

CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN TERCERA
SUBSECCIÓN A

Consejera ponente: MARÍA ADRIANA MARÍN

Bogotá D.C., doce (12) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

Radicación número: 76001-23-31-000-2009-00517-01(43826)

Actor: COOPERATIVA MULTIACTIVA DE APOORTE Y CRÉDITO SOLIDARIOS

Demandado: NACIÓN – RAMA JUDICIAL

Referencia: ACCIÓN DE REPARACIÓN DIRECTA

Temas: PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - pérdida de oportunidad de la parte civil de obtener indemnización de perjuicios en proceso penal - DAÑO ANTIJURÍDICO – hay certeza del daño - la parte civil no puede acudir ante la jurisdicción civil y obtener una sentencia de fondo / RÉGIMEN SUBJETIVO DE RESPONSABILIDAD - DEFECTUOSO FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – Mora judicial / Carga de la prueba.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 29 de julio de 2011 por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. SÍNTESIS DEL CASO

La Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario resultó afectada por el gerente de la misma cuando suscribió varios contratos que no estaban relacionados con su objeto social y con los cuales, aparentemente, habría favorecido a terceros. Como consecuencia de ese hecho, se adelantó un proceso penal en su contra por el delito de abuso de confianza agravada y calificada. A la investigación se vincularon otras personas, quienes estaban involucradas en los negocios jurídicos irregulares. Dicho sumario culminó por la declaratoria del fenómeno de la prescripción de la acción penal. Esta

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

circunstancia impidió a la sociedad afectada por la comisión del punible -parte civil- obtener la reparación de perjuicios dentro de ese proceso.

I. ANTECEDENTES

1.- La demanda

Mediante demanda presentada el 30 de abril de 2009 (fls. 146 - 159 c. 1), la Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario, por conducto de apoderado judicial (fls. 1 - 2 c. 1), en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitó que se declarara patrimonialmente responsable a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de Administración Judicial-, por los perjuicios de orden moral y material que, afirmó, le fueron irrogados como consecuencia del "retardo injustificado" de un proceso penal que finalizó por prescripción de la acción penal y en el cual se había constituido como parte civil.

En concreto, la demandante solicitó que se efectuaran las siguientes declaraciones y condenas:

PRIMERO: Declarar que la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de la (sic) Administración Judicial, es administrativamente responsable por los perjuicios causados a la Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario, con ocasión del retardo injustificado en el proferimiento (sic) oportuno de sentencia judicial, por parte del Juzgado 2 Penal del Circuito de Cali, lo cual generó la declaratoria de prescripción de la acción penal, del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali-Sala Penal.

SEGUNDA: Como consecuencia de la declaración anterior condenar a la Nación-Rama Judicial-Dirección Ejecutiva de la (sic) Administración Judicial, a pagar perjuicios materiales causados, por el siguiente concepto: Daño emergente: la suma de seiscientos un millones novecientos cuarenta y seis mil quinientos noventa pesos (\$601'946.590), causado ante el retardo del proferimiento (sic) del fallo judicial por parte del Juzgado 2 Penal del Circuito de Cali, lo cual se desató en la prescripción de la acción penal. Perjuicio material probado y tasado en el proceso penal y para efectos de esta demanda con dictamen contable No. 4300-6-01725 del 12 de abril de 2007, suscrito por el profesional universitario cod. 4916 de la Fiscalía General de la Nación-Armando Solano.

TERCERA: La condena respectiva será actualizada de conformidad con lo previsto en el artículo 178 del C.C.A., aplicando en la liquidación la variación promedio mensual del índice de precios al consumidor, desde la fecha de

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
 Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
 Demandado: Nación-Rama Judicial
 Referencia: Acción de Reparación Directa

ocurrencia de los hechos hasta la de ejecutoria del correspondiente fallo definitivo.

CUARTA: La parte demandada dará cumplimiento a la sentencia, en los términos de los artículos 176 y 177 del C.C.A.

Como fundamentos fácticos de la demanda se narró lo siguiente:

La señora Myriam Ayala de Jordán denunció a los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladys Constanza Vargas Ortiz, como miembros de la "Cooperativa Solidarios", por las irregularidades presentadas en la celebración de algunos contratos que, posteriormente, conllevaron a la intervención de la Superintendencia Bancaria, su liquidación y la cesación de pago de los ahorradores en agosto de 1998.

En sentencia de 25 de marzo de 2008, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali condenó penalmente a los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladys Constanza Vargas Ortiz por el delito de abuso de confianza calificado y agravado; así como, al pago de \$601'946.590 a favor de la "Cooperativa Financiera Solidarios"¹.

Inconformes con la anterior decisión, ambas partes apelaron la providencia, pero, en sentencia de 24 de junio de 2008, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca declaró la prescripción de la acción penal y ordenó cesar el procedimiento en contra de los procesados.

La parte demandante atribuyó a la demandada la responsabilidad por falla en el servicio derivada de la declaratoria de prescripción de la acción penal y la consecuente pérdida, en su condición de parte civil en ese proceso, de las sumas reconocidas, por perjuicios morales, por el Juzgado Penal del Circuito de Fusagasugá, en primera instancia.

¹ Como mas adelante se aclarará esta sociedad cambió su denominación a la "Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario".

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

2.- El trámite de primera instancia

Mediante auto de 11 de mayo de 2009 (fls. 162 - 163 c. 1), el Tribunal *a quo* avocó conocimiento y admitió la demanda, la cual se notificó en debida forma a la entidad demandada y al Ministerio Público (fls. 163 y 166 c. 1).

La Rama Judicial contestó la demanda oportunamente y se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que el daño no estaba debidamente probado, porque estaba fundado en una *"mera expectativa"*, ya que se había declarado la prescripción de la acción penal. Además, mencionó que actuó dentro del marco legal aplicable al proceso penal y, por el contrario, la parte actora no probó el retardo injustificado en el que se fundaba su petición indemnizatoria. Finalmente, precisó que no existía el *"título jurídico de imputación"*, toda vez que no se probó la actuación arbitraria de los funcionarios judiciales que tramitaron el proceso penal (fls. 171 - 180 c. 1).

Mediante providencia de 25 de agosto de 2009, el Tribunal de primera instancia abrió el proceso a pruebas y en auto de 10 de agosto de 2010, dio traslado a las partes y al Ministerio Público para que presentaran alegatos de conclusión y concepto, respectivamente (fls. 182 - 183, 206 c. 1).

En esta oportunidad, la Fiscalía General de la Nación reiteró lo expuesto en la contestación de la demanda (fol. 208 c. 1).

A su turno, la parte demandante se limitó a manifestar que estaban probados los elementos de la responsabilidad, porque el daño se demostró con el experticio contable allegado junto con la demanda y la imputación se probó con la sentencia de segunda instancia que decretó la prescripción de la acción penal, de la cual se extraía la vulneración a los principios de celeridad y eficiencia (fls. 214-220 c. 1).

El Ministerio Público guardó silencio en esta etapa procesal.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
 Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
 Demandado: Nación-Rama Judicial
 Referencia: Acción de Reparación Directa

3.- La sentencia de primera instancia

Mediante sentencia de 29 de julio de 2011, el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca negó las súplicas de la demanda. Consideró que el daño no se había probado en el expediente, porque al dictamen contable que allegó la parte actora con el fin de probarlo, no podía otorgársele valor probatorio, por cuanto:

[E]l daño alegado por la parte actora no se encuentra debidamente acreditado, puesto que al dictamen contable NO. 43-000-6-01725 del 12 de abril de 2004, que aporta para el efecto, no se le puede otorgar valor probatorio alguno, al estar de por medio dos razones fundamentales que lo impiden: 1) se desconoce si fue objeto de aclaración, complementación u objeción alguna; 2) no obran en el expediente los documentos contables que el auxiliar de la justicia tuvo en cuenta para elaborar el peritazgo (fls. 222 - 233 c. ppal).

4.- El recurso de apelación

De manera oportuna, la parte demandante expresó su inconformidad con el fallo de primera instancia y solicitó que fuera revocado. Discutió en concreto que el daño sí estaba probado y que el informe contable era suficiente para demostrarlo, para lo que trajo a colación jurisprudencia de esta Corporación y de la Corte Constitucional. Por esta razón, el *a quo* incurrió en un yerro al asumir que aquel documento era un dictamen pericial que no había cumplido con los requisitos de ley, cuando lo cierto era que sí podía valorarlo (fls. 237 – 240 c. ppal).

5.- Trámite en segunda instancia

El recurso fue concedido por el Tribunal *a quo* mediante auto de 16 de marzo de 2012 y admitido por esta Corporación el 30 de mayo de ese mismo año. Posteriormente, mediante providencia de 6 de julio siguiente, se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión y al Ministerio Público para que rindiera su concepto (fls. 242-243, 248, 250 c. ppal).

La parte actora reiteró que estaban probados los elementos de la responsabilidad y que debía dársele valor probatorio al dictamen contable que fue allegado con la demanda (fls. 251 – 258 c. ppal).

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actór: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

En su concepto, el Ministerio Público solicitó que se confirmara el fallo de primera instancia. Manifestó que no se había probado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, porque no se demostraron los requisitos probatorios de la mora injustificada endilgada a la Rama Judicial (fls. 260 – 268 c. ppal).

La parte demandada guardó silencio en esta etapa procesal.

III. CONSIDERACIONES

1.- Competencia

La Sala es competente para conocer del presente asunto en segunda instancia, en razón del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 29 de julio de 2011, habida cuenta de que, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 270 de 1996 y las consideraciones de la Sala Plena del Consejo de Estado expuestas en auto de 9 de septiembre de 2008, la competencia para conocer de las acciones de reparación directa que se instauren por error jurisdiccional, privación injusta de la libertad o defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, se encuentra radicada en los Tribunales Administrativos en primera instancia y en el Consejo de Estado en segunda instancia, sin consideración a la cuantía del proceso².

2.- Ejercicio oportuno de la acción

Al tenor de lo previsto por el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo³, modificado por el artículo 44 de la Ley 446 de 1998, la acción de reparación directa deberá instaurarse dentro de los dos años contados a partir

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, auto del 9 de septiembre de 2008, exp. 11001-03-26-000-2008-00009-00, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

³ Normativa aplicable al presente caso, de conformidad con lo señalado en el artículo 308 de la Ley 1437 de 2011, por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en los siguientes términos: "Los procedimientos y las actuaciones administrativas, así como las demandas y procesos en curso a la vigencia de la presente ley seguirán rigiéndose y culminarán de conformidad con el régimen jurídico anterior".

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

del día siguiente al acaecimiento del hecho, omisión, operación administrativa u ocupación permanente o temporal de inmueble por causa de trabajos públicos.

En el presente asunto la responsabilidad administrativa que se impetra en la demanda se originó en los daños que se alegaron sufridos por el demandante con ocasión de la declaratoria de prescripción de la acción penal decretada el 24 de junio de 2008, por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, la cual cobró ejecutoria el 21 de julio de ese mismo año, por lo que el término de caducidad comenzó a correr al día siguiente (fls. 11-15 c. 1 y 441 c. ppal).

De este modo, dado que la demanda se presentó el 30 de abril de 2009 (fol. 159 c. 1), resulta evidente que la misma se interpuso dentro de la oportunidad prevista por la ley⁴.

3.- La legitimación en la causa

En el caso concreto, es claro para la Sala que el posible daño irrogado por el proceso penal tendría principalmente como destinatarios a las personas que se constituyeron en aquel como parte civil, pues serían quienes finalmente tendrían interés en las resultas del mismo y respecto de las cuales se habría visto afectada su expectativa resarcitoria.

Bajo ese contexto, con ocasión del presunto daño que originó la presente acción, concurrió al proceso la Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario, quien acreditó haberse constituido como parte civil en el proceso penal del que se asegura deviene el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, según consta en la providencia de primera instancia del proceso penal, proferida por el Juzgado Segundo Penal, mediante la cual se condenó a los sindicados y, además, se reconoció la suma de \$601'946.590 a favor de la ahora demandante, de la cual se infiere que se encuentra legitimada en la causa por activa (fls. 16 - 131 c. 1).

⁴ En el proceso obra la constancia de agotamiento del requisito de procedibilidad obrante a folios 6 a 8 del cuaderno 1.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

Conviene resaltar que la sentencia penal aludió específicamente, como parte civil, a la “Cooperativa Financiera Solidarios”; no obstante, se tiene prueba dentro del plenario que aquella cambió su denominación a “Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario”, por lo cual se considera que es la misma persona jurídica que fue reconocida en el proceso penal⁵ (fol. vto. 303 c. ppal).

En cuanto a la legitimación por pasiva, se precisa que la demanda se presentó en contra de la Nación-Rama Judicial-, entidad que tiene interés en controvertir las pretensiones, en los términos del artículo 90 de la Constitución Política, dado que sobre esta recaerán las eventuales consecuencias patrimoniales derivadas del supuesto daño antijurídico derivado de la declaratoria de la prescripción de la acción penal a la que se refiere el libelo.

4.- Problema jurídico

La Sala examinará si la prescripción de la acción penal proferida el 24 de junio de 2008 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali le impidió a la ahora demandante –parte civil en el proceso penal referido– la pérdida de la oportunidad de obtener la reparación de los perjuicios derivados de los hechos que dieron origen a ese proceso.

De constatarse lo anterior, la Subsección determinará si dicho daño puede ser imputado a la demandada a título de falla relativa del servicio por haber incurrido en una mora judicial, es decir, en un defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

5.- El daño

El artículo 90 de la Constitución Política contiene la cláusula general de responsabilidad del Estado. El avance significativo del sistema implementado, basado en la noción de daño antijurídico, fue haber reivindicado el daño –y por consiguiente a la víctima– y su función en la institución de la responsabilidad.

⁵ Al respecto, debe aclararse que mediante prueba de oficio de 29 de noviembre de 2018, entre otros, se solicitó al Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali copia de la demanda y la providencia que aceptó como parte civil a la demandante. Después de reiteradas solicitudes, lo requerido no fue allegado (fol. 278 c. ppal).

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

En efecto, el daño entendido como la afectación, vulneración o lesión a un interés legítimo y lícito se convirtió en el eje central de la obligación resarcitoria y, por ende, tanto la atribución como la fundamentación normativa o jurídica del deber de reparar quedaron concentrados en un nuevo elemento que es la imputación.

En otros términos, el análisis de la responsabilidad no inicia con el título o régimen jurídico aplicable, sino con la verificación de la existencia del daño entendido como la alteración negativa a un interés lícito o situación jurídicamente protegida.

Es así como, para efectos de resolver el caso concreto debe establecerse, en primer término, si se produjeron los daños alegados en la demanda, para, luego, entrar a definir si éstos resultan antijurídicos y si le son imputables a la parte demandada.

En ese contexto, valorado en conjunto el material probatorio, ha de decirse que se encuentran acreditados los siguientes hechos que tienen relación con el daño alegado en la demanda:

Mediante sentencia de 25 de marzo de 2008, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali declaró penalmente responsables a los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz por el delito de abuso de confianza calificado y agravado. Como consecuencia de esa decisión, reconoció como reparación a la Cooperativa Financiera Solidarios⁶, por perjuicios materiales, la suma de \$601.946.590 (fls. 16 – 126 c. 1).

De la lectura de la providencia, se puede precisar que el proceso penal se inició porque la señora Myriam Ayala de Jordán presentó denuncia en contra de algunos miembros de la Cooperativa Financiera Solidarios por presuntas irregularidades relacionados con la contratación de esa sociedad. Por estos hechos, se vinculó al proceso penal a los señores Octavio Giraldo Neira,

⁶ Se recuerda que su nombre actual es Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz. El primero de los nombrados se desempeñaba como gerente de la cooperativa.

Además, el delito aparentemente se cometió porque el gerente de la Cooperativa Financiera Solidarios realizó inversiones en el proyecto denominado "Argelia", el cual escapaba del giro normal de los negocios de la sociedad y con el cual estaba favoreciendo a los señores Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz, a quienes les entregó altas sumas de dinero.

Inconforme con la anterior decisión, la defensa de los condenados interpuso recurso de apelación, el cual fue resuelto el 24 de junio de 2008 por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali en el sentido de revocar la decisión de primera instancia y, como consecuencia, decretar la prescripción de la acción penal. En dicha providencia, se manifestó que el término de prescripción aplicable al caso concreto era de 5 años, el cual ya había transcurrido, porque la resolución de acusación había quedado en firme el 29 de mayo de 2003. Así se dijo en el proveído:

[R]esulta innegable que se profirió resolución de acusación en este proceso el 24 de julio del año 2001, adicionado mediante resolución de julio 24 del mismo año, surtiéndose apelación ante la Fiscalía 2 Delegada ante el Tribunal Superior, la que en mayo 29 de 2003, la confirmó, cobrando ejecutoria en la misma fecha. Y es a partir de esta fecha que nuevamente se inicia el conteo del término de prescripción, siendo claro que en el presente caso el mismo corresponde a 5 años. Lo anterior, teniendo en cuenta que el punible de abuso de confianza calificado y agravado, contemplado en el artículo 250, numeral 4 de la Ley 599 de 2000, dispone una pena de prisión que oscila entre 3 y 6 años de prisión, además de la correspondiente circunstancia de agravación señalada en el artículo 267, numeral 1, en razón de la cuantía, que incrementa la pena de una tercera parte a la mitad, en concurso por tratarse de dos apropiaciones (...).

Para establecer que este fenómeno de la prescripción se constituyó, es necesario realizar una operación matemática, y al analizar las disposiciones anteriores con el término transcurrido, contando con la interrupción del primer término por la resolución de acusación, el término de prescripción se ha cumplido, pues desde el 29 de mayo de 2003 al 29 de mayo de 2008, han transcurrido exactamente 5 años (fls. 11 – 15 c.1).

El dictamen contable 43000-6-01725 de 12 de abril de 2007, rendido por un profesional del CTI, en el que fija el perjuicio ocasionado en el proceso penal en el

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito
Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

equivalente a \$1.334'635.900. Según se advierte de su lectura, aquel fue realizado por solicitud del "despacho" con el fin de que "un perito diferente al que ya conoció este asunto, emita el nuevo dictamen sobre los perjuicios en aras de que el despacho entre a decidir lo pertinente" (fls. 132 – 145 c. 1).

Las anteriores son todas las pruebas que obran en el plenario relacionadas con el proceso penal adelantado por el delito de abuso de confianza calificado y agravado, razón por la que la Sala procederá a analizar si, con aquellas, es posible tener por establecido el daño antijurídico en el caso concreto, no sin antes precisar lo siguiente:

5.1.- Análisis del daño derivado de la declaratoria de prescripción de la acción penal a la luz de la pérdida de oportunidad

De conformidad con el artículo 90 de la Constitución Política, esta Corporación ha sostenido que aunque el ordenamiento jurídico no contiene una disposición que consagre una definición de daño antijurídico, puede afirmarse que este se refiere a "la lesión de un interés legítimo, patrimonial o extrapatrimonial, que la víctima no está en la obligación de soportar, que no está justificado por la ley o el derecho"⁷, de ahí que para que proceda declarar la responsabilidad del Estado con base en un título jurídico subjetivo u objetivo de imputación, se ha de probar la existencia de (i) el daño, el cual debe ser cierto y determinado o determinable, (ii) la conducta u omisión que generó el daño, atribuible a una autoridad pública y (iii) "cuando hubiere lugar a ella, una relación o nexo de causalidad [entre los dos primeros elementos], vale decir, que el daño se produzca como consecuencia directa de la acción o la omisión atribuible a la entidad accionada"⁸.

En atención a lo expuesto en la demanda y lo probado en el expediente, encuentra la Sala que la responsabilidad patrimonial reclamada en el presente caso se fundamentó en la dilación injustificada del proceso del proceso penal, circunstancia que llevó a que se declarara la prescripción de la acción penal, lo que, a su vez, le habría impedido a la ahora demandante, constituida en parte civil

⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 2 de marzo de 2000, exp. 11.945, M.P.: María Elena Giraldo Gómez.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 21 de marzo de 2012, exp. 23.478, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

en el citado proceso, acceder a la reparación de los perjuicios sufridos por la conducta de los sindicatos derivada del delito de abuso de confianza agravada y calificada⁹.

En vista de lo anterior y en razón a que el daño solo es indemnizable cuando reúna las condiciones de ser personal, directo y cierto, en el presente caso, resulta necesario precisar si se configuraron dichos supuestos para efectos de tenerlo como probado y así continuar con el análisis de la imputación de la responsabilidad al demandado.

En este sentido, la parte actora alegó que la prescripción de la instrucción penal objeto de la demanda que aquí se estudia, le habría impedido obtener la reparación patrimonial de los perjuicios que sufrió como consecuencia de una posible conducta delictiva, por lo que, de una lectura integral de la demanda¹⁰, la Sala concluye que su pretensión se puede enmarcar en una pérdida de la oportunidad de obtener la reparación por los mencionados perjuicios.

Al respecto, conviene precisar que la pérdida de oportunidad debe considerarse como un daño autónomo distinto del análisis de la imputación, habida cuenta de que se trata de un menoscabo con identidad propia que surge cuando se ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un detrimento. Así también lo ha entendido la jurisprudencia:

[L]a pérdida de oportunidad, como daño autónomo, demuestra que éste no siempre comporta la transgresión de un derecho subjetivo, pues la sola esperanza probable de obtener un beneficio o de evitar una pérdida mayor constituye un bien jurídicamente protegido cuya afección debe limitarse a la oportunidad en sí misma, con prescindencia del resultado final incierto, esto es, al beneficio que se esperaba lograr o a la pérdida que se pretendía eludir, los cuales constituyen otros tipos de daño.

En otros palabras, se ha distinguido entre el daño consistente en la imposibilidad definitiva de obtener un beneficio o de evitar un perjuicio, caso

⁹ Conviene recordar que la Sección Tercera del Consejo de Estado unificó su posición en el sentido de indicar que, en lo que se refiere al derecho de daños, el modelo de responsabilidad estatal que adoptó la Constitución de 1991 no privilegió ningún régimen en particular, sino que dejó en manos del juez definir, frente a cada caso concreto, la construcción de una motivación que consulte las razones, tanto fácticas como jurídicas, que den sustento a la decisión que habrá de adoptar. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sala Plena de la Sección Tercera, sentencia de 19 de abril de 2012, exp. 21.515, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia T-1091 de 2008, M.P.: Manuel José Cepeda Espinosa.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito
Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

*en el cual el objeto de la indemnización es, precisamente, el beneficio dejado de obtener o el perjuicio que no fue evitado, y aquel que tiene que ver con la pérdida de una probabilidad que, aunque existente, no garantizaba el resultado esperado, pese a que sí habría la puerta a su obtención en un porcentaje que constituirá el objeto de la indemnización (...)*¹¹.

Ahora bien, en providencia de 30 de enero de 2013¹², esta Subsección estimó que para tener por acreditada la pérdida de oportunidad debían reunirse los siguientes requisitos, a saber¹³:

(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'¹⁴ de que de no haber ocurrido el evento dañoso, la víctima habría mantenido la expectativa de obtener la ganancia o de evitar el detrimento correspondientes¹⁵;*

(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*

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 31 de mayo de 2016, exp. 38.267, M.P.: Danilo Rojas Betancourth.

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41.073, M.P. Hernán Andrade Rincón.

¹³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 11 de agosto de 2010, exp. 18593, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

¹⁴ Cita textual del fallo: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, *Pérdida de chance Presupuestos. Determinación. Cuantificación*, Astrea, Buenos Aires, 2008, pp. 38-39.

¹⁵ 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.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

indebida¹⁶; 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 tenían¹⁷-;

(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 damnificado, no llegó a emplazarse en la situación idónea para hacer la ganancia o evitar la pérdida'¹⁸.

Por lo dicho, para que el daño se tenga por acreditado, la Sala advierte que de la situación fáctica de la demanda se debe deducir la certeza de la oportunidad que se pierde; la imposibilidad en la que se encontraría la Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario de obtener el resarcimiento de los perjuicios en un escenario distinto al de la constitución de parte civil en el proceso penal y, finalmente, que aquella se encontraba en una posición potencialmente apta para

¹⁶ 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.

¹⁷ 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.

¹⁸ Cita textual del fallo: ZANNONI, Eduardo, *El daño en la responsabilidad civil*, Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 110-111.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
 Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
 Demandado: Nación-Rama Judicial
 Referencia: Acción de Reparación Directa

la consecución de la indemnización en ese libelo. Solamente de resultar demostrados estos supuestos, podrá tomarse el daño como cierto¹⁹.

Bajo los anteriores parámetros la Sala procede a analizar el daño en el caso concreto.

5.2.- La prescripción de la acción civil en el proceso penal

En cuanto hace a la certeza del daño y la responsabilidad estatal derivada del vencimiento de los términos en el proceso penal, es del caso señalar que, con ocasión de un asunto similar, esta Subsección se ocupó de estudiar esa temática para concluir lo siguiente:

En primer lugar resulta claro que la comisión de un hecho punible puede traer consigo efectos patrimoniales respecto de ciertas personas; que éstas cuentan con dos cauces procesales en aras de obtener el resarcimiento de los perjuicios que se les hubieren causado: la acción civil –cuya caducidad es de 10 años si se incoa de manera independiente– y la constitución de parte civil en el proceso penal –en cuyo caso, la prescripción se iguala a la de la acción penal–; finalmente se tiene que la extinción de la acción penal no extingue los derechos patrimoniales que se hayan podido producir, los cuales se podrán ventilar ante la jurisdicción ordinaria²⁰.

En relación con la prescripción de la acción civil ejercida dentro del proceso penal, los artículos 98 y 99 del Código Penal vigente –Ley 599 de 2000- para la época en que se cometió el presunto delito, a la letra, establecían:

Artículo 98. Prescripción. La acción civil proveniente de la conducta punible, cuando se ejercita dentro del proceso penal, prescribe, en relación con los penalmente responsables, en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal. En los demás casos, se aplicarán las normas pertinentes de la legislación civil²¹.

¹⁹ Al respecto, consultar, Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia de 19 de julio de 2009, exp. 41.749.

²⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 30 de enero de 2013, exp. 23.769, M.P.: Mauricio Fajardo Gómez, reiterada por esta misma Subsección en sentencia del 8 de febrero de 2017, exp. 41.073, M.P.: Hernán Andrade Rincón.

²¹ Frente al particular no sobra recalcar lo afirmado por la Sala en torno a las diferencias entre los conceptos de prescripción y caducidad: “A pesar de que antes del 8 de julio de 1998 se acudió a la figura de la prescripción en los procesos ejecutivos contractuales ante la inexistencia de una disposición legal que señalara el término de caducidad para la acción ejecutiva contractual, lo cierto es que se trata de conceptos diferentes, en tanto la caducidad es un fenómeno procesal, mientras que la prescripción es de carácter sustancial y, por tanto, no se pueden confundir. La Sección Tercera ha explicado el tema, así: // La caducidad se refiere a la extinción de la acción, mientras que la prescripción a la del derecho; la primera debe ser alegada, mientras que la caducidad opera ipso iure; la prescripción es renunciable, mientras que la caducidad no lo es, en ningún caso, y mientras que los términos de prescripción pueden ser suspendidos o interrumpidos,

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

Artículo 99. Extinción de la acción civil. La acción civil derivada de la conducta punible se extingue por cualquiera de los modos consagrados en el Código Civil. La muerte del procesado, el indulto, la amnistía impropia, y, en general las causales de extinción de la punibilidad que no impliquen disposición del contenido económico de la obligación, no extinguen la acción civil.

De las normas transcritas, es posible concluir que el término de prescripción de la demanda civil iniciada dentro del proceso penal se encuentra ligado a la prescripción de este último, pero únicamente en relación con los penalmente responsables, ya que la norma dejó a salvo cualquier otro evento cuando estableció que a "los demás casos se les aplicarán las normas pertinente de la legislación civil". Así lo ha entendido la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia:

[L]a declaratoria de prescripción de la acción penal no abarca al tercero civilmente responsable y al llamado en garantía, porque de acuerdo con lo dispuesto en el precepto 98 de la Ley 599 de 2000, la acción civil proveniente de la conducta antijurídica, cuando se ejerce al interior del proceso penal prescribe en relación con los penalmente responsables, en tiempo equivalente al de la respectiva acción punitiva; en los demás eventos –como los que se analizan aquí: terceros civilmente responsables y el llamado en garantía– aplican las normas pertinentes de la legislación civil.

Se adiciona a lo precedente, que el fenómeno de la prescripción penal aquí declarado, no subsume o favorece a aquellos sujetos procesales que de acuerdo con la ley sustancial deben salir a reparar el daño de manera solidaria.

En consecuencia, es claro que los vinculados en esta actuación, no pueden ser obligados a cancelar los perjuicios puntualizados en el fallo de segundo nivel, porque el mismo jamás alcanzó su ejecutoria, al haber operado la prescripción de la acción penal.

También es evidente, que con ocasión del presente auto, no se ordenará la prescripción de la acción civil respecto a los mencionados tercero civilmente responsable y al llamado en garantía, por cuanto con el advenimiento del fenómeno prescriptivo a favor del hoy condenado, él no acredita ni avala la cosa juzgada civil, pues en esta área del derecho, rige exclusivamente dicha

los de caducidad no son susceptibles de suspensión, salvo expresa norma legal, como es el caso de la conciliación prejudicial establecida en la Ley 640 de 2001. // Queda claro, pues, que se trata de dos figuras que regulan fenómenos diferentes y, que, en consecuencia, no es posible aplicar las normas que regulan la prescripción a la caducidad, o viceversa. // Como se advirtió, en un principio se utilizó la figura de la prescripción de las acciones judiciales para determinar si una demanda ejecutiva se presentaba en tiempo; dicha institución está consagrada en el artículo 2.512 del Código Civil, que la define como un modo de adquirir las cosas o de extinguir las acciones o derechos ajenos, por no haber ejercido las acciones y derechos durante cierto tiempo". Consejo de Estado, Sección Tercera, auto del 26 de mayo de 2010, exp. 25.803, M.P. Mauricio Fajardo Gómez.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

normatividad sobre la pena²²; por tanto, quedan en libertad los interesados, para acudir o no, a esa especial jurisdicción, con el fin de activar sus pretensiones sobre la ocurrencia del daño creado por el ejercicio de una actividad peligrosa²³.

En efecto, la Sala de esta Subsección ha concluido que si la responsabilidad patrimonial por la comisión de un delito se debate en el marco de un proceso penal, su declaratoria se encuentra necesariamente ligada a la condena efectiva por la comisión del delito, mientras que si dicha pretensión se ventila en un proceso ordinario de responsabilidad civil, la declaratoria de responsabilidad no depende de una condena en tal sentido. Es decir, las pretensiones de la parte civil en un proceso penal están sujetas al alea propia del mismo proceso, en cuanto a la declaración de la responsabilidad penal como requisito previo e indispensable para acceder a las pretensiones resarcitorias²⁴.

En virtud de lo anterior, es claro que el ordenamiento jurídico colombiano consagró dos cauces procesales adecuados, independientes y principales para obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de una conducta punible²⁵. En ese sentido, la finalidad de ambos instrumentos es la misma, e inclusive, la sentencia penal puede tener efectos de cosa juzgada en materia civil, pero sólo en las hipótesis contempladas por el artículo 57 de la Ley 600 de 2000, esto es,

La acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa.

Así, cuando el resultado del proceso penal sea una declaración, en alguno de los sentidos reseñados, no será viable la prosperidad de las pretensiones resarcitorias de la parte civil.

²² Nota original: Corte Suprema de Justicia, mismo sentido, radicado 30.249 de 20 de octubre de 2008.

²³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 19 de enero de 2011, radicado 35.406, M.P.: Javier Zapata Ortiz.

²⁴ *Ibídem*.

²⁵ Así lo dispone el artículo 45 de la Ley 600 de 2000 cuando estableció que: "La acción civil individual o popular para el resarcimiento de los daños y perjuicios individuales y colectivos causados por la conducta punible, podrá ejercerse ante la jurisdicción civil o dentro del proceso penal, a elección de las personas naturales o jurídicas perjudicadas, por los herederos o sucesores de aquellas, por el Ministerio Público o por el actor popular cuando se trate de lesión directa a bienes jurídicos colectivos (...)".

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

5.3.- Análisis de la pérdida de la oportunidad en el *sub judice*

De conformidad con los anteriores criterios, se tiene que la Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario se constituyó como parte civil en el proceso penal adelantado en contra de los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz por el supuesto delito de abuso de confianza agravada y calificada, y que dicho proceso terminó con la declaratoria de prescripción de la acción penal. Por tanto, el daño alegado por la ahora demandante se tendrá por acreditado en atención a las siguientes razones:

En el caso concreto, la demandante tenía la expectativa de obtener una reparación en el proceso penal, la cual se vio truncada por causa de la declaratoria de la prescripción de la acción penal. Por esta razón, se considera acreditado el primer requisito de la pérdida de oportunidad.

De igual forma, en lo concerniente al segundo requisito para la configuración de un daño autónomo de pérdida de oportunidad, es claro que en la actualidad la accionante no cuenta con la posibilidad real de acudir a la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil para que, a través de un proceso de responsabilidad extracontractual, se ordene el pago de los perjuicios derivados del abuso de confianza.

En otras palabras, para la Subsección no cabe duda que la demandante no puede acudir a reclamar los perjuicios generados por el abuso de confianza ni siquiera en una especialidad de la jurisdicción distinta de la penal, en razón a que el artículo 99 de Ley 599 de 2000 contemplaba que la acción civil que se ejercía en el marco de litigio punitivo –como en el *sub lite*– prescribiría “*en tiempo igual al de la prescripción de la respectiva acción penal*”.

Así, como en el caso concreto es palmaria la declaratoria de prescripción de la acción sancionatoria por parte del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali,

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito
Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

entonces es forzoso concluir que en ese mismo instante también feneció la posibilidad de ejercer el derecho de acción en materia civil para la hoy actora. Por esta razón, la Sala da por acreditado el segundo presupuesto del daño por pérdida de oportunidad.

Ahora bien, se encuentra demostrado el tercer requisito de la pérdida de oportunidad, este es, “*encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado*”. Esto en razón a que para el momento en el que ocurrió el hecho dañoso –declaratoria de prescripción- ya se había proferido una sentencia condenatoria de primera instancia en contra de los procesados penalmente y se había reconocido una indemnización equivalente a la suma de \$601.946.590 a favor de la parte civil.

Así, el hecho que se hubiera proferido un fallo condenatorio de primera instancia implicaba que la situación en que se encontraban los integrantes de la parte civil era potencialmente apta para que se confirmara la condena impuesta en contra de los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz.

Por lo anterior, encuentra la Sala que los integrantes de la parte civil, una vez declarada de manera definitiva la prescripción de la acción penal, tenían certeza sobre la existencia de una oportunidad perdida y no contaban con la posibilidad de acudir ante la jurisdicción civil, para reclamar los perjuicios derivados del delito. Así mismo, se verificó que para tal momento los actores contaban con una probabilidad de obtener un fallo confirmatorio de la condena impuesta en contra de los procesados, circunstancias que facultan concluir que en el *sub judice* se materializó un daño cierto y autónomo por pérdida de oportunidad.

Ahora, acreditada la existencia del daño corresponde a la Sala determinar si este es antijurídico por ser imputable a la Rama Judicial a título de falla del servicio por defectuoso funcionamiento de la administración de justicia o si, por

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

el contrario, no es posible atribuirlo material y/o jurídicamente a la entidad demandada.

6.- Imputación

La administración de justicia puede ser responsable bajo tres supuestos o escenarios consagrados en la Ley 270 de 1996: *i)* el error jurisdiccional, *ii)* la privación injusta de la libertad y *iii)* el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.

El artículo 69 de la Ley 270 de 1996 define el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en los siguientes términos: *"Fuera de los casos previstos en los artículos 66 [error jurisdiccional] y 68 [privación injusta de la libertad] de esta ley, quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación"*.

La Sala ha diferenciado el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia del error jurisdiccional, así:

En cuanto al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia, habría que decir que éste, a diferencia del error judicial, se produce en las demás actuaciones judiciales necesarias para adelantar el proceso o la ejecución de las providencias judiciales.

Dentro de este concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones constitutivas de falla, que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia. Puede provenir no sólo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales. Así también lo previó el legislador colombiano cuando dispuso que, fuera de los casos de error jurisdiccional y privación injusta de la libertad, 'quien haya sufrido un daño antijurídico, a consecuencia de la función jurisdiccional tendrá derecho a obtener la consiguiente reparación'²⁶.

Hechas las anteriores precisiones, puede concluirse que en vigencia del artículo 90 de la Constitución Política de 1991, inclusive antes, como se anotó, y de la Ley 270 de 1996, el Estado está en la obligación de responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, siempre que estén acreditados los elementos que estructuran la responsabilidad del Estado, esto es, que se haya causado un daño

²⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 16 de febrero de 2006, exp. 14.307.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito
Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

*antijurídico, que éste resulte imputable a una actuación u omisión de la autoridad vinculada a la rama judicial (...)*²⁷.

La doctrina, por su parte, sostiene que el defectuoso funcionamiento constituye una modalidad de responsabilidad de carácter residual, equivalente a la falla del servicio elaborada por la jurisprudencia francesa y que en la sistematización clásica del profesor Paul Duez puede tener tres manifestaciones: *i)* el servicio ha funcionado mal, *ii)* el servicio no ha funcionado, y *iii)* el servicio ha funcionado de forma tardía²⁸.

En síntesis, el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia es una modalidad de responsabilidad aplicable de forma subsidiaria, en tanto que solo opera en supuestos fácticos distintos al error jurisdiccional o a la privación injusta de la libertad. Adicionalmente, la jurisprudencia²⁹ y la doctrina han señalado que el título de imputación aplicable, por regla general, es la falla del servicio, por lo que corresponde al demandante, inicialmente, acreditar la desatención o el incumplimiento obligacional. En estos casos, demostrando que existió una dilación anormal del proceso.

Así las cosas, es posible sintetizar o delimitar las características básicas del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia como escenario o modalidad de responsabilidad patrimonial del Estado, en los siguientes términos:

- i)* Es uno de los tres escenarios o modalidades de responsabilidad patrimonial del Estado Juez, establecidas en la Ley 270 de 1996 "LEAJ".
- ii)* Es un escenario de responsabilidad residual que se aplica a toda actuación distinta al error jurisdiccional (artículo 66 LEAJ) y a la privación injusta de la libertad (artículo 68 *ibidem*).

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 27 de enero de 2012, exp. 22205, C.P. Carlos Alberto Zambrano Barrera.

²⁸ Cf. HOYOS Duque, Ricardo "La responsabilidad del Estado y de los jueces por la actividad jurisdiccional en Colombia", en: Revista Vasca de la Administración Pública, No. 49, 1997, Pág. 142 y 143.

²⁹ Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 22 de noviembre de 2001, exp. 13164, C.P. Ricardo Hoyos Duque.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

iii) El título de imputación aplicable será, por regla general, la falla del servicio por una falta, inadecuada o tardía prestación del servicio de administración de justicia o las funciones conexas que se requieren para su ejecución.

iv) Proviene no solo de los funcionarios, sino también de los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, de los empleados judiciales, de los agentes y de los auxiliares judiciales, siempre y cuando, se itera, no se configure error jurisdiccional o privación injusta de la libertad.

v) Se genera respecto de actuaciones u omisiones diferentes a las decisiones judiciales, necesarias para adelantar un proceso o ejecutar una providencia.

vi) Puede originarse en el desconocimiento del plazo razonable o de la mora judicial, esto es, la inactividad injustificada en la adecuada prestación del servicio de justicia.

En efecto, en lo referido a la responsabilidad extracontractual del Estado derivada de la prescripción de la acción penal y la consecuente imposibilidad para que la víctima del delito obtenga la reparación de los perjuicios presuntamente causados por la comisión del mismo, esta Subsección ha considerado que este supuesto se enmarca en la hipótesis consagrada en el artículo 69 de la Ley 270 de 1996³⁰, es decir, bajo la óptica de un defectuoso funcionamiento de la Administración de Justicia, puesto que, en estos casos, no existe una providencia judicial que se pueda considerar como generadora de un posible y eventual error judicial, como tampoco se demanda la privación injusta de la libertad o de algún otro derecho, ni la retención injusta de bienes muebles o inmuebles³¹.

³⁰ En este sentido consultar sentencias dictadas por esta Subsección el 30 de enero de 2013, expediente 23769, M.P. Mauricio Fajardo Gómez y el 8 de febrero de 2017, exp. 41.073 M.P. Hernán Andrade Rincón.

³¹ En auto de 15 de diciembre de 2011, expediente 40425, la Subsección B de la Sección Tercera se refirió al defectuoso funcionamiento de la administración de justicia en los siguientes términos: "El artículo 69 de la Ley 270 de 1996 establece que cuando el daño no proviene de un error judicial o de la privación injusta de la libertad, el título de imputación jurídica radica en el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia.// Dentro de ese concepto están comprendidas todas las acciones u omisiones que se presenten con ocasión del ejercicio de la función de impartir justicia en que incurran, no sólo los funcionarios, sino también los particulares investidos de facultades jurisdiccionales, los empleados judiciales, los agentes y los auxiliares judiciales.// En conclusión, los daños causados por el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia

203

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

La jurisprudencia de la Corporación ha señalado que para definir si hay lugar a la responsabilidad por fallas en la administración de justicia, derivadas del retardo en adoptar decisiones, es preciso constatar los siguientes aspectos para determinar si la demora se encuentra justificada y, por consiguiente, si la falla es relativa: *i)* la complejidad del asunto, *ii)* el volumen de trabajo que tenga el despacho de conocimiento, *iii)* los estándares de funcionamiento referidos al promedio de duración de los procesos del tipo por el que se demanda la mora y *iv)* el comportamiento procesal de la parte que alega la mora jurisdiccional³².

De igual forma, el Consejo de Estado ha reiterado que el asunto del desconocimiento del plazo razonable no se puede manejar desde un Estado ideal o abstracto, sino desde la propia realidad de una administración de justicia que tiene graves problemas de congestión, derivados de una demandada que supera la limitación de recursos humanos y materiales disponibles para atenderla³³.

Por lo anterior, no es posible afirmar que toda declaratoria de prescripción de la acción penal constituye una falla del servicio por retardo injustificado, conclusión que ha sido aceptada no solo por el precedente de este cuerpo colegiado, sino también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos: *"Ciertamente la Corte ha establecido, respecto al principio del plazo razonable contemplado en el artículo 8.1 de la Convención Americana, que es preciso tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el que se desarrolla un proceso: a) complejidad del asunto, b) actividad procesal del interesado y c) conducta de las autoridades judiciales. No obstante, la pertinencia de aplicar esos*

provienen de todas aquellas acciones u omisiones que se den durante el trámite del proceso y que no provengan de un error jurisdiccional o de la privación injusta de la libertad".

³² Cf. Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 25 de mayo de 2011, exp. 20.115, C.P. Ruth Stella Correa Palacio.

³³ "Se ha dicho que al Estado se le deben exigir los medios que corresponden a su realidad, haciendo caso omiso de las utopías y de la concepción ideal del Estado perfecto, omnipotente y omnipresente. A esto se ha llamado la teoría de la relatividad del servicio, a fin de no pedir más de lo posible, pero con la misma lógica debe concluirse que el Estado debe todo cuanto esté a su alcance". Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 15 de febrero de 1996, exp. 9940, C.P. Jesús María Carrillo Ballesteros.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

*tres criterios para determinar la razonabilidad del plazo de un proceso depende de las circunstancias de cada caso*³⁴.

En el caso concreto, la parte demandante afirma que el daño es imputable a la demandada por la demora atribuible al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, la cual se originó en la dilación para expedir la sentencia de fondo en el trámite del proceso penal surtido en contra de los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz por la supuesta comisión del delito de abuso de confianza calificado y agravado. Dicho retardo, según afirmó, estaba acreditado en el proceso con la sentencia de segunda instancia que declaró la prescripción de la acción penal.

De cara al análisis en el presente caso, estima la Sala necesario precisar que, tal como se analizó en el acápite referido al daño, al plenario solo fue allegado el siguiente material probatorio: *i)* la sentencia de primera instancia de 25 de marzo de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali; *ii)* la providencia de 24 de junio de 2008 dictada por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali y el *iii)* dictamen contable 43000-6-01725 de 12 de abril de 2007, rendido por un profesional del CTI.

De conformidad con lo anterior, resulta claro que a este expediente no fue allegado la totalidad del proceso penal que se tramitó por el delito de abuso de confianza calificado y agravado en contra de los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz. Al respecto, conviene aclarar, también, que el proceso penal no fue solicitado como prueba en la demanda y, por consiguiente, no fue decretado como tal en el auto de pruebas de 25 de agosto de 2009 proferido por el *a quo* (fls. 182 – 183 c. 1).

Para la Sala, el material que obra en el expediente no es suficiente para realizar el análisis de la imputación a la Rama Judicial, ya que no están demostradas las providencias que se emitieron en el tránsito del proceso penal de las que se pueda

³⁴ Corte IDH. Caso La Cantuta vs. Perú. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. Párrafo 149.

3064

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

advertir el retardo injustificado del mismo. Esto ni siquiera es posible de la lectura integral de la sentencia de primera instancia y la providencia que declaró la prescripción de la acción penal, ya que en el acápite de antecedentes de las mismas no se narraron con precisión dichas etapas penales, ni se puede advertir los fundamentos de aquellas.

Para la parte actora, la providencia que decretó la prescripción de 24 de junio de 2008, proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cali, resulta suficiente para acreditar el retardo injustificado acaecido en el proceso penal; no obstante, la Sala discrepa de dicha afirmación, toda vez que, como ya se narró, la declaratoria de prescripción de la acción penal no constituye una falla del servicio en sí misma por dilación injustificada. Esto porque el desconocimiento del plazo razonable no puede estudiarse desde la perspectiva de un Estado ideal, sino desde la realidad de la administración de justicia que cuenta, entre otros, con graves problemas de congestión. De todos modos, en el mencionado proveído, el juez penal se limitó a realizar el cómputo del término de prescripción, sin que hubiera narrado que aquel venció por causa imputable a alguna de las partes o al togado de primera instancia, o bien al trámite negligente que surtió el proceso penal.

En efecto, no puede establecerse si la sentencia condenatoria de 25 de marzo de 2008, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, incurrió en una mora injustificada, ya que no existe prueba de cuándo se inició formalmente la actuación penal³⁵, esto es, la fecha en la que la Fiscalía Local avocó conocimiento de la causa por denuncia interpuesta por la señora Myriam Ayala de Jordán. Tampoco se pueden establecer los hechos y providencias proferidas desde el inicio de la investigación, ni cuál fue el trámite desarrollado con el que finalmente se culminó con la formulación de la acusación, ni mucho menos las diligencias desplegadas antes del paso al despacho sustanciador para proferir la sentencia que en derecho correspondiera.

³⁵ Esto a pesar que en las providencias penales se alude a que los hechos punibles posiblemente acaecieron en "agosto de 1998"; no obstante, no se tiene prueba de la fecha exacta en la que se interpuso de la denuncia.

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

Así, para la Sala no es posible ahondar en la complejidad del asunto, máxime si se tiene en cuenta que el único documento que se allegó al plenario, distinto de las providencias de primera y segunda instancia, se refiere a un dictamen contable que se realizó, aparentemente, para probar los perjuicios de la parte civil. De dicho documento no puede extraerse que el asunto revestía de alta complejidad, ni otro hecho relevante para el análisis de la imputación.

En efecto, la complejidad del asunto no puede estudiarse únicamente de la lectura de las pruebas allegadas a este proceso, ya que de aquellas no se puede advertir cuál fue el trámite probatorio del proceso penal –y las vicisitudes que implica-, los escritos de defensa de los sindicatos, las medidas cautelares decretadas, entre otros, todos los cuales podían dar elementos de juicio al juez de instancia para identificar si el embrollo acaecido en el trámite podía ser considerado como injustificado.

Además, resulta imposible determinar cuál fue el comportamiento procesal de las partes y los jueces que conocieron del proceso penal, respecto del cual se puedan determinar las posibles causas que llevaron a la dilación del mismo y que, finalmente, confluyeron para el acaecimiento de la prescripción de la acción penal.

Así las cosas, la parte demandante no hizo ningún esfuerzo probatorio por demostrar el trámite que surtió el proceso penal adelantado en contra de los señores Octavio Giraldo Neira, Humberto José Vidal Mayorga y Gladis Constanza Vargas Ortiz, dado que en el expediente solo fue allegada la sentencia de primera instancia, la providencia que decretó la prescripción de la acción penal y un dictamen contable. Por esta razón, resulta imposible determinar la duración del proceso en cada etapa procesal, la complejidad del asunto y el comportamiento procesal de los implicados de la parte que alega el retardo.

En efecto, respecto de los dos presupuestos referenciados por la jurisprudencia para el estudio del defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito
Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

mora, consistentes en la complejidad del asunto y el comportamiento procesal de la parte que alega el retardo, debe dejarse claro que la carga de la prueba para su verificación está a cargo del extremo demandante con la solicitud o aporte del proceso punitivo, lo cual no ocurrió, como se explicó, en el *sub lite*.

Todo lo dicho cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*, carga que la parte demandante no cumplió, pues –se reitera–, no allegó al proceso prueba que dé certeza de la indebida o deficiente actuación de la administración de justicia más que las providencias narradas, las cuales resultan insuficientes para ahondar en el estudio de la imputación, esto es, en la complejidad del asunto y el comportamiento procesal de la parte que alega el retardo.

En suma, la parte actora debió demostrar el incumplimiento imputable a la Rama Judicial para que el daño irrogado le fuera imputable; por el contrario, quedó establecido que no existe material probatorio del que pueda extraerse tal conclusión, ya que no se tiene certeza de que el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali hubiere incurrido en negligencia o descuido por causa de la complejidad del asunto, el comportamiento de las partes u otro hecho acaecido en el proceso penal que le impidiera cumplir con los plazos exactos establecidos en el Código de Procedimiento Penal.

Así las cosas, a partir del análisis efectuado, para la Sala es claro que la parte actora no logró demostrar que el daño fuera imputable a la demandada, situación por la que se debe confirmar la sentencia impugnada.

7.- Condena en costas

En vista de que no se observa en este caso temeridad o mala fe en el actuar de las partes, la Sala se abstendrá de condenar en costas, de conformidad con lo

Radicación: 760012331000200900517 01 (43826)
Actor: Cooperativa Multiactiva de Aporte y Crédito Solidario
Demandado: Nación-Rama Judicial
Referencia: Acción de Reparación Directa

previsto en el artículo 171 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 55 de la Ley 446 de 1998.

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

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, esto es, la proferida por el Tribunal Administrativo del Valle del Cauca, el 29 de julio de 2011 en el proceso de la referencia. Lo anterior de conformidad con la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, **DEVUÉLVASE** el expediente al Tribunal de origen para lo de su cargo.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


MARÍA ADRIANA MARÍN


MARTA NUBIA VELÁSQUEZ RICO


CARLOS ALBERTO ZAMBRANO BARRERA