



Radicado: 54001-23-31-000-2010-00151-01 (42750)

Demandante: Joaquín Duarte Guatibonza y otros

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

Magistrado ponente: MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ

Bogotá D.C., once (11) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Referencia: Acción de reparación directa
Radicación: 54001-23-31-000-2010-00151-01 (42750)
Demandante: Joaquín Duarte Guatibonza y otros
Demandado: Rama Judicial

Tema: Defectuoso funcionamiento de la administración de justicia por prescripción de la acción penal. Se confirma la decisión de negar las pretensiones de la demanda porque la parte actora no demostró que la decisión de declarar la prescripción de la acción penal le hubiese generado una pérdida de oportunidad.

SENTENCIA

Verificada la inexistencia de irregularidades que invaliden la actuación, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2011 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

La Sala es competente para conocer de este proceso en segunda instancia por tratarse de un recurso de apelación interpuesto en vigencia de la Ley 270 de 1996 contra una sentencia proferida en primera instancia por un tribunal administrativo, dentro de un proceso de reparación directa por hechos de la administración de justicia.

I. ANTECEDENTES

A.- Posición de la parte demandante

1.- La demanda que dio origen al proceso fue interpuesta el 10 de mayo de 2010 por Joaquín Duarte Guatibonza, José Joaquín Duarte Granados y Karen Milena Duarte Granados (víctimas directas). Se dirigió contra la Rama Judicial para obtener la reparación del daño causado a los demandantes por la providencia del 13 de febrero de 2008 que declaró la prescripción de la acción penal en el proceso adelantado contra la cirujana Rosalba Herrera, a quien se le imputó el homicidio



culposo de Nubia Granados, lo que impidió que los demandantes pudieran obtener la indemnización de los perjuicios civiles dentro de dicho proceso.

2.- En la demanda se formularon las siguientes pretensiones:

<<(…) II. DECLARACIONES Y CONDENAS

1. Que se declare a la NACIÓN COLOMBIANA - RAMA JUDICIAL, representados por el señor Director de Administración Judicial o quien haga sus veces en el momento de notificación de la presente, es administrativa responsable de los perjuicios causados a JOAQUÍN DUARTE GUATIBONZA, JOSÉ JOAQUÍN DUARTE GRANADOS, KAREN MILENA DUARTE GRANADOS, en calidad de esposo de hijos de la víctima.

(…)

3 PERJUICIOS MORALES

i) PERJUICIOS MORALES, para cada uno de los demandantes equivalente a DOSCIENTOS (200) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES.

ii) ALTERACIÓN DE LAS CONDICIONES DE EXISTENCIA, para cada uno de ellos, equivalente a QUINIENTOS (500) salarios mínimos mensuales legales vigentes para cada uno de ellos, de conformidad con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, atendiendo los principios de "REPARACIÓN INTEGRAL Y EQUIDAD".

3.1. En la demanda penal que se tramitó por el homicidio de la señora Nubia granados, se reconoció por parte del Honorable Tribunal Superior de Cúcuta-sala penal, en el año 2008, el pago de ciento cuarenta y cuatro millones ciento ochenta y dos pesos (\$144.108.792) por concepto de perjuicios materiales, y 400 cuatrocientos SMLMV por concepto de perjuicios morales a favor de los familiares de NUBIA GRANADO, suma que no pudieron recibir los señores JOAQUÍN DUARTE GUATIBONZA, JOSÉ JOAQUÍN DUARTE GRANADOS y KAREN MILENA DUARTE GRANADOS familiares de la señora GRANADOS, por haber prescrito la acción penal por culpa de la mala administración de justicia, de este dinero deberá descontarse la suma que le correspondía a la Doctora LUZ MARY DUARTE REY, abogada que tramito el proceso de constitución de parte civil (treinta por ciento (30%)) arrojando un valor correspondiente a la suma de noventa y ocho millones seiscientos doce mil seiscientos treinta y siete pesos. (\$98.612.637.60), siendo así entonces a los señores JOAQUÍN DUARTE GUATIBONZA, JOSÉ JOAQUÍN DUARTE GRANADOS y KAREN MILENA DUARTE GRANADOS, les corresponde un valor total de DOSCIENTOS TREINTA MILLONES, NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$ 230.096.154.4).

Estos daños se actualizarán teniendo en cuenta el incremento del índice de precios al consumidor y aplicando para ello las fórmulas matemáticas que viene aceptando la jurisprudencia para este campo. Este valor no constituye un límite a la pretensión, sino una aproximación.

Conforme a la sentencia de fecha 31 de agosto de 2007 de Tribunal Superior de Cúcuta, a JOAQUÍN DUARTE GUATIBONZA, JOSÉ JOAQUÍN DUARTE GRANADOS y KAREN MILENA DUARTE GRANADOS, le correspondían por el valor de perjuicios un valor total de DOSCIENTOS TREINTA MILLONES,



NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO CINCUENTA Y CUATRO PESOS CON CUATRO CENTAVOS (\$ 230.096.154.4); con base en lo anterior, tenemos:

(...)

PERJUICIOS MATERIALES DEL SEÑOR JOAQUÍN DUARTE GUATIBONZA: Conforme a la constancia de la Funeraria Los Olivos, el señor JOAQUÍN DUARTE GUATIBONZA, cancelo \$ 990.000 de gastos funerarios; con base en lo anterior, tenemos:

(...)

Este perjuicio se traduce en la repercusión laboral a su familia, los ingresos que debía de percibir en el futuro, habida cuenta de que, se dejaron de recibir unos honorarios profesionales debido a la ineficiente administración de justicia.

Los intereses moratorios sobre las cantidades que resulten a favor de los citados, desde la fecha en que deba hacerse el pago hasta aquella que efectivamente se realice, de conformidad con Sentencia C-188/99 de la Corte Constitucional que declaró inexecutable parcialmente el art. 177 del C. C. A, en las expresiones "durante los seis (6) meses siguientes a su ejecutoria" y "después de este término". Así como las expresiones "durante los seis (6) meses siguientes al plazo acordado para su pago" y "después de este último", establecidas en el inciso segundo del Artículo 65 de la Ley 23 de 1.991, tal y como quedo redactado a partir de la vigencia del Artículo 72 de la ley 446 de 1.998. Lo demás deberá darse cumplimiento al art. 177 del C.C.A.

(...)

4. Condenar a la NACIÓN COLOMBIANA — RAMA JUDICIAL, a pagar las siguientes cantidades a la fecha de ejecutoria de la sentencia de segunda instancia, y por perjuicios morales o "PRETIUM DOLORIS":

5. Que al momento del auto aprobatorio del acuerdo se actualicen los valores solicitados, aplicando el incremento anual del índice de precios al consumidor, así como las fórmulas matemáticas aceptadas por el Consejo de Estado.

6. Se reconozca y ordene el pago de los intereses moratorios sobre las cifras anteriores, desde la ejecutoria del auto aprobatorio hasta el cumplimiento de la obligación, en los términos del artículo 177 del C. C. A.

7. Se ordene a la entidad citada a dar estricto cumplimiento a la sentencia, en los términos del art. 176 del C.C.A.

8. De darse los presupuestos establecidos en el art. 171, se concede a la demandada el pago de las costas procesales (...)>>

3.- Las pretensiones de los demandantes se fundaron en las siguientes afirmaciones:

3.1.- En **diciembre de 1999**, la médica y cirujana plástica Rosalba Herrera operó de manera exitosa, en una cirugía estética, a la señora Nubia Granados. Sin embargo, la señora Granados murió el 31 de diciembre de 1999, por negligencia médica en el postoperatorio.

3.2.- En **mayo de 2000** el demandante Joaquín Duarte Guatibonza interpuso una denuncia por el delito de homicidio culposo contra Rosalba Herrera, que dio inicio a una investigación penal por parte de la Fiscalía contra la referida cirujana.



3.3.- Los demandantes presentaron demanda como parte civil en el proceso penal, la cual fue admitida por el Juzgado Quinto Penal del Circuito el **27 de mayo de 2004**.

3.4.- El Juzgado Quinto Penal del Circuito mediante providencia del **19 de diciembre de 2006**, absolvió a la procesada Rosalba Herrera. La parte civil presentó recurso de apelación contra dicha decisión.

3.5.- Mediante providencia del **31 de agosto de 2007**, el Tribunal Superior de Cúcuta revocó la sentencia absolutoria y condenó a la cirujana Rosalba Herrera por el delito de homicidio culposo de la señora Nubia Granados. En consecuencia, ordenó el pago de la indemnización de perjuicios solicitada por los demandantes, en calidad de parte civil. La cirujana Rosalba Herrera presentó recurso de casación contra la anterior decisión.

3.6.- En providencia del **13 de febrero de 2008**, la Corte Suprema de Justicia declaró prescrita la acción penal adelantada contra de la cirujana Rosalba Herrera. Además, ordenó compulsar copias por la demora.

B.- Posición de la parte demandada

4.- La Rama Judicial contestó la demanda en forma extemporánea¹.

C.- Sentencia recurrida

5.- El Tribunal Administrativo del Norte de Santander profirió sentencia de primera instancia el 25 de agosto de 2011, y en ella:

5.1.- No se pronunció con respecto a las excepciones formuladas por la Rama Judicial, porque la contestación de la demanda fue extemporánea.

5.2.- Negó las pretensiones porque: **(i)** no dio valor probatorio a los documentos del proceso penal allegados por la parte demandante, porque se aportaron en copia simple. Por lo anterior, no encontró acreditado la dilación injustificada que conllevara a la responsabilidad de la entidad demandada y **(ii)** <<de haber sido aportado el expediente en copias auténticas, como quiera que dicha prueba no se produjo en el proceso penal con audiencia de la NACIÓN – RAMA JUDICIAL, habría sido necesaria ponerla en conocimiento de la parte aquí demandada, a fin de garantizar el derecho de defensa y contradicción>>.

D.- Recurso de apelación

¹ Folio 44 – 48, cuaderno N°1.



6.- Los demandantes apelaron el fallo de primera instancia. Su inconformidad se centró en los siguientes puntos:

6.1.- Al proceso se allegó copia auténtica del expediente penal. Sin embargo, de mala fe éste fue cambiado por una copia simple y se extrajo el memorial en el que se relacionaba la entrega del expediente en copia auténtica. Conforme a ello, se configuró un fraude procesal, por lo que solicitó la compulsión de copias disciplinarias.

6.2.- La demandada no controvertió el retardo injustificado en el que incurrieron las autoridades judiciales para dictar las providencias judiciales en el proceso penal, lo que prueba el defectuoso funcionamiento de la administración de justicia. Además, en el proceso penal se encuentran los memoriales radicados por la parte civil en los que solicitó el impulso del proceso para evitar la prescripción.

6.3.- El *a quo* no debió tener en cuenta los argumentos de la contestación de la demanda toda vez que se presentó extemporáneamente.

E.- Trámite relevante en segunda instancia

7.- Mediante providencia del 11 de octubre de 2011² el Tribunal Administrativo de Norte de Santander: **i)** rechazó de plano la solicitud de nulidad realizada por la parte demandante³, toda vez que no se invocó ninguna causal de nulidad establecida en el artículo 150 del C.P.C; **ii)** solicitó compulsar copias para que se investigara la anomalía alegada por la parte demandante con relación al cambio de copias auténticas por simples en el trámite del proceso de reparación directa.

8.- Mediante providencia del 20 de abril de 2012⁴ este despacho ordenó tener como prueba las copias del proceso penal solicitadas por la parte demandante en el recurso de apelación.

9.- Mediante memorial radicado el 28 de octubre de 2019 la parte demandante solicitó que <<al momento de proferir sentencia se tenga en cuenta la sentencia proferida dentro del proceso 54001-23-31-000-2010-00152-01 (43557) dictada por el Consejo de Estado, Sección Tercera, ya que la misma tiene relación con los hechos de la demanda de referencia>>.

II. CONSIDERACIONES

² Folio 118, cuaderno del Consejo de Estado.

³ Mediante memorial radicado el 20 de septiembre de 2011 la parte demandante solicitó declarar la nulidad a partir de la fecha que se allegaron las copias auténticas del proceso penal, lo anterior porque <<se podría configurar una vía de hecho>>.

⁴ Folio 157-158, cuaderno del Consejo de Estado.



F.- Presupuestos procesales

10.- La Sala procede a estudiar de fondo el asunto porque la acción se presentó dentro de los dos años previstos en el artículo 136 del Código Contencioso Administrativo. En efecto: **(i)** la providencia que declaró la extinción de la acción penal por prescripción quedó debidamente ejecutoriada 13 de febrero de 2008, por lo que la parte actora tenía hasta el 14 de febrero de 2010 para interponer la demanda; **(ii)** la parte actora presentó solicitud de conciliación el 9 de febrero de 2010⁵, razón por la cual el término de caducidad se suspendió hasta el 7 de mayo de 2010, fecha en la que se declaró fallida; **(iii)** la demanda se presentó el 10 de mayo de 2010, dentro del término legal establecido para ello.

G.- Decisión a adoptar y plan de exposición

11.- La Sala confirmará la decisión de negar las pretensiones de la demanda porque la parte demandante no acreditó que la prescripción de la acción penal, decretada por la Corte Suprema de Justicia, le hubiese causado la *pérdida de la oportunidad* de haber obtenido la indemnización de los perjuicios solicitada dentro del proceso penal.

12.- Si bien en la sentencia del 3 de octubre de 2019⁶ el Consejo de Estado – Sección Tercera – Subsección A condenó a la Rama Judicial a reparar el daño sufrido por Luz María Duarte Rey, abogada de la parte civil de los hoy demandantes, con ocasión de la declaratoria de la prescripción de la acción penal adelantada contra la cirujana Rosalba Herrera, la Sala adoptará una decisión distinta con base en varias consideraciones que no se hicieron en dicho fallo.

13.- Para la Sala resulta determinante considerar que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta negó las medidas cautelares pedidas por los demandantes como parte civil en el proceso penal; la parte actora tampoco acreditó la solvencia de la cirujana Rosalba Herrera, para el momento en que se decretó la prescripción de la acción penal, ni expuso las razones por las cuales existía una alta probabilidad de que la Corte Suprema de Justicia hubiera desestimado el recurso extraordinario de casación interpuesto por la cirujana Rosalba Herrera contra la sentencia condenatoria, en el evento de que no se hubiera declarado la prescripción de la acción penal. La prueba de estos presupuestos resultaba necesaria para evidenciar la *certeza de la oportunidad* perdida.

⁵ Folio 25, cuaderno N°1.

⁶ Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia del 3 de octubre de 2019, proceso N°. 2010-00152-01 (43557). M.P.: Dr. María Adriana Marín.



14.- Efectivamente en sentencia del 3 de octubre de 2019 la Subsección A accedió a las pretensiones de la demanda formulada por la abogada de los ahora demandantes, quien demandó a la Rama Judicial porque consideró que la declaratoria de la prescripción de la acción penal dirigida contra la cirujana Rosalba Herrera por la muerte de la señora Nubia Granados frustró la expectativa que tenía de obtener el pago de sus honorarios como apoderada de la parte civil.

15.- La Subsección A concluyó que la parte actora demostró los presupuestos necesarios para la configuración de una pérdida de una oportunidad porque:

15.1.- En relación con la certeza de la oportunidad, la demandante demostró que: **(i)** era apoderada de la parte civil con la que había pactado unos honorarios sujetos al éxito de la demanda; **(ii)** en el fallo de segunda instancia, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó penalmente a la cirujana y ordenó la reparación de perjuicios civiles y **(iii)** a raíz de la declaratoria de la prescripción de la acción penal, la demandante vio frustrada la posibilidad de obtener el pago de sus honorarios.

En ese sentido, se señaló:

<<(…) En relación con el primer condicionamiento aludido, está probado que la demandante poseía una expectativa de la cual fue privada, habida cuenta de que se demostró lo siguiente:

La señora Luz Mary Duarte Rey era la apoderada de la parte civil dentro del proceso penal que se inició en contra de la señora Rosalba Herrera de Flórez, con ocasión de la muerte de la señora Nubia Elides Granados Cáceres, luego de que la primera le practicara una cirugía estética. En el contrato de prestación de servicios profesionales se pactaron como honorarios el 30% del total que fuera “adjudicado a cada uno” dentro del referido proceso penal.

ii) El 19 de diciembre de 2005, se profirió sentencia absolutoria de primera instancia en el proceso penal, pero esta fue revocada por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, mediante fallo del 31 de agosto de 2007. En esta decisión se condenó a la señora Rosalba Herrera de Flórez a la pena de dos años de prisión como responsable del delito de homicidio culposo y al pago de perjuicios materiales por la suma de \$144'108.792 y 400 SMLMV por menoscabos morales a favor de la parte civil. Sin embargo, esta sentencia fue objeto de recurso de casación y, mediante providencia del 13 de febrero de 2008, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió declarar prescritas las acciones penales y civiles derivadas del delito de homicidio culposo.

iii) Con la expedición de esa última decisión emitida por el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, la abogada Duarte Rey vio cercenada la posibilidad de obtener el pago de los honorarios que había pactado con la parte civil.

Ciertamente, en cuanto a la constitución en parte civil, de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 103 , 104 y 105 del Decreto Ley 100 de 1980, artículos 23 , 43 , 44 , 45 , 55 , 149 y 153 del Decreto 2700 de 1991 y artículos 94, 95 y 96



de la Ley 599 del 2000, en el instante en que la abogada Luz Mary Duarte Rey, fue reconocida como apoderada de la parte civil, se configuró a su favor la posibilidad de obtener el pago de sus honorarios producto del resarcimiento de los perjuicios por parte de la sindicada, chance que se incrementó notablemente al obtener una sentencia condenatoria en segunda instancia y el reconocimiento de unas sumas de dinero a favor de la parte civil.

Pero como consecuencia de la decisión adoptada por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, que declaró la prescripción de la acción penal y la cesación de todo procedimiento a favor de la acusada, la parte civil no obtuvo la indemnización de perjuicios dentro de dicho trámite y, en consecuencia, la abogada Luz Mary Duarte Rey perdió la oportunidad de que le fueran pagados los honorarios pactados.

De esta manera, para la Sala es claro que la cesación de procedimiento a favor de la procesada, llevó también a que se declarara la imposibilidad de condenarla patrimonialmente por haber prescrito la acción civil que se ejerció en su contra, y en consecuencia, la abogada Luz Mary Duarte Rey perdiera la oportunidad que tenía de que los honorarios pactados, derivados del pago de perjuicios decretados en la sentencia de segunda instancia, le fueran reconocidos como contraprestación a su actuación en ese proceso.

Por consiguiente, al haberse declarado la prescripción de la acción penal se cercenó la probabilidad que tenía la demandante de obtener el pago de los honorarios que había acordado, habida cuenta de que, luego de adoptada tal determinación, al juez penal le resultaba inviable conocer de las pretensiones civiles de reparación patrimonial de carácter subsidiario o accesorio que se elevaron en el procedimiento judicial, principalmente encaminado a determinar la responsabilidad de carácter penal de la sindicada. (...)»⁷

15.2.- Respecto al carácter definitivo de la pérdida de la oportunidad, la Subsección A indicó que la prescripción de la acción penal extinguió las acciones civiles que se podían adelantar para obtener la reparación de los perjuicios causados por la muerte de la señora Nubia Granados:

<<(…) De otra parte, se advierte que las circunstancias del sub iudice también coinciden con el segundo requisito establecido por la jurisprudencia de esta Corporación para entender configurado el daño autónomo consistente en la pérdida de oportunidad, toda vez que la declaración de prescripción de la acción penal hecha por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, significó la cesación de dicho procedimiento debido a la extinción de las acciones penales y civiles y generó que la apoderada de las víctimas perdiera definitivamente la posibilidad de obtener el provecho objeto de su expectativa, esto es, el que los honorarios pactados, equivalentes a un 30% del total de la indemnización “adjudicada” a la parte civil, le fueran pagados.

En este punto, cabe precisar que, si bien de forma reiterada la jurisprudencia de esta Sección ha aducido que los integrantes de la parte civil de un proceso penal pueden acudir ante el operador judicial civil para elevar las pretensiones que hubieran manifestado y que no se solventaron adecuadamente, luego de que dicho procedimiento finalizara por prescripción de la acción penal, lo cierto es

⁷ Ibídem.



que, en este específico supuesto, se advierte que ello no resulta aplicable, por cuanto la Corte Suprema de Justicia también declaró prescrita la acción civil. (...)>>⁸

15.3.- Por último, la Subsección A concluyó que la demandante se encontraba en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado, porque la justicia penal había proferido en segunda instancia una sentencia penal condenatoria contra la cirujana Rosalba Herrera en la cual se condenó a la procesada a la reparación de los perjuicios civiles causados por el delito:

<<(...) Por último, en relación con el tercer condicionamiento referenciado para configurar la oportunidad truncada, consistente en que “la víctima debe encontrarse en una situación potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, advierte la Sala que la abogada Luz Mary Duarte Rey estaba en dicha circunstancia tendiente a obtener el objeto de su expectativa -el pago de los honorarios pactados-, toda vez que ya contaba con una sentencia condenatoria en contra de la sindicada y una condena de indemnización de perjuicios, por lo que es posible afirmar que, de no ocurrir la prescripción, se hubiera mantenido la providencia que ordenaba el resarcimiento de los perjuicios causados a la parte civil derivados de la conducta punible.

De otra parte, el argumento según el cual no habría certeza de que la persona condenada penal y civilmente, efectivamente hubiera pagado la suma de dinero que le fue impuesta, no resulta admisible, porque lo cierto es que al menos existiría un crédito a favor de la demandante, quien tendría la posibilidad de hacerlo exigible una vez le fuera pagada la indemnización a los beneficiarios de la parte civil en el proceso penal, incluso de perseguir el pago judicialmente.

De allí que la situación era “potencialmente apta para pretender la consecución del resultado esperado”, máxime si, se insiste, existía condena de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Cúcuta. Es decir, contaba con una alta probabilidad de obtener los honorarios profesionales, toda vez que para el momento en que se decretó la prescripción de la acción penal, el asunto ya tenía sentencia de segunda instancia condenatoria, lo que incrementaba las probabilidades de obtener el reconocimiento de los honorarios profesionales pactados en el contrato de prestación de servicios.

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 el contrario, tal como lo concluyó el a quo, no es posible atribuirlo material y/o jurídicamente a la entidad demandada. (...)>>

16.- Para tomar la decisión en este caso, en primer lugar la Sala advierte que los deudores de la obligación de reparar el daño proveniente del delito son los autores del delito o quienes tienen la condición de terceros civilmente responsables y que el Estado no es garante de tal obligación. Por este motivo, le incumbe a la parte actora exponer y acreditar las afirmaciones que permitan

⁸ Ibídem.



concluir que la prescripción de la acción penal le impidió recibir una indemnización que habría podido obtener si ella no se hubiese declarado; le corresponde acreditar que tal declaración le frustró definitivamente una expectativa cierta o con grandes probabilidades de certeza de obtener la reparación.

17.- En virtud de lo anterior, no era suficiente acreditar que la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta condenó penalmente a la cirujana Rosalba Herrera y ordenó la reparación de perjuicios civiles para demostrar la *certeza de la oportunidad perdida*.

18.- En relación con la certeza de la oportunidad perdida en casos similares al *sub judice*, esta Subsección ha precisado que la parte demandante tiene la carga argumentativa de demostrar que la parte civil habría tenido una *alta probabilidad* de obtener la *reparación efectiva* de los perjuicios como consecuencia de la sentencia penal condenatoria, de no haberse declarado la prescripción de la acción penal.

19.- En ese sentido, la Sala ha señalado que la parte actora debe acreditar la notoria solvencia del penalmente responsable o, en su defecto, que la parte civil haya solicitado medidas cautelares para garantizar el pago efectivo de los perjuicios civiles:

<<(…) 15. Esta Subsección ha sostenido en estos casos que “...a la parte actora le incumbe exponer y acreditar las afirmaciones que permitan concluir que la prescripción de la acción penal le impidió recibir una indemnización que habría podido obtener si ella no se hubiese declarado; le corresponde acreditar que tal declaración le frustró definitivamente una expectativa cierta o con grandes probabilidades de certeza de obtener la reparación”.

16. En el asunto que ocupa a la Sala, la parte demandante no probó la existencia de la pérdida de oportunidad, porque no se logró evidenciar que esa pérdida fuera cierta y definitiva.

17. Sobre la certeza, la Sala observa que, previo a la declaratoria de la prescripción, el Juzgado 6 Penal del Circuito de Cali en sentencia de 16 de abril de 2008 declaró responsable al señor Carabali Congo y, en consecuencia, lo condenó a 30 meses de prisión, pese a lo cual, negó la reparación a la parte civil – parte demandante en este proceso – toda vez que no acreditaron los perjuicios derivados del delito. En contra de esta decisión no se interpuso recurso alguno, motivo por el cual, la parte actora no era titular de un derecho patrimonial cuando se declaró la prescripción de la acción (en decisión de 30 de septiembre de 2009), pues había sido negado por el juez penal, así, los demandantes se mostraron satisfechos con la decisión de no condenar al señor Carabali Congo a la reparación de los perjuicios derivados del delito.

18. Adicionalmente, tampoco se demostró que, en el evento de haberse proferido sentencia a favor de la parte civil en el proceso penal, esta habría tenido la posibilidad efectiva de ser resarcida por el procesado en ese juicio, pues los



demandantes tenían que probar que, en el evento de haberse proferido una condena a su favor, habrían tenido la posibilidad real de ser resarcidos con cargo al patrimonio del condenado. Lo anterior teniendo en cuenta la premisa de que el Estado no es garante de la obligación de reparar las consecuencias patrimoniales del daño proveniente del delito, responsabilidad que pesa sobre el autor y los partícipes de la conducta punible y/o sobre quienes tienen la condición de terceros civilmente responsables.

19. En este caso, no se comprobó que la parte actora, en su condición de víctima constituida en parte civil, hubiera solicitado con respaldo en el artículo 60 de la Ley 600 de 2000, el embargo y secuestro de los bienes del investigado, por el contrario, en la demanda de constitución de parte no se solicitó ninguna medida en este sentido. En línea con lo anterior, los demandantes tampoco demostraron la solvencia de los responsables del pago de la eventual indemnización, o la existencia de garantías razonables que permitieran deducir que, de haberse proferido una sentencia condenatoria por indemnización de perjuicios, habrían obtenido el pago sin la necesidad de haberse practicado medidas cautelares dentro del proceso penal. (...)»⁹. (resalta la Sala).

20.- Así mismo, si la sentencia penal condenatoria fue recurrida dentro del proceso penal y el recurso no pudo ser resuelto por la ocurrencia de la prescripción de la acción penal, la parte demandante tiene la carga argumentativa de demostrar que existía una alta probabilidad de que la condena penal y la correspondiente indemnización de perjuicios habría sido confirmada de haberse resuelto los recursos. Ello implica exponer en el proceso de reparación directa las razones que permitieran a la Sala deducir que el recurso de casación interpuesto no tenía vocación de prosperidad.

21.- En el presente caso, de conformidad con los precedentes vinculantes de esta Subsección, no está acreditada la *certeza* de la oportunidad reclamada porque:

21.1.- El 6 de agosto de 2007, es decir en el trámite de la segunda instancia del proceso penal, la parte demandante solicitó el embargo y secuestro de los bienes de la procesada. Sin embargo, el tribunal negó esta solicitud mediante auto del 7 de septiembre de 2007, porque no tenía competencia para pronunciarse sobre estas medidas debido a que fueron solicitadas luego de que se dictara el fallo de primera instancia. Al respecto señaló el tribunal:

<<(…) En atención a la solicitud elevada por la Dra. Luz Mary Duarte Rey, donde requiere se decrete el embargo y secuestro de una serie de bienes de propiedad de la procesada ROSALBA HERRERA DE FLÓREZ, por Secretaría de la Sala infórmesele a la peticionaria que ésta Sala de decisión ya perdió competencia para realizar pronunciamiento alguno; además se aclara a la solicitante que en fallo de segunda instancia de fecha 31 de agosto de 2007 la Sala en base al

⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Expediente 76001-23-31000-2010-02089-01 (50551). Sentencia del 26 de julio de 2021. M.P.: Dr. Alberto Montaña Plata.



principio de limitación se pronunció sobre los aspectos impugnados por la aquí peticionaria, consignados en su escrito de apelación, pues así lo exige expresamente el artículo 204 del C.P.P. Cualquier solicitud de la parte civil con posterioridad de la sentencia escapa a la competencia de la Sala, por cuanto la sentencia es irreformable, artículo 412 del C.P.P. (...)>>

21.2.- Por lo tanto, está probado que los demandantes no solicitaron oportunamente el embargo y secuestro de los bienes de la imputada en el trámite del proceso penal, circunstancia que afectaba la certeza de obtener el resarcimiento efectivo del daño por parte de la cirujana Rosalba Herrera.

21.3.- La posibilidad que tiene el demandante de obtener el pago efectivo de una condena en un proceso judicial depende fundamentalmente de solicitar oportunamente medidas cautelares sobre los bienes del demandado. La ley le otorga esa facultad al acreedor precisamente para que la duración del proceso no afecte un derecho que aún no ha sido declarado; la regla general del proceso civil conforme con la cual el embargo de bienes no procede sino cuando se cuenta con un <<título ejecutivo>> no se aplica en el proceso penal: aquí la parte civil tiene derecho a solicitar el embargo de bienes desde antes de que se profiera la condena, precisamente para lograr que ella sea efectiva y evitar que el sindicado se insolvente mientras dura el proceso.

21.4.- Los demandantes tampoco demostraron en el proceso de reparación directa la solvencia notoria de la responsable o la existencia de razones que permitieran deducir que, de haberse confirmado la condena, se habría obtenido el pago, sin necesidad de practicar tales medidas. Si bien la procesada ejercía la profesión de cirujana, no está probado en el *sub judice* que contara con los recursos suficientes para pagar la eventual condena que se hubiera podido proferir en el proceso penal. En el proceso no se allegaron pruebas dirigidas a demostrar este hecho, el cual debía ser acreditado por la parte demandante.

21.5.- La parte actora no expuso en la demanda ningún argumento para explicar las razones por las cuales, en el evento de no haberse declarado la prescripción de la acción penal, la Corte Suprema de Justicia habría debido desestimar el recurso extraordinario de casación interpuesto por la cirujana Rosalba Herrera contra la sentencia penal condenatoria de segunda instancia. La parte actora se limitó a allegar copia del referido recurso extraordinario, sin exponer los argumentos por los cuales consideraba que carecía de fundamento.

22.- De acuerdo con lo expuesto, nos encontramos en un evento en el cual en la sentencia de primera instancia se absolvió a la cirujana; en la segunda fue condenada y ésta interpuso recurso de casación. Y está demostrado que el demandante solicitó tardíamente el embargo de bienes, por lo cual el tribunal le negó la práctica de esa medida cautelar. En esas condiciones, no se estima que la prescripción de la acción le hubiese generado a los demandantes una pérdida



de oportunidad con el grado de certeza necesario para que deba ser indemnizada por el Estado.

22.1.- La parte no presentó ninguna razón, ni prueba que le permita a la Sala inferir que, de no haberse producido la prescripción de la acción penal, la Corte habría confirmado la condena porque el recurso carecía de fundamentos; ni demostró que, en tal caso, sin haber ninguna medida cautelar sobre los bienes de la sindicada, habría logrado el pago de la sentencia. No acreditó una <<posibilidad real >> de obtener una sentencia favorable y luego lograr el pago efectivo de la indemnización.

23.- En relación con la pérdida de oportunidad, la doctrina ha señalado que:

<<(…) La teoría de la chance habilita una indemnización cuando no habiéndose podido demostrar el lazo causal se acredita que eran serias o considerables las probabilidades de que, de no haber mediado el hecho ilícito la víctima habría obtenido el beneficio utilidad o ventaja. (...)

<<El problema es que averiguar si esa inexorable pérdida se refiere a una *chance* en sentido técnico o simplemente a una ilusión o a una simple quimera, exige un esfuerzo dialectico en orden a concretar en qué medida si no se hubiera producido la vulneración se habría producido el resultado apetecido. (...)

<<Debe tratarse de una neta probabilidad objetiva que resulta del curso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto... no puede tratarse de beneficios posibles, inseguros o desprovistos de certidumbre (...)>>. ¹⁰

24.- Este tipo de eventos ha sido denominado como la <<pérdida de oportunidades procesales>> y se ha señalado que la determinación de la razonabilidad o seriedad de la misma depende de hacer un <<juicio dentro del juicio>>; depende de demostrar la alta probabilidad de prosperidad de la pretensión que no fue fallada como consecuencia de la prescripción. Ese camino ha sido recorrido por sentencias del Consejo de Estado en las que se ha indicado cuándo puede darse por probada la pérdida de oportunidad y esa es la regla que la Sala acoge en este caso.

25.- Por ejemplo, para determinar la configuración de la pérdida de oportunidad en un caso similar al presente, en la sentencia del 31 de mayo de 2016 la Subsección B tuvo en cuenta, entre otros elementos, la solvencia del procesado y la alta probabilidad de que la sentencia penal condenatoria se hubiera confirmado -juicio dentro del juicio-, de no haberse declarado la prescripción de la acción penal. Estos presupuestos no se acreditaron en el *sub judice*:

<<(…) 11.22 Con fundamento en el anterior marco situacional revelado por las providencias referenciadas, es viable considerar que en el caso en que el procedimiento penal hubiese concluido con una decisión de fondo sobre la

¹⁰ Cfr. Luis Medina Alcoz. La teoría de la pérdida de oportunidad, Thomson Civitas, 2007 p. 150 y s.s.



responsabilidad penal del señor Eduardo Zambrano, con base en las únicas pruebas que obraban en el plenario penal, existía una oportunidad probable de que se le hubiese condenado penalmente por las lesiones y los homicidios respectivos a título de culpa y en consecuencia, que se le hubiese impuesto la obligación de reparar los perjuicios que se encontraran acreditados derivados de las heridas causadas al señor Juan Carlos Carvajal Restrepo con ocasión de esos crímenes -lesiones que se encontraban debidamente probadas mediante dictamen médico-, **puesto que tal como se consideró en las dos sentencias anuladas, razonablemente se podía colegir, según lo que revelaban las pruebas hasta ese momento, que aquél condujo el automotor con exceso de velocidad y de manera descuidada, con lo que habría causado el accidente de tránsito en el cual se vieron vulnerados los derechos protegidos por la ley penal**, que en el caso del señor Juan Carlos Carvajal Restrepo consistía en su integridad personal, cuya vulneración en el equivalente a 50 días de incapacidad sin secuelas se encontraba tipificada en los artículos 331 y 332 del Decreto Ley 100 de 1980, y 111 y 112 de la Ley 599 del 2000, respectivamente, de manera que en forma factible se pudo considerar que se encontraran demostrados los elementos constitutivos de la conducta punible y su imputación para el surgimiento de las condenas penal y civil correspondientes.

11.23 En efecto, de conformidad con los elementos de convicción aludidos, el señor Eduardo Zambrano habría manejado con exceso de velocidad y de manera descuidada por una pendiente, mientras charlaba con varios acompañantes, en contravención de las normas de tránsito respectivas, de tal forma que se pudo haber colegido que el siniestro se originó por su conducta delictiva culposa y que por consiguiente, surgía su responsabilidad penal, puesto que, actuó de esa forma con la creencia de que podía evitar el acaecimiento de un accidente de tránsito de conformidad con lo dispuesto por el artículo 37 del Decreto Ley 100 de 1980, así como también se pudo inferir que en el despliegue de una actividad peligrosa incumplió con su deber objetivo de cuidado según lo establecido por el artículo 23 de la Ley 599 del 2000, conjunción de todos los elementos denotados que en criterio de la Corte Suprema de Justicia deriva en la configuración de responsabilidad penal. (...)

11.25 Por otra parte, la anterior inferencia en cuanto a la responsabilidad penal y patrimonial del señor Eduardo Zambrano también encuentra sustento, en que es posible colegir que las pruebas solicitadas por la defensa de aquél y que faltaron por practicarse -falta de **práctica de pruebas con fundamento en la cual se declaró la segunda nulidad del proceso; ver párrafos 7.9 a 7.9.2-**, **no habrían tenido un verdadero impacto en el posible resultado condenatorio del trámite penal**, comoquiera que se trataban de la ampliación de la indagatoria y del testimonio de quien hizo el informe del accidente de tránsito -en cuyo caso podría deducirse que no habría podido dar información adicional sobre siniestro que ya no reposara en su informe y en el plenario- y por el contrario, se pidió a su vez que se rindiera otro dictamen pericial para que se precisara los perjuicios que fueron causados a las víctimas con el objeto de que se pudiera transar su reparación con la aseguradora respectiva y así, dar por terminado el trámite penal.

11.26 **Igualmente, no escapa a la Sala que en las providencias penales obrantes en el plenario, se hizo referencia a la existencia de una póliza de seguro que habría respaldado al señor Eduardo Zambrano en cuanto a los débitos que le habrían surgido de haber finalizado el procedimiento penal con su condena patrimonial, lo que fortalece la seguridad de que las víctimas habrían percibido la indemnización de los perjuicios que**



efectivamente hubiesen demostrado en el proceso, tal como lo hizo el señor Carvajal Restrepo, aunque como se verá, en forma diferente a lo planteado por las sentencias anuladas. (...)

11.29 Teniendo en cuenta todo lo descrito y contrario a lo estimado por el Tribunal a quo, para la Sala es claro que el demandante tenía una probabilidad superior al 40% de haber percibido una indemnización de sus lesiones por parte del señor Eduardo Zambrano, habida cuenta de que (i) aquél demostró al interior del trámite penal la causación de detrimentos susceptibles de ser reparados -lo que se abordará con mayor detenimiento más adelante-, y (ii) la responsabilidad penal de éste no sólo fue considerada como diáfana en las sentencias anuladas, sino que su contenido enseña que, por una parte, aparentemente todas las pruebas que obraban en el expediente propendían por develar su autoría en cuanto a la realización de las conductas punibles investigadas y, de otro lado, no se encontraban acreditadas las únicas causales que fueron alegadas para exonerarlo de responsabilidad y que, en el evento de que hubiesen sido probadas, igualmente habrían permitido considerar que fue su actitud culposa la que originó la producción del accidente en el que se vulneraron los bienes jurídicos tutelados por la ley penal. (...)»¹¹. (resalta la Sala).

26.- La existencia de una <<falla en el servicio>> o la gravedad que pueda advertirse en ella, no genera automáticamente el derecho a indemnizar, porque la responsabilidad patrimonial tiene como propósito la indemnización de los perjuicios causados con las omisiones de las autoridades públicas. Y en la medida en que el perjuicio en este caso está estructurado por la demostración de una <<pérdida de oportunidad>> es la falta de prueba de este presupuesto lo que conduce a negar las pretensiones de la demanda.

H.- Costas

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

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

¹¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B. Expediente 63001-23-31-000-2003-00002-01(38047) Sentencia del 31 de mayo de 2016. M.P.: Dr. Danilo Rojas Betancourth.



Radicado: 54001-23-31-000-2010-00151-01 (42750)

Demandante: Joaquín Duarte Guatibonza y otros

PRIMERO: CONFÍRMASE la sentencia proferida el 25 de agosto de 2011 por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander, por las razones expuestas en esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas.

TERCERO: Ejecutoriada esta providencia, por Secretaría **DEVUÉLVASE** el expediente a su tribunal de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Con firma electrónica
ALBERTO MONTAÑA PLATA
Presidente

Con firma electrónica
MARTÍN BERMÚDEZ MUÑOZ
Magistrado

Con firma electrónica
FREDY IBARRA MARTÍNEZ
Magistrado
Con salvamento de voto