la víctima está orientada a: (a) restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; (b) lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas, pueda volver a disfrutar de sus derechos, en lo posible en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; (c) propender para que en el futuro la vulneración o afectación a bienes o derechos constitucionales y convencionales no tengan lugar; y (d) buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

ii) La reparación del daño es dispositiva: si bien las medidas de reparación de este tipo de daños pueden serlo a petición de parte, también operan de oficio, siempre y cuando aparezca acreditada su existencia.

iii) La legitimación de las víctimas del daño: se reconoce a la víctima directa de la lesión como a su núcleo familiar más cercano, esto es, cónyuge o compañero (a) permanente y los parientes hasta el 1º de consanguinidad, incluida la relación familiar biológica, la civil derivada de la adopción y aquellas denominadas "de crianza", en atención a las relaciones de solidaridad y afecto que se presumen entre ellos.

iv) Es un daño que se repara principalmente a través de medidas de carácter no pecuniario: se privilegian por excelencia las medidas reparatorias no indemnizatorias; sin embargo, en casos excepcionales cuya reparación integral, a consideración del juez, no sean suficientes, pertinentes, oportunas o posibles podrá otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 SMLMV, si fuere el caso, siempre y cuando la indemnización no hubiere sido reconocida con fundamento en el daño a la salud. Ese quantum deberá motivarse por el juez y ser proporcional a la intensidad del daño y/o la naturaleza del bien o derecho afectado.

v) Es un daño que requiere de un presupuesto de declaración: debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables al mismo, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso, de tal manera que el Estado ejecute el debitum iuris. Las medidas de reparación integral operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, todo con el propósito de restablecer la dignidad de las víctimas, reprobando las relevantes violaciones a los derechos humanos y concretar las medidas de garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional.

vi) Es un daño frente al cual se confirme el rol del juez de responsabilidad extracontractual como reparador integral de derechos vulnerados, sin desconocer que las indemnizaciones que tradicionalmente han venido siendo reconocidas impactan directa o indirectamente en los derechos de las víctimas; sin embargo, en tratándose de vulneraciones o afectaciones relevantes a derechos constitucional y convencionalmente amparados, se impone la necesidad de que el juez acuda a otras medidas, con el fin de reparar plenamente a las víctimas.

En efecto, sería lo ideal poder reparar la transgresión a la garantía constitucional vulnerada mediante medidas de carácter no pecuniario que pudieran derivar en un restablecimiento material del derecho al recurso judicial efectivo del demandante. Sin embargo, se aprecia que ante la evidente extinción de la posibilidad de ejercer la acción penal, según lo estableció con carácter definitivo la justicia penal, no existe medida idónea para resarcir a la víctima, por lo que se impone aplicar una reparación pecuniaria, se insiste, ante la inexistencia de alguna medida restaurativa que permita indemnizar el daño en su forma natural y plena.

En efecto, la prescripción opera a favor del sindicado, por lo que una vez configurada se mantiene incólume su presunción de inocencia y no es posible reabrir el debate sobre su eventual responsabilidad, de modo tal que no le es posible a la Sala disponer una reparación no pecuniaria del daño padecido por la actora.

La decisión de unificación antes citada estableció un baremo de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la reparación del referido daño, aplicable a aquellos eventos de mayor gravedad. Tratándose del daño producido como consecuencia de la afectación específica al derecho al acceso a la administración de justicia cuando se ve afectado por la prescripción extintiva, se ha estimado que la indemnización corresponda a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales³⁴, por lo que se considera justo y equitativo aplicar ese mismo criterio a casos similares. Debe tenerse en cuenta que el referido daño solo se ha de reconocer a favor de la víctima directa, que en este caso es la sociedad actora, que a su vez fungió como demandante y parte civil en la acción penal prescrita.

De este modo, se reconocerá a favor de la sociedad que promovió el proceso penal y la correspondiente demanda de parte civil, Hernando Holguín M y Cia

³⁴ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 19 de abril de 2015, exp. 25327, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Ltda., una indemnización equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes en la época de ejecutoria de la sentencia, por ser esta la titular del derecho transgredido. Por supuesto, como persona jurídica, la referida sociedad es titular del derecho afectado, por lo que ha de ser la única destinataria de la indemnización. Las demás pretensiones se denegarán.

5. Costas

No hay lugar a la imposición de costas, debido a que no se evidencia en el caso concreto actuación temeraria de ninguna de las partes, condición exigida por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998 para que se proceda de esta forma.

III. DECISIÓN

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 y por autoridad de la constitución y la ley,

FALLA

MODIFICAR la sentencia de 2 de abril de 2009, por medio de la cual el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión No. 2, accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda, cuya parte resolutive quedará así:

PRIMERO. DECLARAR probada, de oficio, la excepción de falta de legitimación en la causa por activa de: Guadalupe Fortich Fortich, Ana Lucía Holguín Fotich y Tania Holguín Fotich.

SEGUNDO. DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa pasiva de la Nación, en cuanto compareció representada por el Ministerio de Hacienda y la Rama Judicial.

TERCERO. DECLARAR administrativa y extracontractualmente a la Nación –Fiscalía General de la Nación, de los daños antijurídicos derivados de la prescripción de la acción penal promovida por la firma Hernando Holguín y Cia. Ltda. en contra del señor Eduardo García Landínez.

CUARTO. CONDENAR a la Nación – Fiscalía General de la Nación, a pagar a la sociedad Hernando Holguín M y Cia. Ltda. el equivalente a cuarenta (40) salarios mínimos legales mensuales vigentes, como indemnización por el daño producido por la transgresión al derecho constitucional y convencionalmente amparado al acceso a la administración de justicia mediante un recurso judicial efectivo.

QUINTO. NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO. Sin costas.

SÉPTIMO. En firme esta providencia devuélvase el expediente a la Corporación de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

STELLA CONTO DÍAZ DEL CASTILLO DANILO ROJAS BETANCOURTH

Presidenta

Magistrado

RAMIRO PAZOS GUERRERO

Magistrado Ponente